

Sumário

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A MEDIAÇÃO PENAL COMO ALTERNATIVAS À CULTURA DA SENTENÇA E DA PUNIÇÃO EM MATÉRIA PENAL Adriana Silva Maillart, Ricardo Soares Stersi dos Santos	01-21
A AMEAÇA POPULISTA CONTEMPORÂNEA E OS MECANISMOS DE IMPEDIMENTO PARA A ENTRADA DOS REFUGIADOS Fernando De Brito Alves, Willy Rodrigue Ndougou Adda	22-47
PROTEGER OU PUNIR? O depoimento especial de crianças e adolescentes e os dilemas de proteção integral Lisiane Junges, Matheus Felipe de Castro	48-67
CIDADES DIGITAIS E SUA COMPATIBILIDADE COM A SEGURANÇA PÚBLICA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS Matheus Dantas Meira, Diogo de Calasans Melo Andrade, Henrique Ribeiro Cardoso	68-82
AS NOVAS TECNOLOGIAS E A INSTABILIDADE DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS NO MUNDO GLOBALIZADO José Alberto Antunes de Miranda, Fernanda Colomby Ortiz	83-103
CRIMINALIDADE DIGITAL NO BRASIL: a problemática e a aplicabilidade da Convenção de Budapeste Rafael Khalil Coltro, Ricardo Libel Waldman	104-123
GLOBALIZAÇÃO, OS REFLEXOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A DESTERRITORIALIZAÇÃO Manoel Ilson Cordeiro Rocha, José Sérgio Saraiva	124-143
CENSURA DISFARÇADA DE ORDEM: o caso de Pablo Hasél, rapper espanhol, e os limites da liberdade de expressão na Espanha Luna Stipp, Edinilson Donisete Machado	144-162
RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR E TUTELA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO POR MEIO DA AÇÃO REGRESSIVA DO INSS Sílvio Marques Garcia, Maurício Alves Lima	163-190

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A MEDIAÇÃO PENAL COMO
ALTERNATIVAS À CULTURA DA SENTENÇA E DA PUNIÇÃO EM
MATÉRIA PENAL: OBSTÁCULOS E DESAFIOS**

*RESTAURATIVE JUSTICE AND CRIMINAL MEDIATION AS ALTERNATIVES
TO THE CULTURE OF SENTENCE AND PUNISHMENT IN CRIMINAL
MATTERS: OBSTACLES AND CHALLENGES*

Adriana Silva Maillart¹

Ricardo Soares Stersi dos Santos²

RESUMO

O artigo analisa o contraponto entre a cultura jurídica brasileira de administração dos conflitos penais, marcada essencialmente pela sentença e seu caráter punitivista, e a justiça restaurativa, que surge como uma alternativa dialogada e consensual ao modelo retributivo. Aborda as principais características das práticas restaurativas no Brasil, discorrendo especialmente sobre a mediação penal. Trata, por fim, dos obstáculos e desafios para a implantação e ampliação das práticas restaurativas no Brasil, com o escopo de modificar a cultura de tratamento dos conflitos penais reconhecendo que a formação realizada pelos Cursos de Direito ainda atua para a manutenção do modelo retributivo e punitivo.

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos penais; Cultura da sentença; Justiça restaurativa; Mediação penal.

ABSTRACT

The article analyzes the counterpoint between the Brazilian legal culture of administration of criminal conflicts, marked essentially by the sentence and its punitive concept, and the restorative justice, which emerges as a dialogued and consensual alternative to the retributive model. It analyzes the main characteristics of restorative practices in Brazil, discussing especially about criminal mediation. Finally, it deals with the obstacles and challenges for the implantation and expansion of restorative practices in Brazil, with the scope of modifying the culture of treatment of criminal conflicts, recognizing that the Law Courses in Brazil still maintains the retributive and punitive models in its educational structure.

KEYWORDS: Criminal conflicts; Culture of sentence; Restorative justice; Criminal mediation.

¹ Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (2018). Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1998) e mestre (2002) e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2007), realizando parte de sua pesquisa na Universidad de València, Espanha. É autora do livro *Acesso à Justiça e Arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário*, publicado pela Editora Manole e de diversos artigos em sua área de pesquisa.

² Mestre (1996) e Doutor (2004) em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Estágio de Pós-doutorado na Universidade Federal de Pernambuco (2010) e na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2016). Professor Titular de Ensino Superior na Universidade Federal de Santa Catarina

INTRODUÇÃO

O conflito é uma forma de se relacionar e faz parte do cotidiano dos indivíduos e dos grupos sociais (ENTELMAN, 2005, p. 42). Uma vez surgido o conflito é natural que os envolvidos busquem os meios de administrá-lo, procurando, de modo geral, os meios admitidos no sistema de justiça.

Conforme Lederach (2012, p. 19), o conflito acaba por ser uma “[...] perturbação no fluxo natural dos relacionamentos” que produz mudanças inclusive na fisiologia das partes, na medida em que as emoções vão sendo transformadas do desconforto para a ansiedade, produzindo com o tempo sofrimento e frustração mormente quando os interessados não conseguem enxergar maneiras de administrar tal conflito.

No Brasil, a forma tradicional de administração dos conflitos se tornou, ao longo da história, aquela advinda da decisão adjudicada proferida pelo juiz (sentença) como decorrência do processo judicial (jurisdição estatal). (GONÇALVES; RODRIGUES; SANTOS, 2018, p. 122)

A referida forma de administração de conflitos se enquadra como uma das modalidades de heterocomposição em que um terceiro, designado pelo Estado (juiz), tem o poder de decidir o conflito por meio de uma decisão adjudicada (sentença judicial), numa lógica que estabelece uma parte vencedora e uma parte vencida.

A predominância no sistema de justiça brasileiro do referido modelo fez surgir à cultura da sentença, em que a sentença judicial representa o modo central de administração dos conflitos jurídicos.³

Para Watanabe (2007, p. 6-7), a cultura da sentença nasce de uma sinergia entre a formação dos Cursos de Direito, focada nas formas contenciosas e nas decisões adjudicadas e de uma prática forense que atribui ênfase a administração dos conflitos por meio do processo judicial, em que será proferida a sentença.

Em matéria penal, a cultura da sentença transmuda para o caráter punitivista e retributivo da pena que orienta o sistema penal e a vontade de punir dos atores estatais: juízes

³ Conforme o relatório justiça em números de 2019, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, no final de 2018 havia quase 79 (setenta e nove) milhões de processos em tramitação no Brasil sendo que mais da metade dos processos eram execuções. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2020.

e promotores de justiça. Ocorre que a cultura punitivista no tratamento dos conflitos penais não se mostra mais plenamente satisfatória gerando frustração nos operadores do direito e na sociedade em geral na medida em que percebem que tal modelo aprofunda os conflitos sociais sem contribuir para uma maior pacificação social (ZEHR, 2015, p. 11).

Diante dos questionamentos do modelo até então adotado, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016, alterada parcialmente pela Resolução nº 300 de 29 de novembro de 2019⁴ com a finalidade de inserir a justiça restaurativa no contexto social e dando ênfase à possibilidade do agressor, vítima e comunidade reconhecerem-se como partícipes do procedimento. Assim a justiça restaurativa realoca a natureza jurídica do conflito penal aos diversos instrumentos restaurativos, como o mecanismo da mediação penal, abrindo espaço para o tratamento sociológico do conflito penal.

O presente texto visa analisar a justiça restaurativa como alternativa à matriz retributiva da pena nos conflitos criminais. Pretende estudar a possibilidade de atenuação ou de transformação do modelo de cultura jurídica brasileira que é atualmente marcado essencialmente pela sentença judicial e pelo seu caráter punitivista. Para tanto, o primeiro tópico abordará a forma tradicional brasileira da administração da justiça com ênfase na sentença e na punição. Depois irá examinar as características e práticas da justiça restaurativa no Brasil, apresentando as diferenças e as proximidades com a abordagem da mediação penal. Por fim busca promover a identificação dos possíveis obstáculos e dos desafios para a implantação e a ampliação das práticas restaurativas no Brasil. Concluindo-se que, um dos grandes obstáculos é a formação inadequada dos operadores do direito que pouco ou nenhum aprendizado tem em relação aos meios consensuais de administração de conflitos em matéria penal. A metodologia empregada consiste no método abordagem hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa será bibliográfica e documental.

1. DA CULTURA DA SENTENÇA À CULTURA PUNITIVISTA: a justiça brasileira no contexto das demandas judiciais

Antes de iniciar as especificidades da justiça restaurativa, importa investigar dois termos empregados para traduzir as atuais mazelas da justiça cível e penal no Brasil: a cultura

⁴ Resolução nº 225 de 30 de maio de 2016, parcialmente modificada pela Resolução nº 300 de 29 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>>. Acesso em 10 de maio de 2020.

da sentença e o viés punitivista. O entendimento desses termos fornece o pano de fundo para a abordagem que se propõe nesse artigo.

O termo cultura carrega em si uma polissemia ao evocar diferentes significados e percepções nas diversas áreas de conhecimento que é estudado, assim como também no senso comum. Da cultura organizacional das empresas, passando pelas manifestações artísticas, pelos costumes e pelas crenças, a cultura pode conduzir a diferentes pontos de partida sem, no entanto, ter um ponto claro de chegada.

O termo cultura é tema de divergência entre os antropólogos⁵, que a incluem como uma das linhas de estudo. Assim a cultura é pensada a partir dos elementos centrais das relações sociais e, porque não dizer, da relação entre os seres humanos e o meio natural. Por tal aproximação com o tema de estudo, elege-se o viés antropológico para compreender a cultura, para, então, tencionar sua inserção nas práticas jurídicas e punitivas.

Para a antropologia cultural, ou etnologia cultural, em fins do Século XIX, o termo cultura foi concebido pela perspectiva evolucionista e científica, empregado como métrica para hierarquizar e classificar os povos, diferenciar e inferiorizar os chamados "primitivos" diante dos "desenvolvidos" e, assim, estar em sintonia com os modelos científicos raciais. Envolvidos na visão evolucionista e linear das culturas, havia entre os antropólogos a pretensão de examinar as etapas fixas de desenvolvimento que, supostamente, todas as sociedades deveriam passar, iniciando na selvageria até o mais avançado degrau, o civilizado, todas talhadas pelos padrões europeus, branco e universalizante." Foi somente a partir da metade dos anos 80 (oitenta), ao longo do século XX que o termo cultura foi separado da visão essencialista "[...] enfatizando o caráter historicizado, localizado, polifônico, político e discursivo de qualquer fato cultural." (COLAÇÃO; DAMÁSIO, 2012, p. 78)

O caráter historicizado da cultura aponta para sua singularidade enquanto artefato humano, pois é constantemente engendrada pela interação humana, relacionada ao tipo de sociedade que compõe o meio social onde as pessoas interagem. Nesse sentido, um aspecto central na cultura é o contexto simbólico que permeia os significados e os significantes, as

⁵ Franz Boas foi um dos antropólogos a ver na cultura "um traço distintivo da humanidade", apesar de não antever o "[...] fato de quase todos os meus colegas [antropólogos] concordarem que "cultura" é o conceito mais fundamental do nosso campo de saber – mesmo admitindo que não é possível defini-la. Cultura seriam ideias? Seriam padrões? Seriam atos? Seriam as consequências, incluindo os objetos materiais, desses atos? Seria tudo isso, uma relação entre alguns, ou todos eles, ou uma coisa inteiramente diversa? Por incrível que pareça, nós não temos a menor ideia ou, melhor dizendo, temos centenas delas." MINTZ, Sidney W. *Cultura: uma visão antropológica*. Tempo, Niterói, v. 14, n. 28, p. 223-237, jun. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042010000100010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 02 abr. 2020.

relações entre as diferentes motivações de cada sujeito, influenciando em seus pensamentos e suas ações. (MINTZ, 2010, p. 223-237)

As expressões dos significados e a interpretação dada sobre eles, bem como o controle que selecionará os significados e interpretações preponderantes, são condicionadas pelo contexto simbólico, são invenções humanas, imaginadas e assimiladas, podendo se cristalizar em uma convenção ou reforçar uma tradição já existente (WAGNER, 2012).

A partir desses lineamentos é possível avançar para a compreensão das expressões vigentes no mundo jurídico e que certamente se relacionam com os símbolos que refletem. A atuação do Poder Judiciário e as suas práticas reiteradas; a expectativa e os objetivos das pessoas que buscam a prestação jurisdicional; as motivações que direcionam os comportamentos de advogados, juízes, promotores de justiça e de todos os demais atores jurídicos que são comuns a um dado período histórico, são apreendidas, interpretadas e repetidas em um constante conjunto simbólico de atos e de performances.

Nesse contexto se inserem os termos cultura da sentença e cultura da sentença e punitivista, que orientam os comportamentos entre os juristas e também entre as pessoas que buscam a prestação jurisdicional.

No Brasil, a busca da solução contenciosa de uma demanda é, via de regra, inscrita em um processo judicial ao ser apresentada ao Poder Judiciário, com intuito de obter uma sentença, decisão esta revestida do poder coercitivo do Estado. Talvez reflexo da orientação dos próprios Cursos de Direito que formam os futuros juristas para esse modelo de contencioso, calcado na sentença judicial, enquanto *locus* de poder e coerção, concebido como único instrumento capaz de responder e administrar os conflitos. Ou seja, os Cursos de Direito no Brasil, como apontam Gonçalves, Rodrigues e Santos (2017, p. 151-2), compactuam para a manutenção do “status quo”, ao repetir o modelo que atribui preponderância à decisão adjudicada do juiz (sentença).

Ademais, o mercado de trabalho das diversas carreiras jurídicas é centrado na imagem do profissional voltado para a litigiosidade, desde a advocacia até a magistratura. Juristas e cidadãos passam a ser dependentes cada vez mais do modelo estatal de Justiça, de seus padrões institucionalizados de decisões, de seus ritos e formas, que de tantas demandas inscritas à espera de respostas, está sobrecarregado, moroso e ineficiente. (WATANABE, 2005, p. 684-90)

Estes são os elementos da chamada “cultura da sentença”, termo empregado por Watanabe (2005, p. 684-90) que considera não existir no Brasil uma política adequada para o tratamento dos conflitos judiciais, que seja aplicada de forma abrangente para conter a inscrição

repetitiva de conflitos similares, que são interpostos individualmente perante o Poder Judiciário, gerando sobrecarga e demora na prestação dos serviços. A ausência de tal política ainda desconsidera a difusão dos meios autocompositivos, como a mediação e a conciliação e acaba por reforçar a cultura da sentença.

Watanabe (2005, p. 684-90) há muito defende a substituição da cultura da sentença pela cultura da pacificação, esta última voltada para uma maior participação das partes na construção das decisões e gerenciamento dos conflitos e não apenas repetindo o modelo daquela de espera da pronta e acabada resposta produzida pelo Estado, por meio da sentença, que nem sempre atende aos verdadeiros interesses dos participantes. Mais do que isso, o estímulo é para que as pessoas possam estar imbuídas da motivação pacificadora e não da conflituosa, que alimenta os litígios contenciosos.

É preciso reconhecer, entretanto, que a cultura da sentença é uma representação de como no Brasil se administra preponderantemente os conflitos jurídicos. Segundo Shirley (1987, p. 86), é possível considerar que a preponderância na administração de conflitos por meio de juízes e decisões adjudicadas é um reflexo de um tratamento paternalista que no discurso diz se tratar da educação da população quanto aos seus direitos e deveres, quando na verdade não oferece tais recursos. Assim a preponderância da cultura da sentença acaba por ser um reflexo de um Estado paternalista que busca manter sua população dependente de um sistema de justiça que destaca as decisões de força do próprio Estado.

Galtung (2006, p. 189-207) destaca a importância de se conhecer a cultura profunda que interfere diretamente nas atitudes e comportamentos que os atores adotarão num conflito, inclusive no que tange as maneiras que utilizarão para administrar os conflitos. Não se trata apenas de investigar as motivações e comportamentos dos atores, chamados de partes, mas também as motivações e comportamentos adotados pelo próprio Estado (interessado na pacificação social) que estabelece e controla o sistema de justiça.

Da mesma forma que outras áreas do Direito, o direito processual penal e o direito penal vivenciam um dilema de similar extensão com a chamada cultura punitivista, mas que possui contornos históricos próprios e distintos, que abarcam consequências mais severas.

O Brasil vivencia nas últimas décadas um aumento vertiginoso de sua população carcerária, a ponto de ser o terceiro país do mundo em números absolutos a ter o maior contingente de pessoas presas, atrás apenas dos Estados Unidos da América e da China.⁶

Os dados mais recentes, datados de fevereiro de 2020, contabilizaram 773.151 (setecentos e setenta e três mil, cento e cinquenta e uma) pessoas presas e com um *déficit* de vagas de 312.100 (trezentas e doze mil e cem). A taxa de encarceramento aumentou em pelo menos seis vezes por cem mil habitantes desde 1990, subindo de 61 (sessenta e um) para 367 (trezentos e sessenta e sete).⁷

Além da população carcerária enorme, soma-se a esse número a quantidade de mandados de prisão não cumpridos no Brasil. Em 2018, o número de mandados de prisão não cumpridos era de 448 mil. Constata-se, assim, que se todos os mandados fossem cumpridos, o déficit de vagas no sistema carcerário seria muito maior.⁸

O perfil da população carcerária é marcado pelo viés de raça/etnia, de classe social e de faixa etária: é predominantemente masculina sendo que 86,5% possuem filhos; 72,39% têm entre 18 e 34 anos; 64,7% são pardos ou negros; 51,35% não têm o ensino fundamental completo e 13,15% só possuem o ensino fundamental completo.⁹

Observa-se, entretanto, que o aumento do encarceramento não se fundamenta necessariamente no incremento numérico de crimes, mas na seleção de determinados crimes e pessoas que preferencialmente formam o contingente carcerário: a juventude pobre e negra, perseguida e punida. Tal fato revela a seletividade qualitativa, que opera também ao imunizar delitos praticados por pessoas que não pertencem aos estratos sociais vulneráveis da sociedade, como "delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desviantes dos órgãos estatais". (ANDRADE, 1997, P. 267)

⁶ UNISINOS. Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. Dados disponíveis em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>>. Acesso em 12 de maio de 2020.

⁷ Gazeta do Povo de 14/02/2020. Dados disponíveis em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/populacao-carceraria-triplica-brasil-2019/>>. Acesso em 10 de maio de 2020.

⁸ VICK, Mariana; POMPEU, Lauriberto. Mandados não cumpridos superam vagas de prisões em 18 estados do país. Folha de São Paulo, 30 abr 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/mandados-nao-cumpridos-superam-vagas-de-prisoas-em-18-estados-do-pais.shtml>>. Acesso em 13 de maio de 2020.

⁹ Levantamento Nacional de informações penitenciárias, foram utilizados os dados de junho de 2017, por ser este o último informe indicativo do perfil sociocultural dos detentos. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em 10 de maio de 2020.

Carvalho (2010, p. 01), ao analisar os dados sobre o sistema prisional, concluiu que o Brasil foi inserido no cenário punitivista, no fenômeno intitulado “*mass incarceration*”, o qual tem suscitado pesquisas e análises criminológicas aprofundadas e considera que o punitivismo tem sua base assentada na formação jurídica dos atores vinculados ao cenário penal (advogados, promotores de justiça e juízes, entre outros), a qual é ligada à tradição inquisitória, de matriz autoritária, formando a chamada cultura punitivista.

Tal cultura é fomentada pela "vontade de punir", termo designado para caracterizar a experiência dos Estados democráticos, após o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, o qual alavancou a manifestação de grupos conservadores para ações de populismo penal, motivados para combater problemas sociais, tais como: xenofobia, homofobia, crimes praticados por jovens. Fazendo dos meios de comunicação, judiciais e políticos seus canais de difusão, inserindo a vítima como centro da cena, propaga-se o medo e os "pênicos morais", motivando a inflação legislativa penal, o aumento dos tipos penais e o endurecimento das penas. Diante de tal cenário, observa-se a necessidade de implementar políticas sociais de segurança, construídas sobre um amplo de debate, apoiado em informações precisas que possam modificar as falsas percepções coletiva de insegurança. (SALAS, 2011)

No mesmo sentido observa Carvalho (2010, p. 09):

O sintoma contemporâneo vontade de punir, que atinge os países ocidentais e que desestabiliza o sentido substancial de democracia, propicia a emergência das macropolíticas punitivistas (populismo punitivo), dos movimentos político-criminais encarceradores (lei e ordem e tolerância zero) e das teorias criminológicas neoconservadoras (atuarismo, gerencialismo e funcionalismo-sistêmico). (Grifo do autor).

A cultura dos operadores jurídicos no âmbito penal é fortemente influenciada pela tradição inquisitorial, centralizada na figura do delegado de polícia na fase do inquérito, na do promotor de Justiça, advogado de defesa (eventualmente das defensorias públicas) e do juiz, na fase judicial, ambas alimentadas pela perspectiva retributiva e punitivista. Tal cultura vê na prisão e no endurecimento das penas a solução ou a resposta mais adequada para o ilícito penal, reforçando a ideia de ser a *única* resposta possível para a punição do delito.

Carvalho (2010, p. 94), ao tratar sobre as causas das dificuldades de implementação dos modelos consensuais de justiça penal, previstos na Lei 9.099/1995, a Lei dos Juizados Especiais Criminais, aponta que:

A formação decisionista-inquisitorial dos operadores jurídicos, sobretudo dos Juízes, revela sua profunda *incapacidade de escuta* para apreender as angústias das partes envolvidas na causa, fato que obstaculiza qualquer

possibilidade de mediação razoável de conflitos. Ao contrário, em determinados casos específicos a intervenção jurídica potencializou o conflito, ao invés de encontrar sua resolução [...]

A cultura jurídica de administração da justiça reflete, portanto, o mecanismo de gestão dos conflitos adotado por um Estado. E, em se tratando de matéria criminal, se a cultura jurídica de administração da justiça for baseada na heterocomposição – jurisdição estatal, representada pela sentença, a consequência é que o modelo de gestão dos conflitos será exercido, essencialmente, pelo viés retributivo e punitivista decorrente das ações penais.

Entretanto, desde o ano de 2010, por meio da Política Pública Nacional de Tratamento dos Conflitos, desenvolvida pela Resolução nº 125 do CNJ¹⁰, uma “onda” significativa de mudanças na forma de ofertar ao cidadão espécies de mecanismos para tratar os conflitos foi cultivada.

Nesse sentido, um novo modelo de justiça penal passa ser incorporado na cultura jurídica de gestão dos conflitos criminais como forma de suavizar a “cultura punitivista”. Esse novo modelo contempla a denominada justiça restaurativa e os seus múltiplos instrumentos de tratamento dos conflitos penais, como por exemplo, a mediação penal.

2. POR UM NOVO PARADIGMA CULTURAL EM MATÉRIA PENAL: a justiça restaurativa

Como já anteriormente apontado, os meios de tratamento dos conflitos é um reflexo da cultura a qual se pertence e, se a cultura expressa tudo aquilo que caracteriza a história de certa sociedade, a discussão sobre a cultura, em especial a cultura jurídica, auxilia a pensar sobre a própria realidade social.

É importante entender os sentidos de uma realidade cultural para àqueles que nela vivem. Cada realidade cultural tem a sua lógica interna, de modo que se deve procurar conhecê-la, para que façam sentido as suas práticas e costumes. É preciso relacionar a variedade de procedimentos culturais com os contextos em que são produzidos.

Nesse âmbito, portanto, para analisar um sistema cultural é necessário verificar a situação social e histórica que o produz. A partir de tais premissas constata-se que no Brasil, a partir dos números previamente apontados anteriormente, a sociedade acostumou-se às crenças

¹⁰ Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em 09 de julho de 2020.

e aos valores intrínsecos à presença do terceiro para administrar a justiça, o que influenciou, sobremaneira, na formação de uma cultura jurídica baseada na sentença e no modelo de gestão dos conflitos penais prioritariamente retributivo e “punitivista”.

Até muito recentemente, se tinha em destaque o uso quase que exclusivo da jurisdição estatal. Entretanto, desde os anos de 2004 e 2005, quando o Ministério da Justiça (MJ), por meio de sua Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ), iniciou a implantação do projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”, financiado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, a justiça restaurativa tem ocupado espaços.

Concretamente, a justiça restaurativa também foi apresentada como diretriz estratégica de gestão do CNJ para o biênio 2015/2016. Para tanto, o CNJ instituiu um grupo de trabalho, composto por magistrados com vivência em práticas restaurativas, que tinha por incumbência a elaboração de uma proposta de ato normativo para implementar essa iniciativa em âmbito nacional. Como resultado desse trabalho, foi aprovada a Resolução nº 225 de 30 de maio de 2016¹¹, cujo texto foi elaborado com base em recomendações da Organização das Nações Unidas (ONU) e na experiência acumulada por alguns juízes que adotavam anteriormente a prática. A referida Resolução foi posteriormente emendada pela Resolução nº 300 de 29 de novembro de 2019.¹²

Assim é possível afirmar que, desde maio de 2016, a justiça restaurativa passou a ser considerada um novo modelo de administração de conflitos em matéria penal, com o objetivo de buscar outra resposta para o fenômeno delitivo que seja distinto da pena e cujos objetivos sejam: reparar os prejuízos materiais, financeiros, emocionais, entre outros, ocasionados à vítima pelo ofensor, com um maior engajamento da comunidade na gestão do conflito.

Com esta nova forma de administração dos conflitos proporciona-se a ênfase à possibilidade das partes administrarem o conflito pela via consensual, pois, a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução for por elas criada e não imposta pelo juiz por meio da sentença.

Assim, face às frustrações ou a ineficiência do sistema jurídico penal tradicional no Brasil, alicerçada na cultura da sentença e punitivista em que se dá ênfase à culpa e à imposição

¹¹ Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016. Disponível em < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289> >. Acesso em 13 de junho de 2020.

¹² Resolução nº 300 de 29 de novembro de 2019. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3144>>. Acesso em 13 de junho de 2020.

de pena, a justiça restaurativa surge com uma “nova lente” sobre o fato criminoso, redimensionando os papéis do ofensor, da vítima e da comunidade e, impondo, por meio de metodologias e práticas restaurativas, à conscientização dos danos e dos sofrimentos causados também como responsabilização de todos.

A justiça restaurativa possui, segundo Zehr (2017, p. 38-41), três pilares de atuação consistentes em: a) preocupação primária com a vítima e suas necessidades de modo a escutar ativamente a informação e a narrativa da vítima promovendo o seu empoderamento; b) responsabilização do ofensor para que este compreenda as consequências dos seus atos, estimulando a transformação pessoal e sua reintegração social; c) engajamento de um círculo ampliado de partes na gestão dos conflitos penais, invocando a responsabilidade de toda a comunidade na busca de soluções para a prática delitiva e no fortalecimento dos vínculos comunitários.

A partir destes pilares percebe-se que justiça restaurativa se afasta do modelo da justiça tradicional penal de caráter retributivo e punitivo até porque não está preocupada em compreender quais leis foram infringidas ou quais penas o agressor merece como forma de empregar dor ao ofensor, mas sim, conjugar o reconhecimento de danos, a reparação e a responsabilização como um processo decisório compartilhado entre a vítima, o agressor e a comunidade.

Zehr (2017, p.81-82) reconhece, entretanto, que apesar das diferenças também existem proximidades entre a justiça restaurativa e a justiça tradicional já que ambas buscam por meio da reciprocidade e proporcionalidade promover um equilíbrio da balança entre os participantes da relação, alterado justamente pelo comportamento do ofensor.

O termo justiça restaurativa abarca uma gama de programas e práticas para repensar às ofensas. Em sua essência, segundo Zehr (2017, p. 19-26), a justiça restaurativa não têm como objetivos: a) forçar um perdão ou uma reconciliação entre a vítima e ofensor, apesar da justiça restaurativa oferecer um contexto em que tais condutas podem acontecer, porém, não são pré-requisitos ou os resultados perseguidos; b) ser aplicada apenas às ofensas menores ou primárias. Existem experiências em que a justiça restaurativa tem sido aplicada em crimes de maior potencial ofensivo; c) ser aplicada como instrumento de administração em todos os crimes, mas mais uma via de apoio ao sistema judicial na medida em que o crime possui uma dimensão social, de interesse do Estado e da sociedade e, outra, interpessoal, de interesse dos integrantes e também da comunidade.

Entretanto, no contexto brasileiro atual, a justiça restaurativa ainda tem certos limites em razão de matéria como, por exemplo, ser aplicada aos crimes de menor potencial ofensivo presentes nos juizados especiais criminais¹³, no Estatuto do Idoso¹⁴ e aos atos infracionais praticados por adolescentes, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵ e o SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo)¹⁶.

A justiça restaurativa acolhe a tônica interpessoal, trazendo, não apenas a responsabilização do ofensor, mas também a da comunidade que ele integra, servindo, portanto, como expansão daqueles que compõem o procedimento penal, representando uma nova forma de procedimento criminal de viés trilateral - Estado, vítima e comunidade - diferentemente do procedimento judicial tradicional de viés bilateral – Estado x ofensor.

Além disso, a justiça restaurativa serve para aplicar metodologias restaurativas que são, segundo a Resolução nº 12/2002, do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, quaisquer processos nos quais a vítima e o ofensor e, quando apropriado, outros indivíduos ou membros da comunidade atingidos por um crime participem em conjunto na resolução de questões que surjam em decorrência deste, e, em regra, o fazem com o auxílio de um facilitador.¹⁷

3. A MEDIAÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: semelhanças e diferenças

Dentre as metodologias ou práticas ou abordagens restaurativas destacam-se: a) Conferências de Grupos Familiares; b) Círculos Restaurativos ou Processos Circulares; c) Mediação Penal.

O que há em comum ou semelhante nestas três práticas restaurativas é que todas: a) possuem como um requisito fundamental a voluntariedade, ou seja, a participação daqueles que foram prejudicados nos encontros e diálogos deve ser inteiramente voluntária; b) podem ser utilizadas isoladamente, embora cada vez mais estejam sendo aplicadas de modo mesclado; c)

¹³ Lei nº 9099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 10 de maio de 2020.

¹⁴ Lei nº 10741 de 01 de outubro de 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em 10 de maio de 2020.

¹⁵ Lei 8069 de 13 de junho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 10 de maio de 2020.

¹⁶ Lei 12594 de 18 de janeiro de 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em 10 de maio de 2020.

¹⁷ Resolução nº 12/2002 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas. Disponível em <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-vi-miscelanea/nacoes-unidas-conselho-economico-e-social>>. Acesso em 13/06/2020.

são feitas mediante encontros orientados por facilitadores que permitem aos participantes explorar os fatos, os sentimentos, fazer perguntas e apresentar soluções; d) estimulam o diálogo entre os interessados como técnica para compreensão do mal sofrido, para o reconhecimento da responsabilidade pelos danos decorrentes e para o enfoque prospectivo (futuro).

De forma resumida, conforme Zehr (2017, p. 62-72), cada metodologia/prática funciona do seguinte modo:

a) Conferências de Grupos Familiares: concentra-se no apoio àquele que cometeu a ofensa, para que assuma a responsabilidade e mude o seu comportamento, e por isso, a presença dos familiares ou das pessoas relevantes para o ofensor é trazida à conferência. Essa abordagem, quando bem trabalhada, induz ao empoderamento familiar. Entretanto, quando não bem executada, pode promover o sentimento de vergonha na família e, por isso, na maioria das vezes, são organizadas e facilitadas por assistentes sociais ou psicólogos; profissionais mais atentos e sensíveis à elaboração de um plano que contenha as causas e objetivos da reparação e responsabilização do ofensor;

b) Círculos restaurativos ou processos circulares: práticas que nasceram das experiências das comunidades indígenas no Canadá. Os participantes se acomodam em círculo e, com um objeto chamado “bastão da fala” passam de mãos em mãos para que todos tenham oportunidade de falar, um de cada vez e, na ordem em que estão sentados. Os facilitadores são chamados de “guardiões”, assim como os antigos anciãos das comunidades indígenas. É a principal modalidade utilizada pela Justiça Restaurativa porque permite a democracia participativa não apenas entre a vítima e o ofensor, mas também, da comunidade;

c) Encontros Vítima x Ofensor: para que ocorra a comunicação entre vítima, ofensor e a comunidade, ou seja, para que se entendam os “porquês” dos específicos comportamentos criminosos praticados pelo ofensor.

Conforme Sica (2007, p. 30), embora nos programas de Mediação vítima-ofensor haja um objetivo comum que é a recuperação de um papel ativo no sistema de justiça, a justiça restaurativa e a mediação penal não se confundem. Isso porque existem várias abordagens pelas quais a justiça restaurativa pode ser realizada, sendo a mediação penal uma delas. Além disso, a ideia de justiça restaurativa é apropriada de maneira mais restrita do que a ideia de mediação. Enquanto a primeira se vincula à área penal, a segunda é aplicada em diversas áreas do Direito, incluindo certas questões penais.

A mediação é sempre, em nível amplo, uma atividade técnica cujo objetivo é administrar divergências entre os participantes por meio de um diálogo que tem o mediador como facilitador.

A mediação é recomendada para divergências que produziram processos comunicacionais turbados ou interrompidos entre participantes que visam preservar suas relações. Assim a mediação visa restabelecer e eventualmente transformar as relações entre os participantes e, a partir desses pontos, abrir a possibilidade dos participantes, por meio desse diálogo assistido pelo mediador, eventualmente solucionar os problemas decorrentes por meio de acordos a serem consensualmente estabelecidos.

A mediação, segundo Warat (2001, p. 80), tem a conotação de um instituto com uma proposta de transformar o conflito não por meio de decisão de terceiros, mas sim por meio das soluções criadas e decididas pelos próprios interessados, facilitados em seus diálogos pelo terceiro – imparcial - mediador.

A mediação é considerada uma técnica, em que o terceiro imparcial – mediador – auxilia as partes a retomarem a comunicação entre elas interrompida, para, após a reestruturação da relação social, se for o caso, estabelecerem um acordo. Extrai-se desta técnica duas finalidades precípuas: a) facilitar a negociação entre as partes; b) separar a lide processual da lide sociológica.

Embora existam várias técnicas de mediação¹⁸, dentre as quais podem-se destacar, a tradicional-linear de Harvard¹⁹; a circular-narrativa de Sara Cobb ou circular-narrativa²⁰; a transformativa de Bush e Folger²¹ e a Waratiana ou terapia do amor mediado²², entende-se que a mediação penal exercida na justiça restaurativa deve ser circular e transformativa, porquanto visa, mediante o papel da linguagem verbal e escrita, transformar as relações, não buscando, necessariamente, qualquer acordo.

¹⁸ Em sentido amplo ou geral; a atividade técnica da Mediação destaca-se em quatro modelos, a saber: a) tradicional-linear de Harvard ou programa de negociação da Escola de Harvard ou “mediação satisfativa”: a atividade técnica da mediação se centra no acordo como o principal objetivo; b) Circular - Narrativo de Sara Cobb ou circular narrativa: a atividade técnica da mediação tem com o objetivo produzir a comunicação circular entre os participantes; c) Transformativo de Bush e Folger: a atividade técnica da mediação visa modificar a relação entre as partes e o acordo não é o objetivo final; d) Waratiano ou terapia do amor mediado: a atividade técnica da mediação se dá a partir da psicoterapia. (GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 83-8)

¹⁹ A obra referencial dessa escola é: FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Solomon Editores, 2014.

²⁰ A obra referencial dessa escola é: COBB, Sara. *Hablando de violencia*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2016.

²¹ A obra referencial dessa escola é: BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *La promesa de la mediación*. Buenos Aires: Ediciones Granica, 1996.

²² A obra referencial dessa escola é: WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

A mediação penal na justiça restaurativa visa, portanto, estimular um processo comunicacional produtivo entre a vítima, o ofensor e a comunidade com o intuito de melhorar as relações existentes entre os participantes. Assim, conforme Aguiar (2009), a mediação penal é uma das maneiras pelas quais a justiça restaurativa pode ser aplicada, podendo, entretanto, não ser sempre a prática mais adequada para determinados comportamentos delitivos na medida em que um encontro facilitado entre a vítima e o ofensor e eventualmente a comunidade pode não ser a abordagem mais apropriada, seja em razão da natureza do crime ou porque uma das partes não se dispõe a participar.

A mediação penal destaca o componente comunicativo-relacional que tem um papel fundamental na construção da reparação dos danos e na integração da comunidade no evento danoso, embora diversos obstáculos e desafios ainda estejam presentes na difusão desta cultura consensual para os problemas decorrentes de comportamentos delitivos.

4. OBSTÁCULOS E DESAFIOS PARA A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO PENAL E DAS DEMAIS PRÁTICAS RESTAURATIVAS NO BRASIL

A justiça restaurativa é um resgate de elementos restaurativos primordialmente identificados em vivências comunitárias tribais com raízes antigas como a própria humanidade (ZEHR, 2017, p. 24-5). Convergindo-se para a busca de uma justiça comunitária, em que o diálogo, a exposição das dores e a responsabilização dos autores podem ser determinantes para a busca da pacificação social e a amenização dos conflitos sociais.

Para ser adequada no tratamento de conflitos penais, a justiça restaurativa e um dos seus instrumentos, a mediação penal, sempre será preciso: a) a participação voluntária dos envolvidos; b) a preparação adequada dos ofensores, vítimas e membros da comunidade; c) a flexibilidade do procedimento para atender às necessidades dos envolvidos.

No entanto, embora se desenvolvam no Brasil experiências bem sucedidas²³ e mudanças legislativas específicas visando diminuir a preponderância da cultura punitivista em matéria penal em prol de reforçar a cultura restaurativa, ainda se observam entraves que

²³ Faria (2012) aponta três experiências importantes que utilizam a mediação penal como ferramenta da justiça restaurativa: a) Projeto experimental Cantareira de Mediação Penal interdisciplinar, na cidade de São Paulo, São Paulo; b) Núcleo de justiça restaurativa Largo do Tanque, na cidade de Salvador, Bahia; c) Projeto justiça para o século XXI, na cidade de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1106/6%20R%20Mediacao%20penal%20-%20ana%20paula.pdf?sequence=1>>. Acesso em 25/06/2020.

obstaculizam, ao menos teoricamente, a transformação de uma crença cultural em torno da legitimidade da decisão judicial para um novo modelo com enfoque na valorização do empoderamento e do consenso entre as partes.

Para Gonçalves, Rodrigues e Santos (2018, p. 123-27) é preciso uma política pública direcionada a educação de diversos grupos distintos, inclusive o grupo dos operadores do direito para que ocorra uma transformação do modelo dominante de predominância das sentenças judiciais. Dentre outros entraves reconhecidos e praticados dentro do próprio Poder Judiciário e em outras instituições, identifica-se como um dos motivos da cultura punitivista, a formação dos operadores do direito realizada pelos Cursos de Direito que promovem a reprodução da cultura da sentença. Isto porque a grande maioria dos Cursos de Direito dedicam, por vezes, em torno de $\frac{1}{4}$ da carga horária de formação curricular concentrada em disciplinas voltadas para o uso do processo judicial e raramente contemplam disciplinas voltadas a estimular métodos e práticas consensuais, que incluem a justiça restaurativa e o método da mediação penal.

Maillart e Santos (2018) ao fazer um estudo sobre a formação dada nos principais Cursos de Direito do Sul do Brasil em 2016/2017 constatam que pouquíssimos Cursos possuíam disciplinas obrigatórias com destaque ao diálogo e ao consenso, designada pelos autores como características da cultura de consenso que deveria substituir a cultura da sentença. No referido estudo, dos 36 Cursos de Direito pesquisados, nenhum deles oferecia disciplina obrigatória de justiça restaurativa ou de mediação penal.

Salm e Leal (2012) também alertam para outro obstáculo da justiça restaurativa nas hipóteses de o Estado assumir a condução e implementação da justiça restaurativa, subvertendo a ideia de uma justiça alternativa/complementar criada na e para as comunidades, dentro de um conceito amplo de cidadania. Os autores apontam o perigo do Estado, por meio do Poder Judiciário, das polícias, defensorias públicas e ministério público contaminarem a justiça restaurativa com os símbolos e padrões da justiça estatal, repetindo os padrões culturais que se busca transformar.

Assim é possível afirmar que sem uma política pública de educação, difusão da cidadania e valorização dos meios consensuais em questões criminais; de estímulo a difusão da justiça restaurativa e da mediação penal, dificilmente se conseguirá promover uma mudança de paradigma do tratamento dos conflitos em matéria penal, repetindo-se o modelo hoje praticado de preponderância da justiça retributiva, que se preocupa em retribuir o mal do crime com o mal da pena (punição).

CONCLUSÃO

O objetivo principal deste trabalho artigo foi analisar a cultura jurídica punitivista brasileira e o modelo de gestão de conflitos penais por meio da justiça restaurativa e de um dos seus instrumentos que é a mediação penal. Para tanto, no primeiro momento, analisou-se a cultura de caráter retributivo da pena e a inclusão da resolução nº 225/2016 do CNJ, que fomentou a justiça restaurativa como o princípio de uma mudança cultural. No segundo momento, apresentou-se o conceito de justiça restaurativa, encerrando com um dos seus possíveis instrumentos de aplicação que é a mediação penal.

Neste sentido, concluiu-se que a cultura jurídica de administração da justiça reflete os mecanismos de gestão das demandas adotados por um Estado dentro de um determinado contexto cultural. E, em se tratando de matéria criminal, a cultura jurídica de administração dos conflitos é baseada na heterocomposição – jurisdição estatal, representada pela sentença, obtendo, por consequência, um modelo de gestão exercido pelo viés punitivista do processo penal.

Todavia, atualmente, o uso da cultura punitivista no tratamento dos conflitos penais não se mostra mais plenamente satisfatória. Isso porque são nefastas as consequências que um processo malformado, desde início, pode gerar na vida privada, social de qualquer processado. A sociedade brasileira ainda guarda resquícios autoritários e inverte o dogma constitucional da presunção de inocência. Atualmente, qualquer acusado é culpado, ainda que absolvido ao fim ou no início de um processo penal.

A partir desse quadro a Resolução nº 225, editada pelo CNJ teve a finalidade de inserir a justiça restaurativa no contexto social para dar ênfase à possibilidade do agressor, vítima e comunidade reconhecerem-se como contribuintes e partícipes de todo o procedimento. Percebeu-se, então, que a justiça restaurativa tem a características de realocar a natureza jurídica do conflito penal aos diversos instrumentos restaurativos, como o mecanismo da mediação penal, abrindo espaço para o tratamento sociológico do conflito penal. Trata-se da possibilidade de estabelecimento de um novo tempo para o tratamento dos litígios penais no Brasil. Tempo esse em que os sujeitos do processo precisam perceber que o sistema jurídico valoriza a liberdade de escolha de cada cidadão em submeter-se aos meios de tratamento dos conflitos que melhor possam promover a pacificação dos envolvidos e da comunidade.

EM TEMPO

ISSN – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 1

Também se constatou que é preciso promover uma mudança profunda na educação dos principais grupos que atuam na formação e na administração dos conflitos penais uma vez que, tanto a formação quanto a administração dos referidos conflitos continuam sendo direcionadas para a manutenção do padrão cultural dominante (justiça retributiva) que se busca superar por meio de uma justiça que valorize o protagonismo dos interessados e vise alcançar suas decisões por meio primordial do consenso, pontos esses que são a base da justiça restaurativa e da mediação penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier, 2009.

BRASIL. Lei 8069 de 13 de junho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 10 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 9099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 10 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 10741 de 01 de outubro de 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em 10 de maio de 2020.

BRASIL. Lei 12594 de 18 de janeiro de 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em 10 de maio de 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias**. Jun. 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em 10 de maio de 2020.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *La promesa de la mediación*. Buenos Aires: Ediciones Granica, 1996.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Coleção Criminologias: Discursos para a Academia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

EM TEMPO

ISSN – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 1

COBB, Sara. *Hablando de violência*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2016.

COLAÇO Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloíze da Silveira Petter. **Novas perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina: o direito e o pensamento decolonial**. Coleção Pensando o Direito no Século XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL. Resolução nº 12/2002. Disponível em <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-vi-miscelanea/nacoes-unidas-conselho-economico-e-social>>. Acesso em 13 de junho de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 09 de julho de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 225 de 31 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 09 de julho de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 300 de 29 de novembro de 2016. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3144>>. Acesso em 13 de junho de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em número 2019**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 12 julho 2020.

ENTELMAN, Remo F. **Teoría de conflictos**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.

FARIA, Ana Paula. **Mediação penal – um novo olhar sobre a justiça penal**. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1106/6%20R%20Mediacao%20penal%20-%20ana%20paula.pdf?sequence=1>>. Acesso em 25 de junho de 2020.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Solomon Editores, 2014.

GALTUNG, Johan. **Transcender e transformar: uma introdução ao trabalho de conflitos**. São Paulo: Palas Athena, 2006.

GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Mediação de conflitos**. Florianópolis: EModara, 2018.

_____; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. In. BARBOSA, Claudia; PAMPLONA, Danielle Anne. **Limites e possibilidades da legitimidade e eficácia da prestação jurisdicional no Brasil**. Curitiba: Letra da Lei, 2018, p. 107-132.

KADANUS, Kelli. População carcerária triplica em 20 anos; só 11% são presos por crime contra a pessoa. **Gazeta do Povo**. 14 de fev. de 2020. Dados disponíveis em:

EM TEMPO

ISSN – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 1

<<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/populacao-carceraria-triplica-brasil-2019/>>.

Acesso em 10 de maio de 2020.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. São Paulo: Pala Athena, 2012.

MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos Santos. A “cultura da sentença” em 2016/2017 e a sua reprodução pelas Escolas de Direito no Sul do Brasil.

Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 73, jul-dez. 2018, p. 671-700. Disponível em:

<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/138/showToc>>. Acesso em 10 de julho de 2020.

MINTZ, Sidney W. Cultura: uma visão antropológica. **Tempo**, Niterói, v. 14, n. 28, p. 223-237, jun. 2010. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042010000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 02 abril de 2020.

ROBERTS, Simon. **Order and dispute; na introduction to legal anthropology**.

Harmondsworth: Penguin Books Ltd, 1979,

SALAS, Denis. **La volonté de punir**. 2011. Disponível em:

<<http://adeppi.all2all.org/fichiers/publications/La%20volonte%20de%20punir.pdf>> Acesso em 4 julho de 2020.

SALM, João; LEAL, Jackson da Silva. A justiça restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. **Revista Sequência**. Florianópolis, v. 33, n. 64, jul. 2012, p. 195-226. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1880/showToc>>. Acesso em 10 de maio 2020

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de Justiça Criminal e Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

UNISINOS. **Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo**.

Dados disponíveis em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>>. Acesso em 12 de maio de 2020.

VICK, Mariana; POMPEU, Lauriberto. Mandados não cumpridos superam vagas de prisões em 18 estados do país. **Folha de São Paulo**, 30 abr 2018. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/mandados-nao-cumpridos-superam-vagas-de-prisoos-em-18-estados-do-pais.shtml>>. Acesso em 13 de maio de 2020

WAGNER, Roy. **A invenção da cultura**. Tradução de Marcela Coelho de Souza e Alexandre Morales. 1 ed. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

EM TEMPO

ISSN – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 1

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. pp. 684-690.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Orgs.). **Mediação e gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em 19 mar. 2020.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. 2ª ed. São Paulo: Palas Athena, 2017.

A AMEAÇA POPULISTA CONTEMPORÂNEA E OS MECANISMOS DE IMPEDIMENTO PARA A ENTRADA DOS REFUGIADOS

THE CONTEMPORARY POPULIST THREAT AND MECHANISMS PREVENTING REFUGEES ENTRANCE

Fernando de Brito Alves¹

Willy Rodrigue Ndougou Adda²

RESUMO

A ascensão de certos políticos no poder como Donald Trump nos Estados Unidos, ou ainda Viktor Orbán na Hungria, apresenta-se como o ponto culminante de um fenômeno que interpreta a democracia de forma depreciativa, ferindo direitos humanos próprios às minorias em busca de refúgio. Diante dessa situação, pergunta-se sobre como se dá a relação entre o populismo contemporâneo e a atual crise dos refugiados. À essa questão entende-se que a relação é conflituosa, pois muitos governos populistas costumam implementar medidas jurídicas e políticas para impedir a entrada ou o reassentamento dos refugiados no seu território. Por isso recomenda-se o respeito ao princípio de *non-refoulement* como norma de *jus cogens*, pois o seu desrespeito pode acarretar a violação de outros direitos inerentes aos refugiados, podendo levar à responsabilidade internacional do Estado. Sendo assim, é preciso explicar o que entende por populismo contemporâneo como ameaça, analisar os mecanismos usados por governos populistas para impedir a entrada dos refugiados e por fim, levantar soluções dentro do Direito Internacional a partir do princípio de *non-refoulement* e da responsabilidade internacional do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Populismo; Direito Internacional, Migração internacional; Direitos humanos.

ABSTRACT

The election of certain governing politicians, such as Donald Trump in the United States or Viktor Orbán in Hungary, appears today as a culminating point of a phenomenon that interprets democracy in a depreciative way infinging human rights of refugees. Given this situation, one wonders how the relationship between contemporary populism and the current refugee crisis is developing. In regards to this, it is understood that the relationship is conflicting in this sense

¹ Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Filosofia pela Universidade do Sagrado Coração e graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, é especialista em "História e historiografia: sociedade e cultura" pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Jacarezinho. Atualmente é Assessor Jurídico da UENP, Editor da Revista Argumenta, Coordenador do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica (2014-2022). Realizou estágio de pós-doutorado no Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013-2014), Visiting researcher na Universidad de Murcia (2019). Tem experiência na área de Filosofia Política e Direito.

² Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (desde 2019) sob a orientação do Prof. Dr. Jairo Neia Lima, e possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Tem experiência na área de Direito Internacional, com ênfase em Migrações internacionais e em Direitos Humanos. É professor de francês no programa Paraná Fala Francês (PPF) na Universidade Estadual do Norte do Paraná (desde junho 2019)

that certain populist governments usually use legal and political measures to prevent the entry or resettlement of refugees in their territory. For this reason, it is recommended that the principle of non-refoulement as a norm of jus cogens be respected, since if they are disregarded by certain measures or behaviour of these governments, they may give rise to a possible international responsibility of State involved. Therefore, it is necessary to explain what contemporary populism means as a threat, to analyse the mechanisms used by populist government to prevent the entry of refugees and finally, to raise solutions under international Law based on the principle of non-refoulement and international responsibility of the State.

KEYWORDS: Populism; International Law; International Migrations; Human rights.

INTRODUÇÃO

Alguns Estados, considerados nas últimas décadas, como modelos de democracia ou Estados de Direito, devido a sua atuação pela manutenção da paz mundial, pela promoção e pela concretização dos princípios e valores democráticos, dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, têm visto chegar ao poder certos políticos ou governantes que têm estabelecido medidas ameaçando a democracia e os refugiados.

É dessa forma que se apresenta o populismo contemporâneo que tem mostrado uma maneira particular de enxergar a democracia liberal, minando a separação dos poderes, as ordens constitucional e institucional, influenciando no jogo eleitoral e sobretudo ferindo os direitos fundamentais, principalmente os próprios às minorias vindas do exterior e constituídas dos refugiados e solicitantes de refúgio nesse sentido que muitos governos populistas contemporâneos costumam fazer dos refugiados os inimigos do povo e estabelecem medidas para impedir a sua entrada no seu território.

Com fulcro nesta situação, percebe-se que essas medidas governamentais acentuam a crise atual de refugiados como será visto, mostrando uma lacuna palpável do Direito Internacional que enfrenta sérias dificuldades para proteger os refugiados contra a ameaça populista. É por essa razão que se faz a seguinte questão: como se dá a relação entre os governos populistas contemporâneos e a atual crise dos refugiados? Em outras palavras, como os governos populistas dificultam a resolução da questão da crise dos refugiados?

Sobre essa problemática, percebe-se à primeira vista que certos governos populistas costumam usar mecanismos legais e políticos para impossibilitar o ingresso no seu território dos refugiados ou dos solicitantes de refúgio, aumentando ainda mais a sua vulnerabilidade. Por esse motivo, recomenda-se o respeito aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos dos refugiados que fazem parte do *jus cogens* (conjunto de normas

imperativas do Direito Internacional) como principalmente o princípio de non-refoulement, pois o seu desrespeito por medidas dos governos populistas, pode provocar a violação de vários outros direitos inerentes ao refugiado, conduzindo, portanto, à responsabilidade internacional do Estado implicado.

Para essa pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo partindo da problemática levantada sobre a relação entre o populismo contemporâneo e a crise dos refugiados, e à qual é trazida uma possível solução dentro do Direito Internacional - DI que pode mostrar-se eficaz ou limitada. Portanto, é necessário valorizar a construção do conhecimento de modo compartilhado pelo diálogo interdisciplinar entre doutrinadores das ciências políticas, de direito constitucional, de direito internacional e de direito internacional dos direitos humanos dos refugiados.

Portanto esse trabalho estrutura-se em torno de três partes: primeiro, é preciso fazer breves apontamentos sobre a ameaça populista à democracia liberal e aos direitos humanos. Em seguida, caberá levantar as medidas tomadas pelos governos populistas para impedir a entrada dos refugiados no seu território. Por fim, será importante trazer possíveis respostas, presentes no Direito Internacional e na doutrina internacional, particularmente, o princípio de non refoulement e a responsabilidade internacional do Estado a partir do caso *Hirsi Jamaa e Outros versus Estado de Itália* decidido pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A AMEAÇA POPULISTA

A doutrina enfrenta sérias dificuldades em conceituar o populismo. Autores tais Rosanvallon ou Ernesto Laclau enxergam o populismo como um fenômeno plural.

Laclau aponta que o seu conteúdo é vago e impreciso, nesse sentido que uma das características da literatura dedicada ao populismo é a dificuldade em dar um sentido preciso a esse conceito, pois essa clareza conceitual é visivelmente ausente nesta área. Por isso, na maioria dos casos, a compreensão conceitual é substituída pelo apelo à intuição, mas não à enumeração verbalizada ou descritiva de uma série de características relevantes. Assim diante dessa complexidade, o populismo aparece como um conceito multiclassista, isto é, que se recusa a toda identificação apenas como movimento da direita ou apenas da esquerda, podendo estar presente em vários tipos de reivindicações - igualdade de direitos políticos ou sociais – (LACLAU, 2008, p.15-16).

Contudo para essa pesquisa, cabe esclarecer que a definição do conceito do populismo não será o foco, pois pretende-se apenas seguir correntes intelectuais que olham para o populismo de forma depreciativa, considerando-o como uma ameaça ao regime democrático liberal, as ordens constitucional e institucional e à proteção dos direitos humanos das minorias

Desta feita, Mudde e Kaltwasser entendem que o populismo é uma ideologia centralizada que considera a sociedade como definitivamente separada em dois campos homogêneos e antagônicos, o povo puro versus a elite corrupta, e que defende que os políticos deveriam ser uma expressão da *volonté générale* (vontade geral) do povo. Sendo uma ideologia, o populismo apresenta-se como um tipo de mapa mental em que cada indivíduo pode analisar e compreender a realidade política. Por isso, percebe-se que o populismo se articula em torno de três conceitos centrais: o povo, a elite e a vontade geral (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 6-7).

Entretanto, o populismo defende que nada deve restringir a vontade do povo. Na prática, os populistas frequentemente invocam o princípio da soberania popular para criticar as instituições³ independentes que buscam proteger os direitos fundamentais inerentes ao modelo liberal democrático. Entre as instituições mais atacadas estão o judiciário e as mídias (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 82).

Seguindo essa lógica, entende-se que o populismo é geralmente criticado e qualificado de democracia iliberal, pois tende a secundarizar os direitos individuais em relação à afirmação da soberania coletiva e, ao mesmo tempo, desprezar o julgamento dos órgãos intermediários acusados de frustrar a ação das autoridades eleitas na medida em que os populistas consideram a forma da democracia liberal como diminutiva e confiscatória de uma democracia autêntica (ROSANVALLON, 2020, p. 15).

É por isso que os mecanismos de pesos e contrapesos, na visão de vários populistas, não podem ser usados para obstruir a vontade do povo, na medida em que o vínculo personalista direto entre os líderes populistas e o povo torna essas instituições obsoletas e pode substituí-las ou derrubá-las. Consequentemente, esses governos uma vez eleitos, com um suposto poder ilimitado, iniciam reformas legais para enfraquecer as instituições democráticas aproveitando-se da maioria parlamentar, tornando assim o populismo numa nova ameaça para democracia

³ É importante frisar que a presença das instituições políticas caracteriza a forma com a qual se manifesta o Estado democrático, porque são organismos do Estado a serviço da mediação de conflitos que dividem os interesses próprios de cada cidadão, buscando coordenar politicamente todos esses interesses (ZULMAR; SAMPAR, 2017, p. 155).

(INTERNATIONAL IDEA, 2020, p. 5).

Assim nota-se, por um lado, uma desconfiança populista contra os mecanismos de representação, o que acaba levando à tendência para confiar em “homens fortes”, que ascendem à posição de porta-voz exclusivo dos interesses da comunidade. Essa situação pode fomentar tentações autoritárias latentes, em particular, nos contextos em que as instituições democráticas são frágeis, podendo agir como instigadores demagógicos para as tensões e protestos ditados pela falta de confiança na eficiência do regime ou por uma desilusão alimentada pelas promessas que a classe política não cumpriu (TARCHI, 2016, p.12). Por outro lado, o populismo mostra uma desconfiança marcante em relação ao pluralismo, que em alguns casos é considerado uma patologia a ser curada mais do que uma condição fisiológica de uma sociedade moderna e é geralmente identificado como uma imperfeição inevitável da sociedade contemporânea (TARCHI, 2016, p. 13-14)

A rejeição do pluralismo e a estigmatização dos partidos *outsiders* (alguém ou partido alheio ao mundo da política) desafiam as normas liberais nas quais se fundamentam a democracia. O que torna o fenômeno tão complexo, é que nos países onde tais partidos são ancorados nos governos, através de eleições livres e justas, muitas vezes com altos níveis de participação e apoio eleitoral, representam a voz e os valores iliberais de grandes segmentos da população. As práticas populistas, portanto, têm levado os críticos do populismo a sugerirem o termo populismo autoritário porque muitos populistas se apresentam como os únicos e verdadeiros representantes do povo. Desta forma, eles costumam interpretar seu apoio eleitoral como um mandato que os autoriza a ignorar ou desrespeitar as instituições consagradas na democracia constitucional. Portanto, na visão populista, os pesos e contrapesos constitucionais não somente falharam em responsabilizar as elites pelo abuso de autoridade executivo, mas também a conspiração dessas elites (INTERNATIONAL IDEA, 2020, p. 5).

Em vários contextos, o populismo aparece como uma ameaça à democracia liberal pois, aqueles contra os quais os populistas definem os seus projetos, isto é, a elite corrupta e os seus aliados, não têm legitimidade para agir como cidadãos de pleno direito do Estado ou para competir nas eleições. Sendo assim, populistas procuram tornar-se mais difíceis de desalojar, enfraquecendo as instituições destinadas a controlar seu poder e as suas atuações, e deixando de proteger as minorias que são excluídas da sua definição de povo. Por conseguinte, eles não abolem tribunais e constituições, mas reformam essas instituições de forma a fazer o regime menos liberal e menos democrático (LANDAU, 2018, p. 525-526).

Muitos populistas costumam criticar duramente os aspectos existentes da ordem

institucional e usam as ferramentas de mudança constitucional e legal para miná-la. Isto decorre da identificação da ordem institucional existente com a elite corrupta que os populistas definem como os inimigos. Por conseguinte, o discurso pode ser eficaz para minar as instituições existentes, tal como pode a legislação ou medidas administrativas (LANDAU, 2018, p. 526).

Os líderes populistas acessam ao poder enfrentando geralmente instituições, tais como os tribunais, que ainda são controladas por atores independentes ou pela oposição. Assim por meio de emenda constitucional ou substituição constitucional, eles aceleram drasticamente o relógio a fim de assumir rapidamente o controle destas instituições. Na Turquia, por exemplo, o partido no poder utilizou uma série de emendas constitucionais em 2010 para expandir as cadeiras do Conselho Supremo dos Juízes e Procuradores, bem como as da Corte Constitucional, permitindo o governo desestabilizar rapidamente ambas as instituições (LANDAU, 2018, p. 535).

Assim percebe-se que estes mecanismos visam a permanecer no poder e ter mais controle no aparelho do Estado, retraindo as regras de nomeação e jurisdição de órgãos como os tribunais constitucionais, reforçando o controle do Estado sobre os meios de comunicação social e outros aspectos-chaves da sociedade civil, tais como sindicatos e organizações religiosas.

Diante disso, constata-se que os partidos populistas podem facilitar a atuação de seus líderes, bem como a implementação de seus projetos no Estado, sendo assim, indispensáveis para uma melhor compreensão da relação entre a democracia liberal e o populismo.

Sendo assim, Alves e Lima entendem que muitos partidos políticos se relacionam com os regimes políticos⁴ de seu Estado e têm potencialidade de transformar sua estrutura. Por esse motivo, as democracias modernas ou os Estados totalitários não podem ser plenamente explicados sem a análise em torno da mutação que o desenvolvimento dos partidos lhes causou (ALVES; LIMA, 2014, p.141).

Desta forma, nota-se que alguns partidos políticos populistas tendem a enfraquecer a oposição para melhor manipular o jogo eleitoral que se tornará menos competitivo.

Ao opor a governança democrática contra o populismo, Issacharoff entende que os populistas não toleram os partidos de oposição e tendem a usar o aparelho repressivo do Estado contra os seus adversários, impedem os discursos contraditórios a terem acesso às mídias,

⁴ De acordo com Zulmar e Sampar a democracia lato sensu é um regime político, sendo que os regimes políticos denotam o conjunto de instituições políticas por meio das quais o Estado se organiza para exercer poder sobre a sociedade, constituindo a estrutura fundamental da formação da sociedade, que é anterior às formas de Estado (ZULMAR; SAMPAR, 2017, P. 155).

tendem a estender o poder executivo de forma unilateral. Nas democracias frágeis, as instituições aparentam ser frágeis não sendo todas suficientemente maduras nesse sentido que se nota uma interação complicada entre as noções de soberania popular, competição política, estabilidades das instituições do Estado, a sociedade civil, representantes políticos e o comprometimento à ideia de que os vencidos de hoje podem ser os vencedores de amanhã. Dessa forma, surgem certas patologias associadas com um poder o executivo hipertrofiado que enfrenta os esforços para limitar sua autoridade e impede que outras fontes de autoridade constitucional realizem seu mandato (ISSACHAROFF, 2018, P. 449).

Na teoria o populismo ainda tem mais efeito negativo para democracia de contestação pública, pois ele tende a limitar o escopo da concorrência porque muitas vezes sustenta que aqueles atores que são acusados como “do mal” não devem participar do jogo eleitoral e nem ter acesso à mídia. Desta forma, o populismo aparece como um estilo paranoico da política, as forças populistas tendem a ser altamente retóricas e conspiracionistas (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 82-83).

Portanto percebe-se a atuação de certos partidos populistas tal como descrito, vai de encontro com os pensamentos de Alves e Lima⁵ em relação ao papel e importância do partido político no âmbito da democracia,

Em uma palavra, David Landau mostra que as emendas realizadas por alguns populistas podem minar a democracia e levar ao autoritarismo⁶. Nesse sentido esses mecanismos usados mostram-se essenciais para derrubar instituições que são destinadas a verificar o poder majoritário, tais como tribunais constitucionais, provedores de justiça, direitos humanos, comissões, e comissões reguladoras que supervisionam os meios de comunicação social com pessoas pró-governamentais (LANDAU, 2018, p. 534).

O populismo abre a porta para o exercício do poder enquanto posse e não enquanto ocupação já que sob a ótica populista a vontade do povo deve se sobrepor às instituições e aos extratos sociais. Isso faz da eleição um processo de autorização plebiscitária que, exatamente

⁵ Alves e Lima entendem que, além de ampliar os canais de disputa pelo poder, o partido político torna o processo eleitoral mais competitivo e assim contribui para que o exercício do poder se dê amparado em bases legítimas. Sendo que essa competitividade torna mais legítimo o poder, subordinando o processo eleitoral a fatores como a periodicidade dos pleitos, liberdade, igualdade, imparcialidade das entidades públicas, participação ampla no desenvolvimento do processo eleitoral, relevância dos partidos, proporcionalidade na distribuição das cadeiras parlamentares, estabilidade da Lei Eleitoral e jurisdicionalidade (ALVES; LIMA, 2014, p. 140).

⁶ No entanto deve-se frisar que as possibilidades de reforma da constituição em uma democracia não estão imunes à utilização para fins autoritários, já que esse mecanismo se encontra inserido no interior de um sistema constituído sujeito à apropriação abusiva. A ameaça fica ainda mais presente na medida em que os procedimentos de reforma se distanciam da participação popular e se entrincheiram no monopólio das elites políticas (LIMA, 2018, P. 107).

por assim ser, e para o sucesso daquela tarefa, exclui toda e qualquer propensão de *accountability* (responsabilização). Logo, torna-se evidente que eventual desconfiança social, pode levar à aderência ao discurso fácil de alguém que se apresente como o defensor dos interesses populares, ignorados até então, por uma elite política refratária. Assim sendo, quem lidera esse movimento, incriminará os elementos de *accountability* com a alegação retórica de que estes querem reverter os desejos do povo, nele corporificados (VIERA; MARQUES, 2018, p. 12-13).

O Instituto Internacional para Democracia e Assistência Eleitoral – IDEA realizou um estudo que analisou os índices do estado global da democracia (EGD) nos governos populistas e não populistas no período de 1980-2018. Os dados levantados mostram que a qualidade da democracia decresceu sob governos populistas. Estas comparações mostram que os períodos com governos populistas no cargo implicaram em declínios em 22 dos 28 aspectos da democracia medidos pelos índices do EGD. Entretanto percebe-se que os episódios sem governo populista são geralmente marcados por melhorias. Apenas seis aspectos da democracia melhoraram sob governos populistas. Destes, a participação eleitoral aumentou mais comparado aos governos não populistas (INTERNATIONAL IDEA, 2020, p. 7).

Ademais, a pontuação média dos índices do EGD para Liberdades Civis, por exemplo, melhorou de 1,1 por cento ao ano nos governos não populistas. Já nos governos populistas, ao contrário, a média anual está em declínio de 0,8% para liberdades civis. Portanto, os índices do EGD fornecem evidências empíricas de que os governos populistas enfraquecem e minam a democracia (INTERNATIONAL IDEA, 2020, p. 7).

Já Roth, ao tratar da perigosa subida do populismo, afirma que os valores dos direitos humanos são atacados ao redor do mundo, pois, pretendendo falar em nome do povo, os populistas chamam os direitos humanos de um empecilho para a vontade da maioria e um obstáculo desnecessário para a defesa da nação contra o que é percebido como um mal ou uma ameaça. Em vez de reconhecer que os direitos humanos existem para a proteção de todos, esses políticos favorecem os interesses ostensivos da maioria e encorajam as pessoas a acreditarem que elas mesmas nunca precisarão invocar direitos humanos contra um governo abusivo que alega agir em seu nome. Em outras palavras, hoje, cada vez mais pessoas têm visto os direitos humanos não mais como proteção contra os abusos do Estado, mas como um obstáculo para os esforços do governo de protegê-los de ameaças externas (ROTH, 2017, p. 2).

Em uma atmosfera de insatisfação na qual as desigualdades, os ataques terroristas e as diversidades étnicas, raciais e religiosas estão cada vez mais crescentes, as pessoas acabam se

sentindo lesadas devido à mundialização e aos avanços tecnológicos. Diante disso, alguns políticos estão ganhando terreno e vão até acessar o poder, apresentando os direitos humanos como regras que beneficiariam apenas os suspeitos de terrorismo e os requerentes de asilo, em detrimento da segurança, bem-estar econômico e preferências culturais da maioria presumida. Portanto, eles se aproveitam de refugiados, imigrantes e minorias culpando-os de todos os males. Conseqüentemente, cresce a xenofobia, o nativismo (movimento anti-imigração), o racismo, ou ainda a islamofobia (ROTH, 2017, p. 3).

Em relação ao populismo como ameaça aos direitos humanos e às suas organizações internacionais de proteção, os desafios que os direitos humanos agora enfrentam são fundamentalmente diferentes dos que já enfrentou anteriormente. Isso significa que os defensores dos direitos humanos precisam repensar urgentemente muitos dos seus pressupostos, reavaliar as suas estratégias e alargar o seu alcance, sem desistir de princípios básicos.

Contudo, percebe-se que as paixões populistas do momento tendem a mascarar os perigos em longo prazo de um regime autoritário para uma sociedade (ROTH, 2017, p. 10). Por exemplo, na Turquia percebe-se um crescimento do autoritarismo através do regime do Presidente Erdogan que mostra o perigo de deixar um líder espezinhar os direitos humanos em nome da maioria. Por vários anos, ele tem mostrado uma crescente intolerância com aqueles que se opõem a ele e aos seus projetos, seja para a construção de um parque no centro de Istambul ou para emendar a constituição no intuito de estabelecer um sistema de presidência executiva (ROTH, 2017, p. 9).

Helper entende que as violações dos direitos humanos⁷ por regimes populistas são sempre dirigidas contra minorias de diferentes tipos (os não-cidadãos, os grupos étnicos ou religiosos, e comunidades marginalizadas) cujo bem-estar ocupa um lugar preponderante para muitas instituições de direito internacional dos direitos humanos (IDIDH). A razão principal levantada pelos populistas para justificar as restrições sobre os direitos das minorias é de que os direitos e liberdades fundamentais da maioria estão sob ameaça. Portanto, diante desses ataques contra as minorias, os seus apoiadores permanecem sem grandes preocupações (HELPER, 2020, p. 222-223).

Desta feita, a sua ênfase nos direitos humanos da maioria e seu pedigree formalmente democrático, desafiam uma premissa fundacional das IDIDH na sua necessidade de proteger as minorias contra o excesso da maioria, porque a democracia não significa que as opiniões da

⁷ De acordo com Roth, os direitos humanos existem para proteger os indivíduos de negligência e abuso por parte dos governos. Eles limitam o que um Estado tem o direito de fazer e impõem-lhe obrigações. (ROTH, 2017, p. 2)

maioria devem sempre prevalecer, pois um equilíbrio deve ser achado e ser realizado não apenas por IDIDH, mas também pela própria maioria que permeiam seus próprios interesses e consideram os valores do pluralismo, da tolerância e amplitude de espírito (HELFER, 2020, p. 223).

Outro desafio que pode ser levantado, diz respeito às ferramentas legais limitadas que as IDIDH possuem para rever as decisões dos atores domésticos. Por exemplo, onde um juiz nacional, funcionário do poder executivo ou administrador, aplica as normas legais apropriadas, ele considera as circunstâncias relevantes, e emite uma decisão que concilia plausivelmente os direitos e interesses concorrentes em jogo, e acaba requerendo contra um órgão internacional a não recorrer dessa decisão (HELFER, 2020, p. 223-224).

Por fim, nota-se a manipulação das mídias sociais por líderes populistas e seus apoiadores. Tais ações implicam em várias garantias de direitos humanos, principalmente a liberdade de expressão e associação, o direito de participar da condução dos assuntos públicos, o direito de voto e de ser eleito, e o direito à privacidade. A violação desses direitos, às vezes, pode ser facilmente vinculada a um governo, como por exemplo o uso do Facebook pelo primeiro-ministro cambojano Hun Sen para divulgar informações falsas sobre oponentes políticos. Desta forma, o uso indireto das mídias sociais por governos populistas representa múltiplos desafios para as IDIDH e para os grupos da sociedade civil que as apoiam, pois a implantação de intermediários privados permite que os funcionários divulguem informações falsas, para desacreditar os oponentes e criar um clima de medo e intimidação (HELFER, 2020, p. 226).

Em suma, é possível dizer que muitos populistas são antielitistas, antipluralistas e antissistemas, ou seja, contra as instituições democráticas (MULLER, 2017, p.19).

2. MEDIDAS CONTRA OS REFUGIADOS

Antes de ver analisar as práticas dos regimes populistas para impedir a entrada dos direitos dos refugiados no seu território é necessário fazer breves apontamentos sobre o conceito de refugiado de acordo com a doutrina e textos internacionais.

2.1 O Conceito de Refugiado

O instituto do refúgio é definido e protegido por vários instrumentos internacionais, regionais e nacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), no seu art.14º, parágrafos 1º e 2º, dispõe que “1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.” “2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas”.

Com fulcro nesses dispositivos, entende-se pela Convenção Relativa para o Estatuto dos Refugiados de 1951 e pelo seu Protocolo de 1967 que o refugiado seria a toda pessoa que, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Ainda no âmbito regional, o instituto do refúgio é garantido e protegido por vários textos como a Convenção da Organização de Unidade Africana que rege os aspetos específicos dos problemas dos Refugiados em África de 1969, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, ou ainda a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 que afirma que toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais (Art. 22. Parágrafo 7).

Na Declaração de Cartagena de 1984, se estendeu o conceito de refugiado não só para aquelas pessoas que em razão da raça, naturalidade, grupo social, sexo ou opinião política tenham temor fundado de perseguição, mas também para aquelas cujos países de origem tenham entrado em processo de degradação política e social e tenham permitido violência generalizada, violação de direitos humanos e outras circunstâncias de perturbação grave da ordem pública (BARRETO, 2010, p. 16)

Desta feita, são elementos essenciais da definição de refúgio: a) a perseguição, isto é quando houver uma falha sistemática e duradoura na proteção de direitos do núcleo duro de direitos humanos, violação de direitos essenciais sem ameaça à vida do Estado, e a falta de realização de direitos programáticos havendo os recursos disponíveis para tal; b) o bem fundado temor ou justo temor, nesse sentido que as informações sobre a situação objetiva do Estado de proveniência do solicitante de refúgio e a relação dessas com cada indivíduo passam a

caracterizar o elemento essencial do refúgio; c) e a extraterritorialidade, que seria o fato de o solicitante se encontrar fora de seu país de origem ou residência (JUBILUT, 2007, p.45-48).

Por esse motivo, no âmbito nacional brasileiro, a Lei 9.474/97 que dispõe sobre o estatuto do refugiado traz no art. 1º uma definição que vai além da Convenção de 1951, prevendo que também será refugiado todo indivíduo que, devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. O dispositivo traz um elemento novo que incorpora ao ordenamento jurídico pátrio a definição de refúgio prevista na Declaração de Cartagena, que dispõe acerca da proteção àquela pessoa que tenha saído de seu país diante de grave e generalizada violação dos direitos humanos. Tratando-se de um dispositivo bastante moderno, condizente com o refúgio da forma como ele atualmente ocorre em várias partes do mundo (BARRETO, 2010, p. 154).

Diante do exposto, é preciso levantar algumas diferenças entre o refúgio e o asilo, que são institutos do *Direito Internacional* que visam à proteção da pessoa humana, em face da sua falta no território de origem ou de residência do solicitante, a fim de assegurar e garantir os requisitos mínimos de vida e de dignidade, residindo em tal fato a sua principal semelhança, traduzida por meio do caráter humanitário de ambos (JUBILUT, 2007, p. 43).

Entretanto o asilo tem um caráter discricionário, é limitado a questões políticas, baseia-se na perseguição em si, não é regulado ou fiscalizado por um órgão internacional, não clausulas de exclusão ou de cessação, sendo a sua decisão constitutiva. Já o refúgio tem abrangência universal, é definido por hipóteses claras de reconhecimento do status de refugiado, baseado em cinco motivos (opinião política, raça, religião, nacionalidade e pertencimento a grupo social). Ele é fiscalizado por um órgão internacional, sendo que o elemento essencial de sua caracterização é o bem fundado temor de perseguição, ou seja, a perseguição não precisa ter sido materializada. Além disso, não se trata de um ato discricionário do Estado concessor, pois o seu reconhecimento está vinculado a diplomas e hipóteses legais bem definidos, o seu reconhecimento é declaratório. Por fim o refúgio contém não somente cláusulas de cessação (a proteção concebida tem previsões para deixar de existir) e de exclusão (tem limitação quanto às pessoas que podem gozar desse instituto) (JUBILUT, 2007, p. 49-50).

2.2 Práticas Populistas par Impedir a Entrada dos Refugiados no seu Território

Uma das principais e das mais perniciosas consequências do discurso populista é a contradição com o princípio da igualdade, pois uma parte da população composta de elementos exteriores seja no plano administrativo (os estrangeiros) seja de características culturais (os

estranhos que são descendentes de estrangeiros), está sendo marginalizada e estigmatizada (TODOROV, 2012, l. 2154-2167).

O migrante surgiu como uma imagem chave para que vários governantes ao redor do mundo associassem esta imagem a uma ameaça, para eles poderem justificar medidas autoritárias e de segurança, sendo que estas medidas restritivas são frequentemente destinadas a neutralizar as tensões sociais e políticas domésticas e o descontentamento, incluindo as tensões emergindo de um local do Estado para uma capital global neoliberal (CANTAT, 2020, p. 188).

No Brasil é preciso levantar o caso da polémica Portaria nº666 de 25 de julho de 2019⁸ do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

A respeito dessa Portaria, a Defensoria Pública da União – DPU entendeu que o que se percebe com a introdução na legislação migratória brasileira, da expressão "pessoa perigosa", com um rol extremamente vago de hipóteses, ou ainda a estipulação de procedimentos com prazos bastante curtos para defesa e cumprimento, é a adoção por via transversa de um paradigma de securitização das migrações não mais acolhido no Brasil, em especial após a edição da Lei nº 13.445/2017 (DPU, 2019, p. 2). Conseqüentemente, essa se apresenta como uma ameaça ao devido processo legal migratório proposto pela Lei de Migração em 2017 à luz da Constituição, considerando o imigrante como um elemento estranho e de potencial ameaça à segurança nacional e fazendo prevalecer nos procedimentos migratórios uma visão policial em detrimento da preconizada abordagem centrada na pessoa e no respeito a seus direitos (DPU, 2019, p. 4).

Ademais, todo o esforço legal para a diminuição das margens de discricionariedade da autoridade migratória é ameaçado com a criação de conceitos jurídicos indeterminados e extremamente abertos, em que qualquer imigrante ou visitante indesejado, por critérios não publicizados, possam ser impedidos de ingressar no território ou, ainda, ser deportados sumariamente sem a garantia efetiva de devido processo legal, com possibilidade de prisão, que sequer é admitida pela legislação vigente (DPU, 2019, p. 4)

No parágrafo 1º do Art. 2º da mencionada Portaria, estão previstos itens que concedem ao Poder Executivo, por meio de seus órgãos de segurança, uma prerrogativa enorme e imune ao controle judicial de determinação de suspeita de envolvimento para fins de impedimento de

⁸ Essa Portaria foi revogada pela Portaria nº 770 de 11 de outubro de 2019 do mesmo órgão ministerial e dispõe sobre o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação de pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal.

ingresso ou deportação sumária. Em outras palavras a deportação sumária que não existe no ordenamento brasileiro e permitirá, com base em portaria ministerial, que qualquer imigrante seja deportado a qualquer momento sob alegações genéricas de periculosidade, por meio de um processo administrativo materialmente inexistente, sem a adequada possibilidade de defesa e produção de prova e sem qualquer vinculação com a regularidade, ou não, de sua situação migratória no país (DPU, 2019, p. 7)

Contudo não há como esquecer que a deportação, por previsão legal expressa, é um efeito de procedimento administrativo que tem como objeto a pessoa que se encontrem situação migratória irregular em território nacional, cabendo, portanto, deportação para migrantes irregulares, que não tenham autorização de residência ou que estejam fora do prazo de estada reconhecido em visto de visita. Assim, a adoção de um processo migratório sem previsão legal, fora do marco específico do instituto mesmo da deportação como medida correlata à estada irregular, prevê um prazo de 48 (quarenta e oito) horas para defesa e produção de provas, 24 (vinte e quatro) horas para recurso, desconsiderando todos os aspectos referentes ao princípio da não-devolução ou proibição do rechaço, bem como diversas outras hipóteses que impedem medidas compulsórias de saída até mais gravosas, como a da expulsão, expõe o Brasil à possibilidade de constrangimentos internacionais e ameaça a imagem de um país de respeito aos direitos dos migrantes (DPU, 2019, p. 8-10)

Já na Itália, no dia 4 de outubro de 2018 foi emitido o Decreto Salvini, que entrou em vigor no dia seguinte e foi convertido em lei promulgada em 1º de dezembro de 2018, que por sua vez entrou em vigor três dias depois. Esse Decreto por um lado revoga a proteção humanitária e por outro lado, estabelece algumas autorizações especiais de residência temporária para necessidades humanitárias⁹ (BENVENUTI, 2019, p. 15). Conseqüentemente coloca-se sobre a administração e a jurisdição a tarefa de aplicar as formas de proteção político-humanitária em vigor hoje (BENVENUTI, 2019, p. 26).

Razão pela qual possibilitou-se a adoção de política de “portos fechados” uma vez que o ex-ministro do interior, Matteo Salvini, se fazia valer de sua posição para vetar o ingresso de embarcações na costa italiana. Portanto, a decisão de vetar o ingresso de pessoas resgatadas no mar por embarcações de ONGs ou a bordo de embarcações ditas clandestinas, foi uma forma de impedir que imigrante realizassem a solicitação de proteção internacional em solo italiano,

⁹ Por exemplo, a autorização de residência por razões de proteção social, a autorização de residência para vítimas de violência doméstica, ou ainda a autorização de residência para exploração laboral específica (BENVENUTI, 2019, p. 20)

contrariando as diretivas do Sistema Europeu Comum de Asilo – SECA (PEREIRA,2019, p. 54)

Em relação à Turquia por exemplo, Carvalho aponta que muitos relatos de ONGs como Human Rights Watch em 2015 indicaram que a Turquia está pressionando os sírios que tentam cruzar a fronteira, a partir do uso de força física, detenção arbitrária e expulsão sumária, violando, portanto, o princípio de non-refoulement (CARVALHO, 2017, p. 114-115).

O procedimento acelerado para a avaliação de determinação do status de refugiado realizado em zona fronteira, previsto pela Lei turca sobre os estrangeiros e a proteção internacional, que consiste em um exame completo e substancial do pedido de proteção internacional, é altamente superficial. Na prática corrente até dezembro de 2015, todas as decisões emitidas diante dos casos analisados foram negativas (CARVALHO, 2017, P. 115)

Por sua vez, na Hungria, o Governo Orbán, apelando para uma suposta necessidade de proteger a nação contra os outros (os migrantes) tornou-se uma ferramenta chave de poder para o governo húngaro. Este processo foi recentemente impulsionado pela introdução de um pacote legislativo sobriamente intitulado "Stop Soros", que criminaliza uma ampla gama de atividades de apoio aos requerentes de asilo, incluindo assistência jurídica e material e tem sido apresentado como uma medida de segurança nacional, dificultando consequentemente o trabalho de várias organizações internacionais preocupadas com o respeito do ser humano e dos direitos dos migrantes, levando à alienação de uma parte da sociedade civil e à uma desintegração no país como um todo. (CANTAT, 2020, p. 187)

A mencionada Lei estabelece 3 principais pontos: primeiro, a menos que esteja na posse de uma autorização explícita emitida pelo ministro responsável para a política de estrangeiros ou de imigração, nenhuma ONG que prestar assistência aos requerentes de asilo, poderá operar na Hungria. Assim, antes de emitir tal autorização, o ministro requererá um parecer dos serviços de segurança nacional, nesse sentido que qualquer organização ativa na área dos refugiados e migração estará sujeita a uma avaliação preliminar de revisão da segurança nacional; Em seguida de acordo com Lei, as ONGs que recebem uma licença para as atividades bem definidas previamente devem pagar a chamada "taxa de financiamento de imigração" de 25% para do tesouro público húngaro em todos os fundos provenientes de no exterior; E por fim, os dispositivos sobre a ordem de restrição da imigração não se dirigem apenas às ONGs, mas também se estendem para todo indivíduo húngaro e mesmo estrangeiro, pois de acordo com a lei, qualquer pessoa que assiste os requerentes de asilo pode ser impedida de entrar numa zona de 8 quilômetros próxima à fronteira (BOROS, 2018, p. 2-3).

Desta feita percebe-se que os migrantes se tornam ilegais quando mecanismos legislativos tornam certas formas de mobilidade ilegais, No caso da Hungria, a criminalização da chamada entrada ilegal é um fenômeno recente, que remonta a setembro 2015, como parte de uma série de medidas destinadas a pôr fim à chamada crise migratória (CANTAT, 2020, p. 188)

Ademais, o processo nº 27765/09 julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, conhecido como o caso Hirsi Jamaa e outros contra Itália que será usado na última parte desse estudo para ilustrar a questão da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, comprova que a Itália assinou vários acordos bilaterais com a Líbia para devolver os imigrantes (CEDH, 2012, p. 2)¹⁰.

. Diante dessas medidas políticas e sobretudo jurídicas tomadas nos governos populistas contra a pessoa do migrante, como o direito internacional poderia responder?

3. RESPOSTAS POSSÍVEIS DO DIREITO INTERNACIONAL

Ao ver essas medidas dos governos populistas para impedir a entrada dos refugiados no seu território, é preciso trazer de um lado o princípio do *non-refoulement* e de outro, a responsabilidade internacional do Estado como respostas possíveis do DI

3.1 O Princípio de *Non-refoulement* como Norma de *Jus Cogens*

De acordo com Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR , o princípio da não-devolução constitui a pedra angular do regime internacional de proteção dos refugiados, o qual proíbe o retorno forçado dos refugiados que os exponha a um risco de perseguição. Este princípio, consagrado no artigo 33 da Convenção de 1951, é fundamental e sua derrogação está proibida. O princípio de não-devolução, tal e como o dispõe o artigo 33 da

¹⁰ Onze cidadãos da Somália e treze cidadãos da Eritreia, formavam parte de um grupo, de aproximadamente duzentos indivíduos, que abandonou a Líbia a bordo de três embarcações, com o objetivo de chegar à costa italiana, porém no dia 6 de maio de 2009, quando as embarcações se encontravam numa distância de 35 milhas náuticas ao sul de Lampedusa (Agrigento), dentro da área de responsabilidade do Serviço de busca e salvamento maltês, foram interceptadas por três navios do Serviço de Vigilância Aduaneira da polícia italiana (Guarda di Finanza) e da guarda costeira. Os passageiros das embarcações interceptadas foram transferidos para navios militares italianos, levados de volta para Trípoli, sem terem conhecimento desse destino tendo todos os seus pertences pessoais, incluindo seus documentos identificatórios, confiscados pelos militares. Assim, o Ministro do Interior italiano da época, declarou que a operação para interceptação de embarcações em alto mar e entrega de imigrantes à Líbia foi uma consequência da entrada em vigor, em 4 de fevereiro de 2009, de acordos bilaterais com a Líbia com o objetivo de combater a imigração ilegal (CEDH, 2012, p. 2)

Convenção de 1951, também forma parte do direito consuetudinário internacional. Como tal, este princípio vincula a todos os Estados, incluídos aqueles que ainda não sejam parte da Convenção de 1951 e/ou de seu Protocolo de 1967. Assim, o artigo 33(1) da Convenção de 1951 estipula que nenhum Estado Contratante poderá, por expulsão ou devolução, rechaçar de modo algum um refugiado nas fronteiras dos territórios onde sua vida ou sua liberdade estejam em perigo por causa de sua raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social, ou de suas opiniões políticas (ACNUR, 2008, p.7-8)

A Convenção de 1951 e seu Protocolo fornecem aos Estados-partes a base jurídica da proteção, destacando-se o princípio do non-refoulement, ou seja, da impossibilidade de devolução do solicitante de refúgio (enquanto pendente a sua solicitação) e do refugiado a um país em que haja risco de perseguição. (JUBILUT; APOLINÁRIO, 2010, p. 284)

A proteção que contempla o artigo 33(1) aplica-se a qualquer pessoa que seja refugiado nos termos da Convenção de 1951, é dizer, a qualquer pessoa que reúna os requisitos da definição de refugiado consignada no artigo 1A(2) da Convenção de 1951 (os critérios de inclusão) e que não se encontre dentro do âmbito de nenhuma das disposições de exclusão.¹¹ O princípio de não-devolução, tal e como dispõe o artigo 33(1) da Convenção de 1951, também se aplica às pessoas que cumprem com os critérios de elegibilidade estabelecidos no artigo 1 da Convenção de 1951, mas cuja condição de refugiado não haja sido formalmente reconhecida. Este aspecto tem particular relevância para os solicitantes de refúgio. Tendo em vista que estes podem ser refugiados, os solicitantes de refúgio não devem ser devolvidos ou expulsos quando esteja pendente a determinação final de sua condição. Assim, o princípio de não-devolução se aplica não apenas no que diz respeito ao país de origem de um refugiado, mas também em qualquer outro país onde o refugiado tem um temor fundado de perseguição relacionado com um ou mais dos motivos estipulados no Art. 1A(2) da Convenção de 1951, ou quando existe a probabilidade de que a pessoa possa ser enviada a um país onde corra risco de perseguição vinculado a algum dos motivos da Convenção¹ (ACNUR, 2008, p.9).

Ainda no cenário Internacional, e sobretudo tendo em vista o Art.14 da DUDH, a Declaração das Nações Unidas Sobre o Asilo territorial de 1967, afirma no seu Art.3º que nenhuma das pessoas a que se refere o parágrafo 1 do artigo 1.º será objeto de medidas tais como a recusa de admissão na fronteira ou, se tiver entrado no território em que procura asilo, a expulsão ou devolução obrigatória (refoulement) a qualquer Estado onde possa ser objeto de perseguição.

No campo regional, a Convenção africana sobre os aspetos no seu Art.2, (3), afirma que ninguém pode ser submetido por um Estado-Membro a medidas tais como a recusa de admissão na fronteira, o refoulement ou a expulsão que o obriguem a voltar ou a residir num território onde a sua vida, a sua integridade física ou a sua liberdade estejam ameaçadas pelas razões enumeradas no artigo 1º parágrafos 1 e 2.

Na mesma linha, o Art. 22 (8) e (9) da CIDH dispõe que em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas. Sendo proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

Percebe-se que é um princípio que compõe as normas do jus cogens (Convenção de Viena de 1969) representando, portanto, o conjunto de normas imperativas do Direito Internacional que se aplicam de formas erga omnes a todos os Estados e que não permitem nenhuma derrogação. Sendo o princípio de non refoulement, um componente do jus cogens, não poderá haver nenhum tratado ou acordo entre Estados, ou mesmo nenhuma medida interna dos Estados, que esteja contrário a este princípio (art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados).

Nessa pesquisa, parte-se do fato de que a violação do princípio do *non-refoulement* seria a violação de uma obrigação internacional do Estado, nesse sentido que é uma obrigação imperativa do jus cogens tal como definido pelo art.53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 que estabelece que é nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Tendo em vista essas considerações, um aspecto importante que demonstra a natureza de *jus cogens* dos tratados de direitos humanos, é trazido por doutrinadores tais Aguiar e Godoy salientam que a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou, pela primeira vez, que o jus cogens não tem se limitado ao direito dos tratados. Ao contrário, tal categoria tem se ampliado e manifestado inclusive no direito da responsabilidade internacional dos Estados e tem também incidido, em última instância, nos próprios fundamentos do ordenamento jurídico internacional. Assim a Corte, considerou que os princípios de igualdade e não-discriminação

podem ser considerados como normas imperativas do DI, sendo aplicáveis a todos os Estados, independente do fato destes serem parte ou não de determinado tratado (AGUIAR; GODOY, 2008, p. 28)

Mazzuoli que destaca que os direitos e garantias fundamentais proclamados nas convenções ratificadas pelo Brasil, por força do art.5º parágrafo 2º da CF/88, passam a ter o status de norma constitucional, mas também têm uma aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico brasileiro a partir de sua ratificação conforme estipulado no parágrafo 1º do Art.5º da CF/88. É por isso que, de acordo com a doutrina majoritária, os tratados de direito humanos têm superioridade hierárquica em relação aos demais acordos internacionais de caráter mais técnico, pelo fato de formarem todo um universo de princípios não convencionais imperativos que não podem ser derogados e que detêm uma força obrigatória anterior a todo o direito positivo (MAZZUOLI, 2008, p. 95-96).

3.2 A Responsabilidade Internacional do Estado e o Caso Hirsi al Jamaa e outros contra Estado de Itália

Diante do que foi dito acima, percebe-se as medidas tomadas contrariam principalmente o princípio de non-refoulement, sendo que seu desrespeito pode acarretar não somente uma série de violação de outros direitos humanos inerentes aos refugiados, mas também conduzir à responsabilidade internacional do Estado.

Por essa razão, Pellet entende que a abordagem assumida pelo Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados de 2001 (CDI) consiste em limitar a responsabilidade às duas condições, pois para que ela seja assumida, basta: que um fato internacionalmente ilícito tenha sido cometido; e que este fato possa ser atribuído a um Estado; Assim sendo, a existência de um danos apenas terá incidência para determinar a obrigação de reparar e suas modalidades (PELLET, 2002, p. 3).

Sobre os elementos constitutivos da Responsabilidade, Mazzuoli destaca que a ilicitude internacional do ato consubstancia-se na violação de uma norma de direito internacional, compreendendo tanto o fato positivo, comissivo, como o fato negativo, omissivo (MAZZUOLI, 2008, p. 186)

Já a imputabilidade seria o nexu causal que liga o ato danoso violador do direito Internacional (ou a omissão estatal) ou responsável causador do dano (autor direito ou indireito do fato). Isto é a possibilidade de o ato antijurídico ser imputável ao Estado na sua condição de

sujeito de direito internacional público, ainda que praticado por agente ou funcionário seu. (MAZZUOLI, 2008, p.186-187)

Assim pela leitura dos Art.4º, 5º e 6º do Projeto da CDI de 2001, entende-se que os Estados com regimes populistas podem ser responsáveis pela atuação dos seus governantes, pois o executivo, o legislativo e outros, sendo órgãos internos do Estado, ao violarem uma norma de direito internacional pela edição de um dispositivo legal ou pela devolução de refugiados, engajam a responsabilidade do seu Estado.

E por fim, a existência de um prejuízo ou um dano a outro Estado como o terceiro elemento constitutivo, podendo ser moral ou material e decorrente de um ato ilícito cometido por um Estado ou por um particular em nome do Estado. (MAZZOUOLI, 2008, p. 186-187)

Seguindo a mesma linha, Ramos entende que, na prática internacional, são três os elementos da responsabilidade internacional do Estado: o primeiro deles é a existência de um fato internacionalmente ilícito que consiste no descumprimento dos deveres básicos de garantia e respeito aos direitos fundamentais inseridos nas dezenas de convenções internacionais ratificadas pelos Estados; em seguida o resultado lesivo que seria toda a gama de prejuízos materiais e morais causados à vítima e familiares; e por fim, o nexó causal entre o fato e o resultado lesivo, pois a imputabilidade consiste no vínculo entre a conduta do agente e o Estado responsável (RAMOS, 2005, p. 55).

Nessa lógica busca-se estabelecer uma responsabilidade do Estado a partir de atos ou omissões violadores do DI realizados pelos seus dirigentes ou pelos seus agentes. Em outras palavras, acarretam a responsabilidade internacional do Estado, atos comissivos ou omissivos de qualquer dos seus poderes do Estado (o Executivo, o Legislativo, o Judiciário) que violam tratados internacionais de direitos humanos. Assim no que tange ao poder executivo os atos violadores podem se tratar, por um lado, de conduta de um agente público atuando de modo *ultra vires* (além do poder legal), abusivo e arbitrário ou da ocorrência de um ato de particular, mas que é imputado ao Estado pela omissão injustificada dos agentes públicos. Ou por outro lado, de atos de particulares, que em determinadas hipóteses, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado devido à sua omissão que descumpriu o seu dever de prevenção ou seu dever de punição. Já a respeito do poder legislativo, os atos violadores podem tratar se de uma norma constitucional ou de uma lei aprovada pelo Parlamento local que viole os direitos humanos, podendo ensejar ao controle de convencionalidade de leis perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos. E por fim, a respeito do judiciário, esses atos violadores podem se traduzir na análise pelo DI do ato judicial do Estado que pode ocorrer em duas

hipóteses: quando a decisão judicial é tardia ou inexistente (no caso da ausência de remédio judicial) ou quando a decisão judicial é tida, no seu mérito, como violadora de direito protegido (RAMOS, 2005, p. 55-56).

De acordo com o Projeto da CDI de 2001, uma vez o ato internacionalmente ilícito foi atribuído ao Estado, este deverá responder. De um lado, o Estado responsável pelo ato internacionalmente ilícito tem a obrigação de cessar aquele ato, se ele continua ou de oferecer segurança e garantias apropriadas de não-repetição, se as circunstâncias o exigirem (art. 30 do PCDI). De outro lado, o Estado responsável tem obrigação de reparar integralmente o prejuízo causado pelo ato internacionalmente ilícito, sendo que o prejuízo compreende qualquer dano, material ou moral, causado pelo ato internacionalmente ilícito de um Estado (art. 31 do PCDI) e sendo que a reparação integral do prejuízo deverá ser em forma de restituição, indenização e satisfação, individualmente ou em combinação.

Com base nesse dispositivo, entende-se que a reparação é consequência maior do descumprimento de uma obrigação internacional que se entende como toda e qualquer conduta do Estado infrator para eliminar as consequências do fato internacionalmente ilícito, compreendendo uma série de atos como a indenização, inclusive as garantias de não-repetição ou o retorno ao *status quo ante* (ao estado anterior) que representa a essência da reparação (RAMOS, 2005, p .58)

Essa afirmação pode se justificar pelo fato de que o sistema europeu de proteção de direitos humanos por exemplo, permite que os indivíduos possam atuar em juízo, através dos art.34, 35 e 36 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 que dispõem respectivamente sobre as petições individuais, as condições de admissibilidade, e a intervenção de terceiros.

Com fulcro nessas ideias e para ilustrar a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, cabe citar de novo o caso de Hirsi al Jamaa contra Itália, no qual a Itália foi condenada em 23 de fevereiro de 2012 pela Corte Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

A CEDH rejeitou as questões preliminares arguidas pela Itália¹¹ e deu procedimento ao caso. No mérito, apesar do suposto cumprimento ao *pacta sunt servanda* de tratado bilateral entre a Líbia e a Itália, a Corte entendeu que a Itália violou o princípio do *non-refoulement*,

¹¹ Em sede preliminar, a Itália questionou a legitimidade da representação dos autores e o fato de não ter havido esgotamento dos recursos legais internos em solo italiano para que o pleito fosse apresentado à Corte. (CLARO, 2010, p. 164)

além dos dispositivos específicos como o art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o art. 13 da Convenção, combinado com o artigo 4º do Protocolo IV da mesma Convenção, que tratam respectivamente de atos desumanos, do recurso perante uma instância nacional, e das expulsões coletivas de estrangeiros (CLARO, 2020, p. 164-165).

A Itália não podia negar desconhecimento de que a Líbia não é parte no Estatuto dos Refugiados e, entregando os imigrantes para aquele país, é duplamente responsável – por violação ao princípio do *non-refoulement* e por entregar os solicitantes de refúgio a país onde sabia que eles não teriam a proteção adequada por falta de responsabilidade daquele país em relação à Convenção de 1951 (CLARO, 2020, p. 166-167).

Ao reconhecer a responsabilidade internacional da Itália face aos 24 demandantes no caso Hirsi Jamaa, a CEDH consagrou o entendimento de que o Estado possui obrigações relativas à proteção internacional da pessoa humana que devem ser respeitadas mesmo que isso implique desrespeitar tratado bilateral em vigor entre os Estados (no caso, o moralmente dúbio tratado de cooperação com a Líbia que determinava cooperação para transporte e devolução de imigrantes clandestinos (CLARO, 2020, p. 167).

Portanto, a Corte determinou que a Itália arcasse com todos os custos processuais do processo e indenizasse cada um dos imigrantes pelo valor simbólico de 15 mil euros; lembrando que depois do início da ação judicial restaram apenas 23 deles, pois três faleceram de causas desconhecidas e, desses, 11 são nacionais da Somália e 13 da Eritreia. Ainda, o montante é negativamente simbólico para o Estado italiano no sentido de que a quantia total não exercerá mudança de orientação na política migratória do Estado. Portanto, a decisão da CEDH foi proferida por unanimidade entre seus juízes, havendo voto em separado do juiz Pinto de Albuquerque para reafirmar a importância do princípio do *non-refoulement*, violado pela Itália na medida em que o refugiado é refugiado, independentemente de ter sua situação reconhecida, sendo o princípio de *non-refoulement aplicado* justamente para prevenir danos à integridade física e à vida humana quando há mero risco deles ocorrerem (CLARO, 2010, p. 167-168)

CONCLUSÃO

Essa pesquisa trouxe como problema a proteção dos migrantes (os refugiados e os solicitantes de refúgio) nos governos populistas contemporâneos.

A esta pergunta entende-se que, antes mesmo dos problemas relativos à inclusão social enfrentados pelos migrantes, um dos principais problemas mais frequentes é o fato do migrante

ser expulso, devolvido ou mesmo impedido de ingressar no território daquele Estado para pedir refúgio, asilo ou outro tipo de proteção humanitária. Por isso, recomenda-se o respeito ao princípio de *non-refoulement* e aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos dos migrantes, que caso sejam descumpridos por qualquer medida ou qualquer comportamento desses governos, poderá dar ensejo à responsabilidade internacional desses Estados pelos migrantes serem antes de tudo seres humanos.

Assim, o conceito de populismo, embora vago e multiclassista, foi explicado por meio de suas características e das suas manifestações. Em seguida, foram levantadas as medidas tomadas pelos governos populistas contra a minorias dos migrantes, principalmente contra os refugiados e os requerentes de asilo que são a categoria de migrantes objeto da nossa pesquisa. Enfim, foram trazidas algumas respostas, presentes no Direito Internacional e na doutrina internacional, como o princípio de *non-refoulement* e a responsabilidade internacional do Estado, que ao nosso ver, podem ser uma das soluções eficazes para resolver esse problema.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR), **Nota de Orientação sobre Extradicação e Proteção Internacional de Refugiados**, 2008. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Documentos_do_ACNUR/Diretrizes_e_politicas_do_ACNUR/Extradicao/Nota_de_orientacao_sobre_extradicao_de_refugiados.pdf. Acesso dia 04/05/2020

AGUIAR, Ana Laura Becker; GODOY, Gabriel Gualano De. **Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Ampliação do Conteúdo Material do Conceito Normativo de *Jus Cogens***. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 25-34, 2008, Disponível em: <<<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/107/111>>>. Acesso em: 11/06/2020

ALVES, Fernando de Brito; LIMA, Jairo Néia; **A democratização do sistema representativo por meio dos partidos políticos**. Revista do Direito Público, Londrina, v.9, n.2, p.135-160, mai./ago.2014, disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/19506/14931>

BARRETO, L. P. Teles. A Lei Brasileira de Refúgio – Sua história. In: BARRETO, L. P. Teles (Org). **O Refúgio no Brasil: A proteção Brasileira aos Refugiados e seu Impacto nas Américas**. ACNUR, Ministério da Justiça, Brasília, 2010. p. 12-21. Disponível em <<https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/livrorefugiobrasil.pdf> > Acesso dia 20/03/2020

_____. Breves comentários à Lei Brasileira de Refúgio. In: BARRETO, L. P. Teles (Org). **O Refúgio no Brasil: A proteção Brasileira aos Refugiados e seu Impacto nas Américas**.

ACNUR, Ministério da Justiça, Brasília, p. 152-206, 2010, . Disponível em <<https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/livrorefugiobrasil.pdf> > Acesso dia 20/03/202

BENVENUTI, Di Marco. **Il dito e la luna. La Protezione delle Esigenze di Carattere Umanitario degli Stranieri prima e dopo il Decreto Salvini.** Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, Florença, fasc. n° 1, 2019. Disponível em <<https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-1-2019-1/345-il-dito-e-la-luna-la-protezione-delle-esigenze-di-carattere-umanitario-degli-stranieri-prima-e-dopo-il-decreto-salvini/file>> Acesso dia 17/07/2020

BOROS, Tamás. **The Hungarian“STOP Soros”:** Act. Why does the government fight human rights organisations? Friedrich-Ebert-Stiftung – Project “Flight, Migration, Integration in Europe”, Budapest, 2018. Disponível em <<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/budapest/14205.pdf>> Acesso dia 19/07/2020

BRASIL. **Lei nº9.474, de 22 de julho de 1997.** Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **PORTARIA Nº 666, de 25 de julho de 2019,** dispõe sobre o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação sumária de pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-666-de-25-de-julho-de-2019-207244569>. Acesso dia 10/08/2020

CANTAT, Céline. Governing Migrants and Refugees in Hungary: Politics of Spectacle, Negligence and Solidarity in a Securitising State. In: HINGER, S.; SCHWEITZER, R. (eds.). **Politics of (Dis)Integration.** MISCOE Research Series. Springer, Cham., 2020, p. 183-199. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/336614908_Governing_Migrants_and_Refugees_in_Hungary_Politics_of_Spectacle_Negligence_and_Solidarity_in_a_Securitising_State> Acesso dia 11/07/2020

CARVALHO, R. Guimarães. **Da implementação de medidas restritivas para a recepção de refugiados na União Europeia? O acordo EU e Turquia frente ao princípio de non-refoulement.** 2017. 139 f. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017.

CEDH. 23 de fevereiro de 2012. **Hirsi Jamaa e outros c. Itália.** Aplicação nº 27765/09, Resumo e tradução por Camila Segovia. Disponível em: <http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2017/08/Camila-Caso-Hirsi-Jamaa-e-Outros-v-It%C3%A1lia-resumo-e-tradu%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso dia 01/08/2020

CLARO, Caroline de Abreu Batista. **O caso Hirsi Jamaa e outros vs. Itália e a responsabilidade estatal no tratamento de estrangeiros.** Revista de Estudos Internacionais (REI), João Pessoa, Vol. 1 (2), 2010. Disponível em <https://www.academia.edu/10690375/O_caso_Hirsi_Jamaa_e_outros_vs_It%C3%A1lia_e_a_responsabilidade_estatal_no_tratamento_de_estrangeiros> Acesso dia 11/06/2020

EM TEMPO

ISSN – 1984-7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, **Nota Técnica nº 6 - DPGU/SGAI DPGU/GTMR DPGU**, 26 de julho de 2019, Brasília-DP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/portaria-mj-viola-direitos-leis-propria.pdf>. Acesso dia 28/05/2020

HELPER, Laurence R. **Populism and International Human Rights Law Institutions: A Survival Guide**, Faculty of Law University of Copenhagen, iCourts - The Danish National Research Foundation's Centre of Excellence for International Courts, nº. 133, 2018. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3202633> Acesso dia 14/06/2020

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE – IDEA. **Populist government and democracy: An impact assessment using the Global State of Democracy Indices**. The Global State of Democracy In Focus. No. 9, February 2020. Disponível em <<https://www.idea.int/sites/default/files/publications/populist-government-and-democracy-impact-asseessment-using-gsod-indices.pdf>> Acesso dia 04/06/2020

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. ACNUR, Editora Método, São Paulo, 2007.

JUBILUT, L. Lyra; APOLINÁRIO S. O. Menicucci, **A Necessidade de Proteção Internacional no Âmbito da Migração**. Revista Direito GV, São Paulo 6(1), 2010, p. 275-294. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24228/22991>> Acesso dia 19/05/2020

LACLAU Ernesto. **La raison populiste**. Paris VI: Editions du SEUIL, 2008.

LANDAU David; **Populist Constitutions**. The University of Chicago Law Review, FSU College of Law, Public Law Research Paper Nº 861, Chicago, 2018. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3053513> Acesso dia 20/03/2020

LIMA, Jairo. **Emendas constitucionais: democracia e supermaioria**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAZZUOLI V. De Oliveira, **Direito Internacional Público: Parte geral**. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Revistas dos Tribunais, São Paulo, 2008.

MULLER Jan-Werner, **What Is Populism?** University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 2016.

PELLET Alain, **Études: Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suite - et fin?** CNRS Editions, Annuaire français de droit international, volume XLVIII, 2002. p. 1-23.

ROSANVALLON, Pierre. **Le siècle du populisme: histoire, théorie, critique**. Éditions du Seuil, janvier 2020 – Paris

_____. **Penser le populisme**. La vie des idées.fr, 27 de setembro de 2011. Disponível em: <<<https://laviedesidees.fr/Penser-le-populisme.html>>> Acesso dia 22/02/2020

EM TEMPO

ISSN – 1984-7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

PEREIRA, João Barbosa Pina. **O Decreto Salvini (2018) e suas Implicações sobre o Acolhimento e a Integração de Menores Desacompanhados Africanos na Itália.** 2019. 94 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Relações Internacionais) – Departamento de Economia e Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos.** Direito Internacional, CEJ, Brasília, n. 29, 2005, p. 53-63. Disponível em <https://www.academia.edu/15255443/RESPONSABILIDADE_INTERNACIONAL_DO_ESTADO_POR_VIOLA%C3%87%C3%83O_DE_DIREITOS_HUMANOS> Acesso dia 20/07/2020

ROTH, Kenneth. La dangereuse montée du populisme Les valeurs des droits humains attaquées à travers le monde. *In:* Human Rights Watch: **Rapport mondial 2017: Évènements de 2016.** Version abrégé en français, New-York, p. 2-18, 2017, Disponível em <https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/wr2017fr_abridged_0.pdf> Acesso 09/07/2020

TARCHI, Marco. **Populism: Ideology, political style, mentality?** The Faculty of Social Sciences, Charles University in Prague, 2016. Disponível em:<https://www.researchgate.net/publication/306008488_Populism_Ideology_Political_Style_and_Mentality> Acesso dia 15/06/2020

TODOROV Tzvetan; **Os inimigos íntimos da democracia.** Arquivo Kindle - Companhia das Letras. Editora Schwarcz S.A, São Paulo - 2012. Paginação irregular.

ZULMAR, Fachin; SAMPAR, Rene. **Teoria do Estado.** 2.ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2017.

PROTEGER OU PUNIR? O DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E OS DILEMAS DE PROTEÇÃO INTEGRAL

PROTECT OR PUNISH? THE SPECIAL TESTIMONY OF CHILDREN AND ADOLESCENTS AND THE DILEMMAS OF INTEGRAL PROTECTION

Lisiane Junges¹

Matheus Felipe de Castro²

RESUMO

Considerando a superveniência da Lei n. 13.431/17 prevendo o método depoimento especial de escuta investigativa de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, objetiva-se analisar se as inovações do modelo de acolhimento proposto efetivamente protegem e promovem os direitos fundamentais desses sujeitos. A partir de análise feita utilizando método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, legislativa e empírica documental, além de experiência empírica, observa-se que o ingresso da Lei da Escuta Protegida no âmbito legal protetivo infantojuvenil representa um importante avanço no trato da matéria, eis que inova ao reconhecer e exigir um tratamento diferenciado a crianças e adolescentes que são submetidos ao sistema de justiça quando expostos à violência na condição de vítimas ou testemunhas, forçando o sistema de garantia de direitos a se adequar, mas falha ao priorizar a produção probatória voltada à responsabilização criminal em detrimento da promoção e restauração da condição dessas crianças e adolescentes, evidenciando a necessidade de adequações e alternativas.

PALAVRAS-CHAVE: Criança; Adolescente; Violência; Depoimento especial; Proteção integral.

ABSTRACT

Considering the supervenience of the law number 13.431/17 predicting the method of special testimony of investigative hearing of children and adolescents who were subjected or witnessed violence, this aims to analyse if the innovative method for collection of information effectively protects and promotes the fundamental rights of these subjects. To do that, using deductive method, through bibliographic, legislative and empirical documentary research, in addition to empirical experience, It is pointed that the implementation of the "Protected Hearing Law" in the context of legal protection of children and adolescents represents an important advancement in dealing with this subject, given that it innovates in recognising and requesting a special treatment for them that have to go through the justice system when exposed to violence, either as victims or witnesses, forcing the system that guarantees their rights to conform, but fails by prioritizing a style of collection of evidences that focus on criminal accountability, instead of

¹ Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (2002), Pós-graduação em Direito Público pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC (2008) e Pós-graduação em Ciências Criminais pela Universidade Uniderp-Anhanguera (2009). É Delegada de Polícia no Estado de Santa Catarina desde 2006.

² Professor com doutorado em Direito pela UFSC-Universidade Federal de Santa Catarina e pós-doutorado pela UnB-Universidade de Brasília, atuante em Ciências Criminais e Filosofia dos Direitos Fundamentais. Integra o corpo docente do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da UFSC e o Programa de Pós-Graduação em Direito da UNOESC-Universidade do Oeste de Santa Catarina.

promoting the recovery of the welfare of such children and adolescents, highlighting the need for improvements.

KEYWORDS: Child; Adolescent; Violence; Special testimony; Integral protection.

INTRODUÇÃO

Em 04 de abril de 2017, foi promulgada a Lei nº 13.431, conhecida como “Lei da Escuta Protegida”, que, além de alterar disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, inovando na previsão de métodos para o acolhimento e escuta desse público, visando, pelo menos como motivo anunciado, a proteger essas pessoas, minimizando a revitimização.

Vencido o período de “vacatio legis”, de um ano da publicação da “Lei da Escuta Protegida”, crianças e adolescentes envolvidos em situação de violência na condição de vítimas ou testemunhas devem ser acolhidos através da “escuta especializada” e do “depoimento especial”, métodos trazidos pela legislação em comento que exigem a implementação de profundas alterações estruturais na forma como o público infanto-juvenil tem sido recebido pela rede de proteção e pelo Sistema de Justiça.

No entanto, o protagonismo da criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência na produção probatória é realidade bastante debatida tendo em conta o reconhecimento desse público como sujeitos de direito, em peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, o que se deu especialmente com o advento da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como com a adoção de diretrizes protetivas internacionais, como a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, pelo ordenamento jurídico interno.

Nesta perspectiva, não obstante o móbil protetivo atribuído aos métodos de escuta trazidos pela Lei nº 13.431/2017, as inovações ensejam importantes questionamentos quanto à efetiva proteção do público infanto-juvenil ao serem submetidos ao Sistema de Justiça como fonte de prova, tanto no que diz respeito à conveniência da sujeição dessas pessoas a escuta em si, como os reflexos procedimentais e processuais decorrentes da operacionalização do “depoimento especial”, tendo em conta a legislação protetiva infanto-juvenil vigente.

Visando a aprofundar o debate acerca do assunto, utilizando método teórico, a partir de pesquisa bibliográfica, e análise legislativa, bem como pesquisa empírica documental e a

partir das verificações decorrentes da aplicação do depoimento especial em nossa experiência prática policial, busca-se analisar se a Lei da Escuta Protegida é harmônica com a legislação protetiva infantojuvenil, se efetivamente se coaduna com os primados da Doutrina da Proteção Integral que deve nortear o trato com crianças e adolescentes pelo sistema de justiça (Polícias Civil e Federal, Defensoria Pública, Ministério Público e Poder Judiciário) ao serem submetidos ao depoimento especial.

Inicialmente, são analisados direitos fundamentais de crianças e adolescentes sob as luzes constitucionais, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da legislação internacional, para então contextualizar a superveniência da Lei nº 13.431/2017 e verificar se se enquadra na moldura da Doutrina da Proteção Integral.

Posteriormente, é feita uma análise crítica do método “depoimento especial”, contextualizado no marco legal vigente, a fim de avaliar o que representou de avanço com relação aos procedimentos tradicionais e as reflexões que ainda são necessárias no que diz respeito ao tratamento destinado a crianças e adolescentes quando fontes de prova na persecução penal.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DEPOIMENTO ESPECIAL

A grande questão em torno da implementação do método do depoimento especial para oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência é se *efetivamente observa e protege os direitos e garantias fundamentais conferidos ao público infantojuvenil*, ou, dito de outro modo, se o método proposto *realiza* a chamada “doutrina da proteção integral da criança e do adolescente”.

De acordo com o art. 3º do ECA, as crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata o estatuto protetivo, e, além disso, a esses sujeitos são garantidos os instrumentos necessários

para assegurar seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade³. O art. 2º da Lei n. 13.431/17 reforça essa assertiva⁴.

A previsão de que ao público infantojuvenil são reconhecidos os direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana contém, implicitamente, a afirmação da plena capacidade jurídica do cidadão menor de idade quanto aos direitos fundamentais. O fato de se encontrarem em fase da vida juridicamente considerada de “imaturidade física e/ou psíquica” não exclui a perfeita correspondência entre a situação jurídica da criança e do adolescente e a situação jurídica do adulto no que diz respeito à atribuição de direitos fundamentais, os quais podem ser identificados, basicamente, nos direitos da personalidade, seja em relação ao Estado, seja em relação aos outros cidadãos (VERCELONE, 2010, p. 38).

Em seu Título II, o ECA prevê e regula os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, e no Capítulo II trata especificamente do direito à liberdade, do direito ao respeito e do direito à dignidade do público infantojuvenil, todos semanticamente ligados aos propósitos protetivos cuja promoção se anuncia com a publicação da Lei n. 13.431/17.

O direito à liberdade tem seu conteúdo explicitado no art. 16 do ECA e confere às crianças e adolescentes as prerrogativas de ir, vir e estar, de opinião e de expressão, de crença e culto religioso, de brincar e divertir-se, de participar da vida familiar, comunitária e política e de buscar auxílio, refúgio e orientação.

Já, o direito ao respeito previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente abrange a proteção à vida privada, à preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, das ideias, das crenças, dos espaços e objetos pessoais.⁵

O direito à dignidade, para Azambuja (2017, p. 63), tem como elemento nuclear a autonomia e o direito de autodeterminação da pessoa. Embora não se mostre claro, tampouco preciso, adquire maior visibilidade no exame de casos práticos, quando ela é ferida ou agredida, rebaixada a objeto ou coisa e Sarlet (2013, p. 32) contribui ao destacar que a dignidade é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Limite, pois o Estado não poderá agir de

³ Art. 3º 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.

⁴ Art. 2º A criança e o adolescente gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas a proteção integral e as oportunidades e facilidades para viver sem violência e preservar sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual e social, e gozam de direitos específicos à sua condição de vítima ou testemunha.

⁵ Art. 17, ECA.

forma a reduzir a pessoa a mero objeto, protegendo-a de graves ameaças e, como tarefa, decorrem deveres de tutela, assegurando o devido respeito e promoção.

Aragão e Vargas (2005), em alusão aos direitos ao respeito, liberdade e dignidade assegurados às crianças e adolescentes, assinalam que

[...] esses valores transformam-se em escudos capazes de conter as manifestações abusivas, vitimizantes, resistem ao infinito, ao inexequível, ao impróprio, ao ilegal; a criança e o adolescente, pessoas em desenvolvimento, sujeitos ativos dos direitos garantidos pela Constituição, como os direitos humanos, sociais e civis, participam da proteção destes vários escudos, por estarem no âmago de sua própria natureza de ser humano: [...] ao lado da instrumentalização do crescer, o homem conquista a liberdade, anseia pela igualdade e procura na significação social uma rota, uma ambientação, onde possa ter um melhor sistema de defesa e proteção. (ARAGÃO; VARGAS, 2005, p. 28).

Esses direitos de liberdade, respeito e dignidade inserem-se e, então, devem ser promovidos e protegidos a partir das luzes que emanam de todo o aparato constitucional e legal que regula a condição desses sujeitos, a fim de se possa afirmar a observância do que apregoa a Doutrina da Proteção Integral.

A inspiração para o reconhecimento da proteção especial para crianças e adolescentes não é nova, podendo ser citada a Declaração de Genebra de 1924, que determinava a “necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial” (BRASIL, 1990) e, raízes mais recentes são encontradas na já mencionada Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989⁶, ratificada pelo Brasil em 1990⁷, com base na qual, aliás, foi publicada a Resolução n. 20/2005 – Ecosoc (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2005), que traz diretrizes e princípios para a justiça em assuntos envolvendo crianças vítimas ou testemunhas de crime e constitui referencial analítico na atualidade em matéria de testemunho infantil (SANTOS; VIANA; GONÇALVES, 2017, p. 77).

Na defesa da efetividade das técnicas e protocolos de proteção de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violências no Sistema de Justiça, mediante a implementação de novos métodos de coleta de provas dependentes da memória, encontram-se

⁶ A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança – Carta Magna para as crianças de todo o mundo – em 20 de novembro de 1989, e, no ano seguinte, o documento foi oficializado como lei internacional. A Convenção sobre os Direitos da Criança é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Somente os Estados Unidos não ratificaram a Convenção, mas sinalizaram sua intenção de ratificar a Convenção ao assinar formalmente o documento. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html. Acesso em: 28 nov. 2019.

⁷ Através do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.

várias opiniões de especialistas, bem como diversos protocolos normativos nacionais e internacionais. Vejamos.

A Resolução n. 20/2005 – Ecosoc, ao tratar do direito de a criança e adolescente ser protegido das dificuldades durante o processo de justiça em seu item XI, orienta que os profissionais envolvidos devem implementar medidas para limitar o número de entrevistas dessas pessoas por meio de procedimentos especiais para obtenção de provas, atentando-se ao direito de defesa, fora da vista do suposto autor e em local adequado, a fim de permitir uma escuta sensível, permitindo a supervisão pelos juízes, facilitando, assim, o testemunho, com utilização de meios de apoio ou nomeando peritos psicológicos⁸.

Com o propósito de garantir o bem-estar de crianças e adolescentes, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (art. 12)⁹ e a Resolução n. 20/2005 – Ecosoc (item III, art. 8, “d”)¹⁰ conferem ao envolvimento de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência no sistema de justiça o *status* de direito de participação.

No mesmo sentido é a previsão da Resolução n. 113/2006 do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – Conanda (CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 2006), ao dispor em seu art. 2º, §4º, que compete ao sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente promover, defender e controlar a efetivação dos direitos infantojuvenis, assegurando que as opiniões das crianças e dos adolescentes sejam levadas em devida consideração, em todos os processos que lhes digam respeito.

A Lei n. 13.431/17, que em seu art. 1º invoca expressamente a Constituição Federal, a Convenção sobre os Direitos da Criança, e a Resolução n. 20/2005 – Ecosoc adotou referido entendimento, ao prever, em seu art. 5º, IV, o direito de as crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas serem ouvidos e expressarem seus desejos e opiniões, assim como permanecerem em silêncio, o que foi reforçado no Decreto n. 9.630/2018, que regulamenta a Lei da Escuta

⁸ Art. 31, “a”, “b” e “c”, Resolução n. 20/2006 – Ecosoc.

⁹ Art.12: 1 – Os Estados Partes devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, e tais opiniões devem ser consideradas, em função da idade e da maturidade da criança.

2 – Com tal propósito, proporcionar-se-á à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais de legislação nacional.

¹⁰ Art. 8, “d”: *Direito à participação*. Todas as crianças têm, segundo o direito processual nacional, o direito de expressar livremente, com as suas próprias palavras, os seus pontos de vista, opiniões e crenças, e contribuir especialmente para as decisões que afetam a sua vida, incluindo as tomadas em qualquer processo judicial, e ter esses pontos de vista levados em consideração de acordo com a sua capacidade, idade, maturidade intelectual e condição de desenvolvimento.

Protegida, quando dispõe que, atentos aos melhores interesses e consideradas as crianças e adolescentes nas ações ou nas decisões que lhe dizem respeito¹¹, a autoridade policial ou judiciária deverá avaliar se é indispensável a oitiva da criança ou do adolescente, consideradas as demais provas existentes¹², e que serão respeitados em sua iniciativa de não falar sobre a violência sofrida¹³.

Quanto ao ponto, assevera Prado (2019, p. 89), que a participação no processo penal é uma faculdade para a vítima menor de 18 anos. Ela tem o direito de ser ouvida, mas não pode ser obrigada a isso e, nesse aspecto, poder-se-ia argumentar que o silêncio da vítima traria como consequência a impunidade do ofensor, o que, de fato, é uma possibilidade, mas a pretensão do Estado não pode ser exercida às custas da violação dos direitos da criança.

Na mesma linha, reconhecendo o viés protetivo do depoimento especial, Pötter (2019, p. 31) afirma que, além de adotar diretrizes de métodos de tomada de depoimento de diversos países, a Lei n. 13.431/2017 contempla as recomendações baseadas em normativas internacionais, e Zavattaro (2018, p. 110) complementa, asseverando que o depoimento especial, além de efetivar o direito da criança em ser ouvida, é instrumento de repressão das violências por eles suportadas, pois atende à necessidade de produção de prova penal contra o ofensor.

Todavia, há quem reconheça no depoimento especial características que não somente não contemplam, mas poderiam afrontar os direitos de crianças e adolescentes submetidos ao Sistema de Justiça na condição de vítimas ou testemunhas de violência, por ofertar um acolhimento apenas *aparentemente* voltado ao seu bem-estar quando, na prática, a partir da fragilização do direito da ampla defesa e mediante protocolos científicos supostamente viabilizadores de uma maior aproximação da “verdade”, estaria voltado essencialmente a incrementar a produção probatória pelo poder punitivo do Estado com fins basicamente voltados à condenação do/a agressor/a, mas sem grandes investimentos no aperfeiçoamento de instituições e técnicas de proteção efetiva da criança ou adolescente

Di Gesu (2019, p. 194), por exemplo, reconhece que o depoimento especial, não obstante represente avanço no acolhimento de crianças e adolescentes envolvidos em situação de violência, trouxe alguns desafios de ordem processual, especialmente no que diz respeito ao exercício da ampla defesa. Rosa (2010, p. 88-106) entende que na “sanha de se condenar”, o

¹¹ Art. 2º, III, Decreto n. 9.603/2018.

¹² Art. 22, §2º, Decreto n. 9.603/2018.

¹³ Art. 22, §3º, Decreto n. 9.603/2018.

método apenas transferiria parte da função persecutória a profissional de outra área, supostamente mais capacitado para amenizar a violência do ato, porque dotado de certas “competências técnicas”.

Se isso for verdadeiro, poderíamos estar diante de um dispositivo de coleta de provas dependentes da memória que, por ser realizada por profissionais e/ou equipes com certas formações técnicas, conferiria ao material coletado certa *aparência* de legitimidade “científica”, tamponando certos questionamentos que são comumente realizados quando as mesmas provas são colhidas por profissionais da área jurídica (principalmente juízes e delegados de polícia).

A adoção do depoimento especial trazido pela Lei n. 13.431/17, como se vê, ao mesmo tempo que se apresenta como alternativa de aprimoramento no acolhimento do público infantojuvenil pelo Sistema de Justiça, por prever incremento na sua estrutura funcional e estrutural e utilização de protocolos científicos de escuta, não escapa a consistentes críticas que invocam desde a inconveniência da escuta em si¹⁴, alcançando questões procedimentais pontuais, como a inadequação da utilização de psicólogos e assistentes sociais como entrevistadores¹⁵, o prejuízo à ampla defesa¹⁶, a inquirição travestida de direito à participação, a exposição não regulamentada dessas vítimas e testemunhas ao procedimento videogravado.

Esses “poréns” apontados pelos teóricos que tratam do assunto são justamente os pontos concernentes à condição desses sujeitos ao serem entrevistados, como entram, como enfrentam e quais as implicações de sua participação em um ato de escuta como o depoimento especial na forma como está previsto na Lei n. 13.431/17. Suas limitações, ao nosso ver, dizem respeito ao próprio modelo de justiça criminal retributivo adotado, praticamente todo focado na punição do agressor e com evidentes déficits de proteção de vítimas e testemunhas, o que naturalmente levaria os procedimentos previstos na Lei de Escuta Protegida a exercer funções mais voltadas à higidez da prova colhida que à proteção do público visado em si.

É bastante claro haver vantagens procedimentais na adoção do método trazido pelo art. 8º da Lei da Escuta Protegida, ele foi pensado para isso, mas é o enfrentamento a esses “poréns” que podem aproximar a prática do dever-ser no que se refere à observância da liberdade,

¹⁴ Como o Juiz de Direito catarinense Alexandre Moraes da Rosa e a Procuradora de Justiça gaúcha Maria Regina Fay Azambuja.

¹⁵ Os Conselhos Federais de Psicologia e Serviço Social através de notas técnicas manifestam-se incisivamente contrários à participação desses profissionais na realização de depoimentos especiais, essencialmente em razão da perda da autonomia e instrumentalização dos Psicólogos e Assistentes Sociais pelo sistema de justiça, fruto de uma nociva confusão entre as esferas assistenciais e de responsabilização.

¹⁶ Como a Professora Cristina di Gesu.

respeito e dignidade desses sujeitos e, então, autorizar o seu reconhecimento como um instrumento de promoção e proteção de direitos fundamentais e não de revitimização do público infanto-juvenil, permitindo inclusive pensar modelos de justiça criminal mais focados na efetiva proteção de vítimas e testemunhas.

2. DEPOIMENTO ESPECIAL E PROTEÇÃO INTEGRAL. HOUVE AVANÇO?

A Lei da Escuta Protegida ampara não apenas crianças e adolescentes vítimas, como também testemunhas de violência, tal como se depreende da menção expressa contida em seu artigo 1º.¹⁷ Nesse aspecto, é importante ponderar que a violência praticada na presença de uma criança ou de um adolescente pode representar danos tão severos e impactantes quanto àqueles que a experimentam diretamente.

Estudos realizados por Perry (1997 *apud* AZAMBUJA, 2017, p. 66) sugerem que “presenciar violência doméstica, como, por exemplo, o espancamento da mãe, pode ser igualmente, ou até mais traumático para as crianças [...] do que outros eventos traumáticos, como a vivência da guerra, sofrer doenças que ponham em risco a vida ou a perda dos pais/mães.”

Assim, é correto afirmar que serão submetidos ao depoimento especial crianças e adolescentes que são, em última análise, vítimas de violência, por terem sido direta ou indiretamente expostos a ela, sendo, neste sentido, aliás, a previsão do art. 4º, inciso II, alínea “c” da lei em comento.

A proteção a essas vítimas, para além da produção probatória a partir de critérios específicos, é um dos objetivos anunciados para a adoção, pela Lei n. 13.431/17, do depoimento especial como método de escuta investigativa que busca, por meio da escuta única, realizada em ambiente acolhedor e por profissionais capacitados, evitar a revitimização, em observância aos preceitos da proclamada e almejada proteção integral.

Todavia, em que pese o discurso alinhado com os propósitos protetivos de não revitimização em um contexto de prioridade absoluta, como alhures pontuado, a lei tem dado ensejo a críticas que colocam em xeque a efetiva preocupação do legislador com a condição das

¹⁷ Art. 1º Esta Lei normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente *vítima* ou *testemunha* de violência, cria mecanismos para prevenir e coibir a violência, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, da Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e de outros diplomas internacionais, e estabelece medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência.

vítimas infantojuvenis, ao defender que a inquirição¹⁸ sobre o fato violento através dos novos moldes preserve direitos.

Os apontamentos críticos voltados ao método previsto no art. 8º da Lei n. 13.431/17 questionam se efetivamente se está minimizando danos¹⁹ a partir da inserção de novos personagens em um novo cenário para oitiva de vítimas e testemunhas menores de 18 anos, ou se com a nova sistemática esses danos podem estar sendo potencializados. E ademais, cuida-se de depoimento sem dano para quem? (DI GESU, 2019, p. 191).

Pertinente a lição de Zehr (2008, p. 226) quando, ao tratar de uma visão restaurativa de justiça que privilegie os interesses da vítima, sustenta que

[...] muitas vezes as chamadas alternativas usam uma nova linguagem para vestir ideias que não são novas. Frequentemente as ideias têm implicações ocultas que levam tempo para emergir. E uma série de pressões – internas e externas – tendem a desviar esses esforços de sua direção original. Por vezes, acabam reformulando aquelas alternativas para que sirvam a interesses e objetivos bem diferentes dos pretendidos.

Ou seja, com o discurso de que as inovações são voltadas prioritariamente à promoção e preservação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, por meio de um acolhimento mais humanizado pelo Sistema de Justiça, a realidade sugere que as técnicas propostas através da metodologia do depoimento especial possam não ser nada além do que aparência a ocultar mais do mesmo.

Nessa perspectiva, questiona-se, por exemplo, qual é o papel dos profissionais que, sob o manto do conhecimento científico, foram chamados para se tornar *longa manus* das autoridades policiais e judiciais na oitiva de vítimas da violência? No âmbito policial, diante da análise das provas que vão sendo produzidas durante a investigação, a decisão pela escuta da criança e/ou do adolescente vítima ou testemunha tem um propósito bem claro, ou seja, a obtenção de informações que auxiliem no esclarecimento daquele fato, já que a investigação e o inquérito policial possuem finalidades bem evidentes em nosso sistema de justiça criminal.

O papel desses entrevistadores, sejam de quais áreas forem, é obter, da forma mais ampla possível, detalhes acerca do ocorrido, podendo as informações, eventualmente, servirem de suporte para o encaminhamento de medidas de proteção a serem encaminhadas oportunamente pela rede de proteção. Mas o objetivo é fazer com que a vítima ou testemunha

¹⁸ “Qual a diferença entre inquirir e ouvir a criança? *Inquirir* significa perguntar, indagar, fazer perguntas direcionadas, investigar, pesquisar. *Ouvir*, por sua vez, significa escutar o que ela tem a dizer, dar ouvidos, dar atenção às palavras da criança.” (AZAMBUJA, 2017, p. 180).

¹⁹ Ou, como prefere Christie, minimizando a “dor” (1981).

sinta-se à vontade para falar e que fale o máximo que puder, a fim de que seja possível dar seguimento aos trabalhos de polícia judiciária, seja para, ao fim, solicitar o arquivamento da investigação ou então para indiciar²⁰ a pessoa investigada.

Parte da doutrina vai além e defende que o método proposto pela Lei auxilia no alcance de provas voltadas precipuamente à condenação dos investigados/réus, como se vê em Souza (2018, p. 235), ao defender que por intermédio da união da Psicologia, Assistência Social e Direito para realização do depoimento especial, será possível evitar a falta de proteção a crianças e adolescentes e, ao mesmo tempo, punir os responsáveis por ilícitos, e Zavattaro (2018, p. 110), no mesmo sentido, assevera que o depoimento especial, além de efetivar o direito da criança em ser ouvida, é instrumento de repressão da violência praticada contra crianças e adolescentes, pois atende à necessidade de produção de prova penal contra o ofensor.

Quanto a esse entendimento, pertinente trazer à baila a lição de Foucault, lembrada por Demo (2005, p. 23), ao ensinar que “o conhecimento pode não corresponder apenas ao desejo da verdade, mas também pode ser constituinte da situação de poder”, para acrescentar que a adoção dos protocolos de entrevista investigativa poderia servir para incrementar a eficiência da escuta no propósito de se obter o maior número de informações possíveis, mas informações fidedignas, menos contaminadas por sugestões ou interferências indesejadas, que, assim, poderiam auxiliar tanto na condenação de um investigado quanto para afastar as suspeitas que recairiam sobre ele.

Todavia, reconhecer a validade dos protocolos de entrevista como métodos hábeis a filtrar interferências indevidas na fala das pessoas ouvidas e que ambientes confortáveis e acolhedores minimizariam o estresse de quem precisa falar sobre uma violência que eventualmente esteja sofrendo ou tenha sofrido não significa alçar a novidade legislativa a uma espécie de solução aos inconvenientes que acompanham – e sempre acompanharão – a criança e o adolescente na condição de entrevistados.

Defender que o procedimento previsto na Lei da Escuta Protegida para a realização do depoimento especial surge como instrumento de promoção de direitos e proteção de crianças e adolescentes reduz os inconvenientes da necessidade de escuta desses sujeitos apenas à forma por intermédio da qual as informações eram colhidas antes do advento da lei.

Os avanços merecem ser reconhecidos no que diz respeito à estrutura pensada para o momento da escuta que, efetivamente, ficou mais adequada, mas há de se ter o cuidado para que isso não seja reconhecido como suficiente, uma vez que a oitiva em si representa o recorte

²⁰ Lei n. 12.830/13.

de um contexto maior e que não pode ser negligenciado, em nome da efetiva e concreta proteção desses sujeitos.

Não se pode olvidar que essas crianças e adolescentes, ao serem ouvidos, podem se tornar as principais responsáveis por uma condenação ou absolvição, pondo em xeque a credibilidade da sua versão do fato, em um contexto em que, segundo dados, aproximadamente 70% (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018) das violências cometidas contra o público infantojuvenil parecem acontecer no ambiente intrafamiliar, de onde não se poderia pinçar a vítima/testemunha durante a persecução penal e depois dela, blindando-a das implicações inerentes à sua participação no processo, o que poderia significar um incremento de seletividade.

Se em seu art. 5º, a Lei n. 13.431/17 prevê que as crianças e os adolescentes, no contexto que regula, devem receber tratamento digno e abrangente (inciso II) e que devem ser reparados no caso de ter direitos violados (inciso XII), seria imperioso que esse momento de escuta, o depoimento especial, viesse acompanhado de arranjos voltados a *reparar* esses sujeitos em uma perspectiva efetivamente protetiva e de restauração de suas condições de vida.

Alguns minutos de entrevista, como sugerem os protocolos, por mais brilhantemente que tenha sido executada, não serão hábeis, considerando sua finalidade, a fornecer instrumentos efetivos de proteção ao público infantojuvenil. E defender que poder falar sobre a violência seria positivo para esses sujeitos e que a perspectiva da prisão do agressor serviria como boa promessa de proteção integral evidencia que o debate acerca de fenômeno tão complexo ainda pode se encontrar num nível mais retórico que efetivo.

Em um contexto de violência praticada contra ou na presença de crianças e adolescentes, para que se cogitasse num acolhimento que protegesse de forma integral seus direitos, dever-se-ia afastar o protagonismo do momento da escuta, tal como vem ocorrendo a partir da publicação da Lei da Escuta Protegida.

A articulação dos órgãos de assistência e de toda a rede de proteção é que representará o caminho potencial à consecução dos resultados anunciados pela Lei, cuja responsabilidade tem sido dirigida ao depoimento especial em si, ao passo que, segundo alerta Coimbra (2014, p. 365), em muitos países, esse momento constitui apenas uma parte de uma série de etapas que concorre para que, de fato, proteção e responsabilização possam ser efetivas.

Ao lado da implementação de mudanças na forma de ouvir o público infantojuvenil, está o necessário fortalecimento do Sistema de Garantia de Direitos²¹ e dos órgãos que o

²¹ Resolução 113/2010 CONANDA.

compõe, individualmente, a partir da integração e capacitação dos seus agentes, voltado a garantir a assistência transdisciplinar às crianças e adolescentes envolvidos em situação de violência, antes durante e depois do depoimento especial.

No art. 14, a lei prevê que as políticas implementadas nos Sistemas de Justiça, segurança pública, assistência social, educação e saúde deverão adotar ações articuladas, coordenadas e efetivas voltadas ao acolhimento e ao atendimento integral às vítimas de violência, observando-se a abrangência e a integralidade como diretrizes (§1º, I), previsão que reforça a necessidade de se atentar para um espectro muito maior do que aquele que envolve o momento do depoimento especial.

Para Azambuja (2017, p. 184), a utilização de técnicas inovadoras na persecução penal de crimes envolvendo crianças e adolescentes, ainda que imbuídas das melhores intenções, exige cautela, a fim de que não se agreguem mais problemas às recentes e patogênicas experiências da pequena vítima, impostas pela trajetória familiar desfavorável a que esteve submetida.

E regular os holofotes que pairam sobre o depoimento especial não diminui a importância do método, valendo registrar aqui que considerando as peculiaridades apontadas no que diz respeito à violência, quando perpetrada contra crianças e adolescentes, em muitos casos não há incremento na capacitação investigativa policial que supere a necessidade de seu ouvir a vítima, por se tratar, não raro, da única fonte de informação para auxiliar o Estado a esclarecer o fato e atuar na esfera de responsabilização.

Como já dito, houve mudanças importantes no trato a ser dispensado a esses sujeitos a partir da Lei da Escuta Protegida e os reflexos positivos decorrentes disso não podem ser ignorados, pois podem representar, de fato, uma menor exposição a oitivas não criteriosas e repetidas, sem contar os filtros impostos a abordagens sugestivas e até mesmo, sob alguns aspectos, violentas.

A justificção ao projeto de lei que resultou na Lei n. 13.431/17, ao apontar para o despreparo de servidores do “meio forense”, aí incluído o “meio policial”, para realização de oitivas de cunho investigativo, abordou uma realidade na mesma medida disseminada e menosprezada, que foi provocada com as exigências legais, forçando, para além da reflexão, a imediata estruturação de espaços e capacitação de agentes. E isso parece ser positivo.

A resposta do Estado às crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência deveria ser dada de acordo com a peculiar condição de desenvolvimento em que cada uma delas se encontra, pena de o discurso de prioridade e integralidade de proteção a elas destinadas

permanecer como um recurso retórico a legitimar a produção probatória no processo criminal lato sensu.

Uma abordagem multidisciplinar criteriosa, horizontal e que se debruce, para muito além dos desdobramentos jurídicos da violência, ao impacto pessoal íntimo, familiar e social que representa para a pequena vítima ou testemunha, é no que se constitui a integralidade que se espera no atendimento dispensado a essas pessoas, dada sua condição de especial vulnerabilidade.

O depoimento especial, nesse contexto, como parte de um todo, se considerado em si mesmo caminha nesta direção à medida que sinaliza para o reconhecimento da necessidade de um tratamento específico e especial que considere as peculiaridades inerentes à condição dessas pessoas em desenvolvimento, quando necessária sua escuta, seja em sede policial ou judicial.

Mas é procedimento cuja implementação ainda está em curso no país, de forma gradual e não padronizada, uma prática em franca construção e, por isso, bastante suscetível a incorporar adequações voltadas a garantir o protagonismo dessas vítimas e inseri-las em uma rede de cuidados direcionada ao atendimento de seus direitos, suas necessidades, com a prioridade exigida pela legislação protetiva.

CONCLUSÃO

A superveniência da Lei da Escuta Protegida trouxe consigo o debate acerca da sua (in)adequação no que se refere ao atendimento dos primados normativos voltados a garantir, com absoluta prioridade, os melhores interesses ao público infantojuvenil quando exposto à violência.

A pertinência do debate fomentado pela inovação legislativa se robustece diante da constatação de que a violência praticada contra crianças e adolescentes se reveste de características que dificultam a produção probatória que não se alicerce na memória desses sujeitos.

Esse protagonismo da criança e do adolescente na produção probatória, tanto no plano internacional, com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, quanto internamente por meio da Constituição Federal e do ECA, ganha contornos de participação, de garantia conferida a esses sujeitos de serem ouvidos, podendo se calar se assim preferirem.

A partir desse panorama legal, e com fundamento nele, há quem defenda que a fala da criança é um direito e, portanto, sua participação no processo de apuração da violência deva ser

garantida por intermédio de seu depoimento, ao passo que, de outro lado, há quem defenda que a participação da criança deve ser garantida, porém, na forma mais adequada às condições que apresenta, seja mediante a fala, gestos, desenhos ou seu silêncio.

Não obstante as previsões da Lei n. 13.431/17 sejam defendidas com base em discursos declarados de especialização no trato desses sujeitos quando expostos à situação de violência (o que parece ter sido realizado ao ser previsto procedimento próprio para a oitiva do público infanto-juvenil), há sérios aspectos que denotam a preocupação do legislador em garantir uma persecução penal mais fluida em detrimento da garantia de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, tais como liberdade, respeito, intimidade e dignidade, descortinando o uso de primados da Doutrina da Proteção Integral como instrumento possivelmente retórico a reforçar velhas práticas, agora sob nova roupagem.

Acompanhando o discurso de que a metodologia de escuta protegida proposta pela lei promove um acolhimento mais humanizado e profissional, proporcionando condições para que a vítima ou testemunha infantojuvenil sintam-se mais confortável para falar e que essa fala seja objeto de uma entrevista baseada em protocolos que maximizem a obtenção de informações sem expor a pessoa ouvida a constrangimento e/ou abordagens desnecessárias, existem “bastidores” não explorados pela lei que evidenciam ser o ato de escuta aquele para o qual o legislador olhou, deixando-o, todavia, à deriva no que diz respeito às pontes necessárias com a assistência e restauração das condições e qualidade de vida desses sujeitos, em severa afronta às diretrizes protetivas que determinam que o seu melhor interesse seja o norte hermenêutico das legislações voltadas ao público infantojuvenil.

Para a Lei n. 13.431/17, a atenção com as vítimas ou testemunhas inicia quando são identificadas como personagens necessários à investigação, dura até que seja finalizada a sua participação na persecução penal, por meio da escuta, não havendo irradiação dos efeitos do método para além desse momento.

Buscou o legislador conferir um viés de acolhimento e proteção ao ato de escuta, anunciando a preocupação com o bem-estar infantojuvenil no ambiente policial e forense, ignorando de onde vieram e para onde retornam esses sujeitos chamados a participar da atividade penal do Estado após prestarem a colaboração que deles se espera.

Essas lacunas tornam imperiosa uma análise sistêmica da legislação protetiva, a fim de que sejam pensadas soluções voltadas à minimização dos prejuízos já experimentados pelas crianças e pelos adolescentes que, de qualquer forma, tenham vivenciado episódios violentos e que, em razão deles, tenham participado da investigação/processo.

Considerando as peculiaridades apontadas quanto às características da violência quando perpetrada contra essas pessoas, especialmente quando de cunho sexual, em muitos casos, não há incremento na capacitação investigativa policial que supere a necessidade de se ouvir a vítima, por se tratar, não raro, da única fonte de informação capaz de auxiliar o Estado a fazer cessar essa violência.

Aí, evidencia-se, além da excepcionalidade com que deve ser utilizado o método, o necessário fortalecimento da rede de proteção e dos órgãos que a compõe, individualmente, a partir da integração e capacitação dos seus agentes, voltado a garantir a assistência transdisciplinar ao público infantojuvenil envolvido em situação de violência, seja ou não levado ao sistema de justiça.

Não ouvir não é garantia de proteção e, no estado das coisas, refletir acerca de como melhorar os métodos apresentados pode ser a conduta mais produtiva no que diz respeito à promoção da proteção integral de crianças e adolescentes.

Em nossa experiência de trabalho numa delegacia especializada no atendimento de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência, e também de adolescentes investigados pela prática de atos infracionais, está sendo possível sentir o impacto institucional causado pela Lei n. 13.431/17.

Desde a oferta de capacitações voltadas ao acolhimento de crianças e adolescentes pelas Academias de Polícia, com valorização das unidades especializadas, até a readequação da dinâmica investigativa de crimes em que haja o envolvimento de crianças e adolescentes, a Lei da Escuta Protegida forçou o debate e a tomada de providências voltadas à reestruturação de espaços e preparação de agentes. Não é pouca coisa!

Mas não é só. Foi possível sentir a aproximação, também estimulada pela Lei n. 13.431/17, dos agentes dos diversos órgãos da rede de proteção, como Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Conselho Tutelar, escolas, Polícia Militar, hospitais, órgãos de assistência social, no planejamento de fluxos de atendimento que obedeçam às diretrizes da lei.

Essa integração, aliás, tendo as diretrizes legais como norte, tem se mostrado a ferramenta mais eficiente no acolhimento e encaminhamento personalizado desses sujeitos, cujas necessidades definitivamente não cabem nos estreitos limites da persecução penal.

E justamente diante da insuficiência da resposta penal, e dos meandros vitimizadores inerentes ao processo de apuração dos fatos, imperioso que essa integração avance para o amadurecimento das inovações previstas, melhorando-as, adequando-as à moldura protetiva,

EM TEMPO

ISSN – 1984-7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

com a adoção de iniciativas que promovam de forma concreta o protagonismo do público infantojuvenil, na esteira do proposto pela Doutrina da Proteção Integral por intermédio de toda normativa que a constitui.

Isso porque, não obstante os avanços trazidos pela lei e, pontualmente, pela adoção do depoimento especial, ainda há muitas pontas a serem amarradas. O procedimento de escuta sofreu alterações importantes, mas não é uma solução completa, mas um passo à frente.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Angelo Luis de Souza. **O Estatuto da Criança e do Adolescente em face do Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a Prova Testemunhal em Xequê**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

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

BRASIL. **Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm. Acesso em: 13 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 13 jul. 2019.

CÉZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem Dano. Uma alternativa para ouvir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

CHRISTIE, Nils. **Limits to Pain: The Role of Punishment in Penal Policy**. Oslo: Universitetsforlaget, 1981.

COIMBRA, José César. Depoimento Especial de Crianças: um lugar entre proteção e responsabilização. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 34, n. 2, p. 362-375, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/8977655/Depoimento_especial_de_crianças_um_lugar_entre_proteção_e_responsabilização. Acesso em: 25 nov. 2019.

EM TEMPO

ISSN – 1984-7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP n. 10/2010, de 29 de junho de 2010.** Institui a regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção. Disponível em: http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_010.pdf. Acesso em: 15 nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. **Nota Técnica sobre o exercício profissional de assistentes sociais e as exigências para a execução do Depoimento Especial.** Organizada por Daniela Möller e Tânia Maria Ramos de Godoi Diniz. 2018. Disponível em: <http://www.cfess.org.br/arquivos/notatecnica-depoimentoespecia2018.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. Reflexões ético-políticas sobre a metodologia “depoimento sem dano” (DSD) junto a crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso ou exploração sexual. [2008?]. Disponível em: http://cfess.org.br/arquivos/Documento_DSD_COFI.pdf. Acesso em: 25 nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. **Resolução CFESS n. 554/2009, de 15 de setembro de 2009.** Dispõe sobre o não reconhecimento da inquirição das vítimas crianças e adolescentes no processo judicial, sob a Metodologia do Depoimento Sem Dano/DSD, como sendo atribuição ou competência do profissional assistente social. Disponível em: http://cfess.org.br/arquivos/Resolucao_CFESS_554-2009.pdf. Acesso em: 15 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 33, de 23 de novembro de 2010. Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Depoimento Especial. **Diário de Justiça Eletrônico n. 215/2010, 25 nov. 2010.**

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 299, de 05 de novembro de 2019.** Dispõe sobre o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, de que trata a Lei n 13.431, de 4 de abril de 2017. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original000346201912045de6f7e29dcd6.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Resolução 113, de 19 de abril de 2006.** Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.crsp.org.br/portal/comunicacao/diversos/mini_cd/pdfs/Res_113_CONANDA.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019.

DEMO, Pedro. **Argumento de autoridade x autoridade do argumento:** interfaces da cidadania e da epistemologia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança. Uma abordagem multidisciplinar.** Tradução de Maria Adriano Veronese. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

LEAL, Fábio Gesser; SOUZA, Klauss Corrêa de; SABINO, Rafael Giordini. **Comentários à Lei da Escuta Protegida**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. Análise epidemiológica da violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil, 2011 a 2017. **Boletim Epidemiológico**, v. 49, 2018. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/junho/25/2018-024.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Resolução nº 20/2005 – ECOSOC**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-2039.html>. Acesso em: 02 dez. 2019.

POTTER, Luciane (org.). **A escuta protegida de crianças e adolescentes. Os desafios da implantação da Lei nº 13.431/17**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

POTTER, Luciane. **Vitimização secundária infantojuvenil e violência doméstica intrafamiliar. Por uma política pública de redução de danos**. Salvador: JusPodivm, 2019.

POTTER, Luciane; HOFFMEISTER, Marleci V. (org.). **Depoimento especial de crianças e adolescentes. Quando a multidisciplinaridade aproxima os olhares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PRADO, Katy Braun do. Direito ao silêncio da criança e do adolescente vítima no depoimento especial. *In*: POTTER, Luciane (org.). **A escuta protegida de crianças e adolescentes. Os desafios da implantação da Lei n. 13.431/17**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

ROSA, Alexandre Moraes da. O depoimento sem dano e o advogado do diabo – A violência ‘Branda’ e o ‘Quadro Mental Paranóico’ (Cordero) no processo penal. *In*: POTTER, Luciane (org.). **Depoimento sem dano – Uma política criminal de redução de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 88-106.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; VIANA, Vanessa Nascimento; GONÇALVES, Itamar Batista. **Crianças e Adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sexual. Metodologias para a tomada de depoimento especial**. Curitiba: Appris, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes no Sistema de Justiça**. São Paulo: Pillares, 2018.

VERCELONE, Paolo. Comentários sobre o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. *In*: CURY, Munir (org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários jurídicos e sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

ZAVATTARO, Mayra dos Santos. *Depoimento Especial. Aspectos jurídicos e psicológicos de acordo com a Lei nº 13.431/17*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

EM TEMPO

ISSN – 1984-7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes. Justiça Restaurativa para o nosso tempo.** São Paulo: Palas Athena, 2008.

**CIDADES DIGITAIS E SUA COMPATIBILIDADE COM A
SEGURANÇA PÚBLICA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS**

*DIGITAL CITIES AND THEIR COMPATIBILITY WITH PUBLIC SECURITY
FOR THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS*

Matheus Dantas Meira¹

Diogo de Calasans Melo Andrade²

Henrique Ribeiro Cardoso³

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar a compatibilização entre a garantia constitucional da segurança pública e a efetivação dos Direitos Humanos no âmbito das Cidades Digitais. O problema a ser analisado na presente pesquisa consiste na busca da resposta à seguinte pergunta: como garantir o direito à segurança pública para os cidadãos, respeitando os Direitos Humanos, no âmbito das Cidades Digitais? Os objetivos específicos da pesquisa consistem em: (a) analisar o que são Cidades Digitais e como se dá o processo de sua implementação; (b) analisar a garantia constitucional da segurança pública e sua compatibilização com a efetivação dos Direitos Humanos; (c) analisar como viabilizar uma sociedade segura no âmbito das Cidades Digitais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Segurança Pública; Cidades Digitais.

ABSTRACT

This article aims to analyze the compatibility between the constitutional guarantee of public security and the realization of Human Rights in the scope of Digital Cities. The problem to be analyzed in this research is the search for the answer to the following question: how to guarantee the right to public security for citizens, respecting Human Rights, in the Digital Cities? The specific objectives of the research are: (a) to analyze what Digital Cities are and how their implementation process takes place; (b) analyze the constitutional guarantee of public security and its compatibility with the implementation of human rights; (c) analyze how to enable a secure society within Digital Cities.

KEYWORDS: Human Rights; Public Safety; Digital Cities.

¹ Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes. Advogado. Pós-graduado em Ciências Criminais. E-mail: mdm@infonet.com.br

² Doutor em direito político e econômico pela Universidade Mackenzie. Mestre em direito, na área de constitucionalização do direito pela UFS. Professor titular da graduação e do mestrado e doutorado em direitos humanos do PPGD-UNIT. Líder do grupo de pesquisa “Novas tecnologias e o impacto nos Direitos Humanos” do mestrado em direito Humanos da UNIT, advogado. E-mail: contato@diogocalasans.com

³ Doutor e Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho UGF. Pós-Graduado em Direito Constitucional Processual pela Universidade Federal de Sergipe e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC).

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, no artigo 144, trata a Segurança Pública como sendo “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos” sendo exercida para “a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

Ocorre que no complexo fenômeno da convivência social, são constantes as situações práticas nas quais restam caracterizadas condutas violadoras das normas jurídicas positivadas, gerando a necessidade de atuação dos órgãos integrantes da Segurança Pública descritos no artigo 144 da Carta Constitucional⁴.

Quando as violações mencionadas são de natureza penal, ou seja, quando alguém comete uma infração penal (crime ou contravenção) praticando conduta enquadrada como típica, antijurídica e culpável, nasce para o Estado a possibilidade de aplicar o chamado direito de punir ou *jus puniendi*.

Entretanto, o direito⁵ de punir não pode ser efetivado imediatamente após a conduta delitiva sob pena de violação ao *substantive due process of law* e seus consectários lógicos, notadamente a ampla defesa e o contraditório.

O desafio apresentado no presente estudo consiste em compatibilizar a necessidade de se respeitar as regras inerentes à Segurança Pública, matéria com *status* constitucional, e a efetivação dos Direitos Humanos, afastando a ideia de que se tratam de temáticas opostas ou excludentes, questão que será esmiuçada em tópico próprio com a apresentação de argumentos perfilhados à luz da teoria crítica.

Os Direitos Humanos, partindo-se do estudo de suas gerações ou dimensões, possuem como característica marcante a efetivação de garantias para que o cidadão delas se socorra contra eventual arbítrio do Estado:

A classificação dos direitos humanos em gerações (ou dimensões) apesar de sofrer críticas, é aceita pela doutrina. Sidney Guerra esclarece que “De fato, os direitos humanos são apresentados, por grande parte da doutrina, por gerações ou dimensões. Essa abordagem é interessante para demonstrar como se desenvolveram os direitos humanos e a necessidade de serem todos observados (não apenas os direitos civis e políticos) para o reconhecimento da dignidade humana. (GUERRA, 2017, p. 67).

⁴Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

⁵Saliente-se que se trata de um direito de punir e não um dever de punir. Assim, eventual aplicação do *jus puniendi* depende de comprovação do efetivo preenchimento dos requisitos da responsabilidade penal, incluindo-se a análise inerente ao elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa) e, principalmente, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, respeitando-se o princípio da presunção de inocência.

Os Direitos Humanos de primeira geração voltam-se para o campo dos Direitos Civis e Políticos e se constituem na mais clara expressão das garantias individuais do cidadão em face de possíveis abusos do ente Estatal:

Os direitos de primeira geração ou de base liberal se fundam numa separação entre Estado e sociedade que permeia o contratualismo dos séculos XVIII e XIX. Dividem-se em direitos civis e direitos políticos. Os civis são aqueles que, mediante garantias mínimas de integridade física e moral, bem assim de correção procedimental nas relações judicantes entre os indivíduos e o Estado, asseguram uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um. São direitos titulados pelos indivíduos e exercidos, em sua grande maioria, individualmente, embora alguns somente possibilitem o exercício coletivo (liberdade de associação). O Estado tem o dever de abstenção ou de não impedimento e de prestação, devendo criar instrumentos de tutela como a polícia, o Judiciário e a organização do processo. (GUERRA, 2017, p. 70/71).

A análise do presente artigo está voltada para questões que envolvem a aplicação da Segurança Pública, respeitando-se os Direitos Humanos, no âmbito das Cidades Digitais, temática que envolve avanços de natureza tecnológica que se constitui uma realidade já implementada no Brasil, conforme se verá no presente estudo.

A metodologia utilizada deu-se através de abordagem qualitativa do problema, sendo a pesquisa de natureza exploratória, utilizando-se do procedimento metodológico da pesquisa documental e bibliográfica, através da análise de doutrinas, documentos e demais textos científicos que guardam pertinência com o tema.

1. AS CIDADES DIGITAIS E O OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NÚMERO NOVE DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS.

Com o crescente avanço tecnológico, passou-se a perceber a necessidade de adoção de políticas públicas que visem inserir a população no contexto da chamada “Era Digital”, viabilizando acesso à internet e ao maquinário respectivo.

No ano de 2015, a Organização das Nações Unidas estabeleceu dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, com o intuito de orientar as políticas públicas nacionais e as atividades de cooperação internacional, até o ano de 2030, para obtenção de resultados efetivos do Desenvolvimento Humano.

As temáticas envolvidas são diversificadas e incluem erradicação da pobreza, segurança alimentar, agricultura, saúde, educação, igualdade de gênero, água, saneamento,

energia, crescimento econômico, infraestrutura, redução de desigualdades, consumo, produção, clima, oceanos, ecossistemas terrestres, justiça e paz.

O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável número nove da Organização das Nações Unidas se lastreia na necessidade de promoção de investimentos em infraestrutura urbana, eficiência energética e inclusão social, com acesso às tecnologias como forma de viabilizar a informação e conhecimento para todos.

Dentre as metas estabelecidas para a efetivação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável número nove, a Organização das Nações Unidas estabeleceu a necessidade de “aumentar significativamente o acesso às tecnologias de informação e comunicação e se empenhar para procurar ao máximo oferecer acesso universal e a preços acessíveis à internet nos países menos desenvolvidos”.

Nesse contexto, destaca-se o Programa “Cidades Digitais” que se trata de uma política pública implementada no Brasil, através do Ministério das Comunicações, que tem como objetivo inicial a modernização da administração pública, especialmente dos municípios brasileiros, através do incremento de efetiva inclusão digital, situação que se coaduna com a meta da Organização das Nações Unidas acima transcrita.

O projeto de implantação e manutenção de Cidades Digitais no Brasil está positivado na Portaria número 376, de 19 de agosto de 2011, do Ministério das Comunicações, com as atualizações trazidas pela Portaria 186 de 2012⁶.

⁶MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES GABINETE DO MINISTRO DOU de 29/03/2012 (nº 62, Seção 1, pág. 117) O MINISTRO DE ESTADO DAS COMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, incisos II e IV, da Constituição, resolve: Art. 1º - Instituir o Projeto de Implantação e Manutenção das Cidades Digitais com o objetivo de: I - constituir redes digitais locais de comunicação nos municípios brasileiros; II - promover a produção e oferta de conteúdos e serviços digitais; e III - facilitar a apropriação de tecnologias da informação e da comunicação pela gestão pública local e pela população, de maneira coordenada e integrada entre esferas dos poderes públicos e da sociedade. Art. 2º - As Cidades Digitais serão implementadas por meio das seguintes ações: I - implantação de infraestrutura de conexão entre órgãos e equipamentos públicos locais e à internet, de acordo com as especificidades de cada município e das regiões administrativas do Distrito Federal, promovendo melhoria e agilidade na prestação de serviços ao cidadão e integração das políticas públicas; (Redação dada pela Portaria nº 186, de 2012). II - instalação de pontos públicos de acesso à Internet para uso livre e gratuito pela população em espaços de grande circulação; III - qualificação e apoio a espaços públicos e comunitários de uso das tecnologias digitais, tornando-os centros irradiadores de informação e de integração das comunidades nas áreas onde são instalados, promovendo a comunicação comunitária; IV - formação e pagamento de bolsas para Agentes de Inclusão Digital, para que estes atuem como monitores e multiplicadores em espaços públicos e comunitários de uso das tecnologias digitais; V - apoio à formação continuada de servidores públicos na apropriação de tecnologias da informação e da comunicação como ferramentas de uso na gestão pública para a promoção da cidadania; VI - promoção de iniciativas conjuntas de capacitação, em parceria com outros programas sociais e institucionais do governo federal, voltadas para garantir a usabilidade dos equipamentos instalados por meio da adoção de metodologias que aproximem os indivíduos digitalmente excluídos de tecnologias da informação e da comunicação; e VII - apoio a Projetos de Inovação de Conteúdos Criativos e Aplicações Digitais para utilização em governos eletrônicos municipais e em espaços públicos e comunitários de uso de tecnologias da informação e da comunicação, privilegiando iniciativas que permitam adaptar tais conteúdos e aplicações aos padrões de linguagem compatíveis com as diversas realidades culturais locais. Art. 3º - As ações de implantação

As Cidades Digitais são identificadas por fornecer *Wi-fi* em alguns locais públicos que possuam centros de acesso à Internet, que fomentem o uso de aplicativos para solução de problemas burocráticos como cadastros diversos junto à prefeitura, que possuem uma rede do município de acesso à Internet (por fibra óptica ou não), que possuam sistema de monitoramento das áreas públicas ligadas à Internet ou que façam parte de algum programa estadual ou federal de cidades digitais e acesso à rede. (ANASTÁCIO, 2017)

Para ser considerado uma Cidade Digital, o município deve, no mínimo, atender os seguintes requisitos: fornecimento de sinal de Internet (*Wi-fi*) gratuito para os cidadãos, em sua totalidade ou em determinada área ou a disponibilidade de ferramentas de governo eletrônico (*e-gov*), com serviços de atendimento via *web* ou ligação de órgãos e prédios públicos por meio de cabeamento óptico.

Destaque-se que o papel do município não é criar ou emular uma política de inclusão digital, mas apenas se inscrever para receber infraestrutura doada pela União fazendo ajustes técnicos como em qual lugar da cidade os pontos de acesso ficarão.

A implementação das Cidades Digitais traz consigo a modernização da gestão pública e estabelecimento de inovações como aplicativos e páginas digitais para interação da população

das Cidades Digitais serão implementadas pelo Ministério das Comunicações, por meio da Secretaria de Inclusão Digital, em parceria com outros órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Art. 4º - A gestão e a manutenção das Cidades Digitais ficarão sob a responsabilidade dos municípios atendidos ou do Distrito Federal. (Redação dada pela Portaria nº 186, de 2012). § 1º - As obrigações e responsabilidades deverão ser estabelecidas em instrumentos de parceria específicos para cada caso. § 2º - Para apoiar a gestão das Cidades Digitais pelos municípios e pelo Distrito Federal, o Ministério das Comunicações poderá estabelecer parcerias com Estados e entidades da sociedade civil. (Redação dada pela Portaria nº 186, de 2012). § 3º - O Ministério das Comunicações contará com o auxílio do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 469, de 18 de outubro de 2011, para o planejamento, a elaboração de editais, o acompanhamento e a avaliação da implementação do projeto das Cidades Digitais. (Redação dada pela Portaria nº 186, de 2012). § 4º - As ações implementadas em parceria com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios envolverão a assinatura de termo de adesão, cujo conteúdo será definido de acordo com as especificidades de cada caso. (Redação dada pela Portaria nº 186, de 2012). § 5º - Caberá aos municípios e ao Distrito Federal a apresentação de propostas e a formalização de parcerias com o Ministério das Comunicações, bem como a coordenação e gestão administrativa dos projetos implantados. (Incluído pela Portaria nº 186, de 2012). Art. 5º - Os municípios e as regiões administrativas do Distrito Federal beneficiados pelas ações de implantação e manutenção das Cidades Digitais serão selecionados anualmente com base em um edital no qual deverão constar os respectivos critérios de seleção. (Redação dada pela Portaria nº 186, de 2012). Parágrafo único - Na seleção a que alude o *caput* serão priorizados os municípios e regiões administrativas do Distrito Federal com menores níveis de desenvolvimento e com menores densidades de conexão em banda larga. (Redação dada pela Portaria nº 186, de 2012). Art. 6º - O Ministério das Comunicações, por meio da Secretaria de Inclusão Digital, ficará responsável pela formalização das parcerias necessárias e pela coordenação das ações de formação dos agentes de inclusão digital e dos servidores públicos de cada um dos municípios e das regiões administrativas do Distrito Federal escolhidos por meio da seleção referida no art. 5º. Art. 7º - Os projetos de desenvolvimento de aplicações e conteúdos digitais a serem apoiados serão selecionados mediante editais, nos quais constarão os respectivos critérios de seleção. (Redação dada pela Portaria nº 186, de 2012). Art. 8º - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação. PAULO BERNARDO SILVA.

Disponível em http://lex.com.br/doc_23133430_PORTARIA_N_376_DE_19_DE_AGOSTO_DE_2011.asp.

Acesso em 23 dez. 2019.

com a prefeitura, inclusive promovendo cursos de capacitação técnica em tecnologia para os gestores.

O traço marcante da Cidade Digital é a relação entre as cidades e as novas tecnologias de informação e comunicação, devendo-se salientar que não se trata de uma nova cidade ou da destruição dos tradicionais modelos urbanos, mas sim de uma nova dinâmica que impõe uma reconfiguração das próprias relações sociais.

O desafio consiste em criar formas efetivas de comunicação e de reapropriação do espaço físico, favorecendo a apropriação social de novas tecnologias de comunicação e informação.

As tecnologias vêm remodelando as cidades. Os ambientes tradicionais como ruas, praças, avenidas, monumentos, dentre outros tendem a se transformar em ambiente de acesso e controle de informação.

É nesse contexto que a análise sobre a questão da Segurança Pública e sua aplicação no âmbito das Cidades Digitais ganha vital importância de modo a viabilizar como o fenômeno da criminalidade vai se comportar nesse novo contexto e como os mecanismos estatais de Segurança devem se preparar para a atuação constitucional que deles se espera.

O debate sobre Cidades Digitais remonta à necessidade de analisar o fenômeno da inclusão digital, assim entendida como o acesso da população ao mundo digital, sendo que referida inclusão constitui, inclusive, um requisito para efetivação do programa do Ministério das Comunicações.

O desafio consiste em tratar da temática da inclusão digital em um país no qual os índices de pobreza e de analfabetismo são consideráveis.

O já mencionado Objetivo de Desenvolvimento Sustentável número nove da Organização das Nações Unidas destaca a necessidade de viabilizar a inclusão digital como forma de diminuir as desigualdades existentes.

Com o notório avanço dos meios tecnológicos, os digitalmente excluídos⁷ acabam, como consequência, sendo marginalizados do acesso aos meios para exercício de uma vida plenamente digna.

É necessário que se compreenda que é possível minimizar a pobreza e o analfabetismo a partir do uso da tecnologia, partindo do pressuposto de que o domínio desta por parte dos cidadãos pode se traduzir em melhores oportunidades de inserção no mercado de trabalho, bem

⁷Assim entendidos como aqueles privados de acesso a três instrumentos básicos: computador, linha telefônica e acesso à internet.

como desenvolvimento de habilidades, criatividade e um melhor exercício da cidadania. (LEMOS, 2007, p. 16)

O sucesso na implantação de um programa de inclusão digital depende da utilização e combinação de quatro fatores distintos: recursos físicos (computadores e telecomunicação), recursos digitais, recursos humanos (orientação e capacitação) e recursos sociais (suporte comunitário e institucional). (LEMOS, 2007, p. 17)

É importante que se implementem políticas públicas de inclusão digital, mas as iniciativas devem estar aliadas aos esforços de toda sociedade.

A partir de ações conjuntas entre Estado, sociedade civil e empresas privadas será possível desenvolver meios para que mais indivíduos sejam digitalmente incluídos.

Deve-se buscar, também, a efetivação de políticas públicas que promovam a inclusão digital de grupos minoritários, como portadores de deficiências físicas, facilitando não só o acesso à rede, mas a equipamentos especiais. (LEMOS, 2007, p. 30/31)

2. SEGURANÇA PÚBLICA *VERSUS* DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE SOB O PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA.

A dicotomia entre a necessidade de se respeitar o Direito, também assegurado constitucionalmente a todos os cidadãos brasileiros, à Segurança Pública e também fazer valer eficácia dos Direitos Humanos aplicáveis ao ordenamento jurídico pátrio:

É comum encontrar argumentos dos dois lados, quando os discursos tornam-se radicais. Muitos radicais defensores dos direitos humanos acusam os órgãos mantenedores, em primeira linha, da segurança pública de violar esses direitos a pretexto de garantir a ordem pública. Parece até que seria uma escolha: para a sociedade ter segurança, os direitos humanos seriam afastados. Sob outro foco, vários agentes estatais, encarregados, primariamente, da segurança pública, acusam os defensores dos direitos humanos de interporem barreiras ao seu trabalho, e, por isso, a ordem pública. Argumenta-se: os direitos humanos destinam-se a pessoas honestas; servem aos agentes da lei; marginais não devem ter consagrados os mesmos direitos humanos (NUCCI, 2016, p. 69/70).

E é matéria que demanda grande esforço do intérprete e dos poderes públicos legitimamente constituídos:

A tensão entre violência e direitos humanos assume diversas facetas no mundo contemporâneo. Por isso, formular políticas públicas que encontrem o equilíbrio entre as ações de combate, prevenção da violência, dever de garantia dos direitos humanos

e liberdades fundamentais torna-se o grande dilema da atualidade. Sendo assim, os direitos humanos e a violência são, indubitavelmente, temas que percorrem uma realidade complexa e contraditória, de maneira que o estudo do tema implica, sob pena de ineficácia social, uma tarefa de contínua recolocação e reconceituação do problema. (GUERRA, 2017, p. 462).

A Segurança Pública, nos termos do artigo 144 da Constituição Federal, objetiva assegurar “a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. Já os Direitos Humanos, como afirmado, apresentam-se como instrumento ofertado ao cidadão contra eventual uso abusivo do Poder Estatal.

A compatibilização entre os conceitos mencionados tem se mostrado um relevante desafio⁸, notadamente considerando que a ideia de Direitos Humanos vem sendo associada a proteção de infratores da Lei e a ideia de Segurança Pública ao efetivo combate à criminalidade:

A aliança entre os direitos humanos e a segurança pública encontra-se, ainda, distante de se consolidar. Eis o motivo pelo qual o tema é instigante, provocador e desafiador. É fundamental que se debata o fulcro da questão, inclusive por intermédio da análise de casos concretos. Observa-se, sob nomenclatura diversa, no Poder Judiciário, visto pelos seus próprios integrantes, mas também por outros operadores do Direito, a avaliação de Câmaras e Turmas como rigorosas (em tese, as que defendem a segurança pública) e liberais (em tese, as que prezam os direitos humanos). O mesmo perfil é traçado no tocante à figura do magistrado: aquele juiz é defensor dos direitos humanos; aquele outro é adepto da segurança pública. (NUCCI, 2016, p. 10).

É perfeitamente possível aplicar, com viés prático e de forma coexistente, os Direitos Humanos e a Segurança Pública, demonstrando que não se tratam, necessariamente, de conceitos antagônicos.

Antes e pelo contrário Direitos Humanos e Segurança Pública são conceitos complementares.

Os Direitos Humanos são uma espécie de escudo protetor do indivíduo contra eventuais abusos do Estado, mas também devem tutelar o ser humano, protegendo-o das condutas criminosas individuais.

Por isso, para que os Direitos Humanos sejam efetivamente conservados, é imprescindível garantir-se a segurança pública. (NUCCI, 2016, p. 178)

⁸Guilherme de Souza Nucci propõe um amplo debate sobre a matéria fazendo as seguintes indagações: “afinal, os Direitos Humanos impedem a almejada Segurança Pública? Ambos se excluem? Ou se completam? Não se tem, hoje, a segurança pública ideal porque infratores da lei penal possuem muitos direitos? Seriam estes os Direitos Humanos? Como situar a vítima do crime nesse universo? NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos Humanos Versus Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 9.

A impunidade corrói os Direitos Humanos da mesma forma que o abuso de autoridade⁹. Logo, a punição pela prática criminosa pode (e deve) destinar-se a agentes estatais e cidadãos comuns.

Inexiste qualquer incompatibilidade entre Direitos Humanos e Segurança Pública, pois um depende do outro para serem conveniente e legitimamente exercidos no Estado Democrático de Direito. (NUCCI, 2016, p. 178)

O discurso que busca passar a ideia de antagonismo entre Direitos Humanos e Segurança Pública não se sustenta e serve, apenas e tão somente, para enfraquecer as instituições democráticas e abastecer os menos informados com um discurso de ódio contra os Direitos Humanos.

Vincula-se, propositadamente, a percepção de Direitos Humanos como se fosse algo existente apenas para proteção de infratores da Lei, especialmente da Lei Penal.

Referida perspectiva caminha na contramão do estudo da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, eis que para referida Teoria, os Direitos Humanos não são uma mera condição inerente ao fato de se portar a condição de ser humano e sim um conjunto de bens materiais e imateriais aptos a proporcionar o exercício efetivo de uma vida digna de ser vivida. (FLORES, 2009)

Nesse ínterim, a garantia de acesso à Segurança Pública é elemento que contribui decisivamente para o acesso a uma vida digna de ser vivida por parte dos cidadãos, razão pela qual, trata-se, na prática, de um fator que viabiliza a efetivação dos Direitos Humanos segundo a Teoria Crítica.

3. A EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA NO ÂMBITO DAS CIDADES DIGITAIS.

Partindo-se da concepção do que vem a ser uma Cidade Digital, ressaltando que referida ideia está vinculada aos avanços tecnológicos e a inclusão digital, conforme abordado em tópico anterior, parte-se para a análise de mecanismos de efetivação da Segurança Pública, temática também já enfrentada no presente estudo, no âmbito das Cidades Digitais.

⁹Sobre o tema, registra-se que a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei número 13.869/2019) revoga a Lei número 4898/1965, já foi publicada no Diário Oficial da União e entrará em vigor em janeiro de 2020.

O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável número dezesseis da Organização das Nações Unidas estabelece a necessidade de “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.

Foram estabelecidas as seguintes metas para a consecução do objetivo transcrito: a) reduzir significativamente todas as formas de violência e as taxas de mortalidade relacionada em todos os lugares; b) acabar com abuso, exploração, tráfico e todas as formas de violência e tortura contra crianças; c) promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos; d) até 2030, reduzir significativamente os fluxos financeiros e de armas ilegais; e) reforçar a recuperação e devolução de recursos roubados e combater todas as formas de crime organizado; f) reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas; g) desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis; h) garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis; i) ampliar e fortalecer a participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governança global; j) até 2030, fornecer identidade legal para todos, incluindo o registro de nascimento; l) assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais; m) fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime; e n) promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável.

Na construção da linha de raciocínio desenvolvido no presente artigo, destaca-se, no contexto do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável número dezesseis da Organização das Nações Unidas, a necessidade de fortalecimento das instituições, com garantia de transparência, além da manutenção da paz e o respeito a Direitos Humanos, lembrando que Segurança Pública e Direitos Humanos não são conceitos antagônicos, devendo coexistir de forma harmônica e sistemática, conforme demonstrado em anterior tópico do presente artigo.

Com o advento do já mencionado avanço tecnológico, especialmente no que pertine a difusão e ao uso da internet, circunstâncias que constituem requisitos imprescindíveis para a caracterização de um município como Cidade Digital, percebe-se o aumento dos os tipos penais praticados através da internet.

Assim, os órgãos constitucionalmente responsáveis pela Segurança Pública, além de se dedicar a prevenção e a repressão dos tipos penais já existentes e de suas práticas convencionais, passam a ter a necessidade de estar preparados para o enfrentamento não só de novos crimes como também da prática de tipos que já existiam e que passaram a ganhar, através da internet, um novo *modus operandi*.

Exemplificativamente, podem ser mencionados os crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria), previstos no Código Penal Pátrio nos artigos 138, 139 e 140 desde sua redação originária do ano de 1940.

Tradicionalmente, referidos crimes eram praticados em situações nas quais o ofendido e o ofensor se encontram frente a frente, ou através de escritos em papéis.

Com o advento e difusão da internet, não raramente os crimes mencionados, com a mesma tipificação de conduta humana, passaram a ser praticados através do uso da internet, seja com o envio de e-mails contendo conteúdo ofensivo a honra alheia, e, mais recentemente, através das redes sociais, contribuindo para que se crie um ambiente virtual cada vez mais hostil entre as pessoas usuárias dos avanços tecnológicos.

Um outro exemplo bastante elucidativo diz respeito à prática de crimes de natureza sexual. Uma visão tradicionalista da matéria remonta à necessidade de contato físico entre autor do fato e vítima para a consumação de crimes dessa natureza.

Entretanto, a experiência prática vem demonstrando que a internet constitui um meio propício para a prática de crimes dessa natureza, podendo-se citar como exemplos os tipos penais previstos nos artigos 241-A¹⁰ e 241-B¹¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei número 8069/1990), ameaça, extorsão, estelionato, crimes contra o sistema financeiro, dentre outros.

A Lei número 12737/2012, que ficou conhecida como Lei “Carolina Dieckmann”¹², acrescentou, ao Código Penal, o artigo 154-A¹³, sendo relevante exemplo acerca de tipo penal praticado através da internet.

¹⁰Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente

¹¹Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente

¹² Tal apelido se deu em razão da repercussão do caso no qual a atriz mencionada teve seu computador invadido e seus arquivos pessoais subtraídos, inclusive com a publicação de fotos íntimas que rapidamente se espalharam pela internet através das redes sociais.

¹³Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Saliente-se que não se está a desconsiderar, no âmbito das Cidades Digitais, outras práticas criminosas que demandam o contato físico entre o autor do fato e a vítima, sendo feita, neste estudo, uma abordagem mais específica sobre tipos penais praticados pela internet.

A legislação já existente possui alguns mecanismos de persecução penal para crimes praticados através da internet. Como exemplo, pode ser mencionada a Lei das Interceptações Telefônicas (Lei 9296/96) que prevê, expressamente, no parágrafo único do artigo primeiro, que “O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

Recentemente, mais especificamente em 24 de dezembro de 2019, foi publicada a Lei número 13964 que altera diversos outros comandos normativos, trazendo alteração também na Lei 9296/96, incluindo a possibilidade de captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, sendo que referida inovação legislativa somente entrará em vigor trinta dias após a publicação.

Para que seja possível se efetivarem políticas públicas voltadas para a defesa da Segurança Pública no âmbito das Cidades Digitais, sempre se respeitando os Direitos Humanos, faz-se necessária uma reformulação da própria legislação penal e processual penal, viabilizando a necessidade de tipificar condutas voltadas a práticas delituosas através da internet, além da implementação de métodos eficazes de persecução e da colheita probatória para os agentes de Segurança Pública indicados no artigo 144 da Constituição Federal, do Ministério Público enquanto titular da ação penal pública e do Poder Judiciário para a prolatação de decisões compatíveis com a realidade atual que tende a evoluir ainda mais com o passar dos anos.

Apesar de se reconhecer os esforços já realizados pelos órgãos públicos competentes, constata-se a necessidade de aprimoramento das instituições aliada a participação concreta da sociedade em prol de efetivar políticas de Segurança Pública que gerem os resultados necessários para o bem estar comum no âmbito das Cidades Digitais e de forma compatível com os Direitos Humanos.

CONCLUSÃO

O crescente avanço tecnológico constitui uma realidade inquestionável e que deve ser enfrentada pelos cidadãos e pelos estudiosos do Direito, especialmente dos Direitos Humanos.

A Organização das Nações Unidas, ao implementar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, orienta as políticas públicas nacionais e as atividades de cooperação internacional, até o ano de 2030, para obtenção de resultados efetivos na efetivação prática de Direitos Humanos.

Nesse contexto, podem-se destacar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável números nove e dezesseis, eis que tratam, respectivamente, da necessária inclusão digital e do fortalecimento das instituições.

A implantação das Cidades Digitais no Brasil, através da Portaria número 376 de 19 de agosto de 2011, do Ministério das Comunicações, revela a efetivação de uma política pública que tem como objetivo inicial a modernização da administração pública, especialmente dos municípios brasileiros, através do incremento de efetiva inclusão digital, apresentando um novo modelo de cidade que gera novos desafios, especialmente no que pertine a efetivação da Segurança Pública.

Verifica-se, ainda, que a Segurança Pública é um direito constitucionalmente previsto de todos os cidadãos brasileiros, sendo certo que sua efetivação não traz qualquer incoerência com a efetivação prática de Direitos Humanos, não devendo prevalecer a ideia que associa a defesa de Direitos Humanos à simples proteção de pessoas violadoras da Lei, especialmente da Lei Penal.

Para que os Direitos Humanos sejam efetivamente conservados, é imprescindível garantir-se a segurança pública, sendo que a impunidade corrói os Direitos Humanos da mesma forma que o abuso de autoridade, inexistindo qualquer incompatibilidade entre Direitos Humanos e Segurança Pública, pois um depende do outro para serem conveniente e legitimamente exercidos no Estado Democrático de Direito.

Efetivar a Segurança Pública no âmbito das Cidades Digitais, amoldando os métodos de persecução penal para as novas modalidades delituosas, praticadas especialmente através da utilização dos meios tecnológicos mais avançados, respeitando e efetivando os Direitos Humanos, é medida que deve ser alcançada com a parceria entre políticas públicas e participação efetiva da sociedade.

Para tanto, faz-se necessária uma reformulação da própria legislação penal e processual penal, viabilizando a necessidade de tipificar condutas voltadas a práticas delituosas através da internet, além da implementação de métodos eficazes de persecução e da colheita probatória para os agentes de Segurança Pública indicados no artigo 144 da Constituição Federal, do Ministério Público enquanto titular da ação penal pública e do Poder Judiciário para

EM TEMPO

ISSNN – 1984-7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

a prolatação de decisões compatíveis com a realidade atual que tende a evoluir ainda mais com o passar dos anos.

Garantir o direito ao desenvolvimento sustentável é um desafio que a Organização das Nações Unidas tem encarado com seriedade, inclusive com o estabelecimento de objetivos, estipulação de prazos e acompanhamento efetivo das políticas públicas de natureza local e internacional.

O Poder público possui papel relevante para a efetivação dos objetivos e das metas de desenvolvimento humano sustentável, notadamente, no caso do estudo das novas tecnologias e no fortalecimento das instituições, cabendo, ainda, à sociedade exercer seu papel de contribuir com a consecução de referidos objetivos, firmando uma verdadeira parceria em prol do bem-estar da coletividade.

REFERÊNCIAS

ANASTÁCIO, Kimberly. **Difusão de Políticas Públicas e Tecnologia: Expansão das Cidades Digitais no Brasil**. Artigo apresentado no 9º Congresso Latino-americano de Ciência Política com apoio do CNPq. Montevideú, 2017.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del/3689.htm> Acesso em: 23 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 23 dez. 2019.

BRASIL. **Lei 8069**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 25 dez. 2019.

BRASIL. **Lei 13964**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/113964.htm Acesso em: 25 dez. 2019.

FLORES, Joaquin Herrera. **A reinvenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: IDHID, 2009. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia.

GOVERNO FEDERAL. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: avanços e desafios**. Disponível em: [https://www.mdh.gov.br/biblioteca/file/Cartilha DUDH e ODS](https://www.mdh.gov.br/biblioteca/file/Cartilha_DUDH_e_ODS). Acesso em 24 dez. 2019.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEMOS, André. **Cidade Digital: Portais, Inclusão e Redes no Brasil**. Salvador: EDUFBA, 2007.

EM TEMPO

ISSNN – 1984-7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

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

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Exclusão Digital: A Miséria na Era da Informação.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

AS NOVAS TECNOLOGIAS E A INSTABILIDADE DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS NO MUNDO GLOBALIZADO

NEW TECHNOLOGIES AND THE INSTABILITY OF LABOR RELATIONS IN THE GLOBALIZED WORLD

José Alberto Antunes de Miranda¹

Fernanda Colomby Ortiz²

RESUMO

A revolução tecnológica em curso, centrada nas tecnologias da informação, de base microeletrônica, vem remodelando a base material da sociedade e condicionando alterações importantes nas relações trabalhistas. O avanço tecnológico contribui para o aumento da precarização através da intermediação de mão de obra barata, por aplicativos de celular. O objetivo desse trabalho é analisar as novas tecnologias e seus impactos na instabilidade das relações trabalhistas. Como metodologia de pesquisa, foi adotada a abordagem qualitativa do tipo exploratória a partir da descrição das características de um determinado fenômeno a partir de revisão bibliográfica e documental. Conclui-se que o avanço das novas tecnologias e a instabilidade das relações trabalhistas dificilmente será mitigada, uma vez que representa o avanço econômico e tecnológico, colocando a sociedade na posição desconfortável de estar constantemente usufruindo das benesses advindas de uma posição privilegiada ante a precarização das relações de trabalho. É necessário reconstruir as bases que fomentam o surgimento dessas relações, mas mais do que isso, pensar em soluções para esses trabalhadores já que existe uma perspectiva de que em breve, todos estaremos sujeitos ocupar essas posições.

PALAVRAS-CHAVE

Novas Tecnologias. Relações Trabalhistas. Globalização. Direito.

ABSTRACT

The ongoing technological revolution, centered on information technologies, based on microelectronics, has been remodeling the material base of society and conditioning

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1996), Especialização em Integração e Mercosul pela UFRGS (1999), Mestrado em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004) e Doutorado em Estudos Estratégicos Internacionais pela UFRGS (2012). Atualmente é Assessor de Assuntos Interinstitucionais e Internacionais e professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito e Sociedade além de integrar o corpo docente do Curso de Relações Internacionais da Universidade La Salle.

² Mestrado em Direito, com área de concentração em Direito e Sociedade - Positivação da Norma Jurídica, na Universidade La Salle, tendo iniciado o curso em 2018/1. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2010/2). Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera (2014/1). Tem experiência na área jurídica, com ênfase em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, tendo atuado como estagiária do Ministério Público do Trabalho pelo período de 2 (dois) anos (2008 a 2010), Sócia Proprietária do Escritório Dorneles, Ortiz e Piantá, atualmente exerce também a função de Analista - Advogada, na Universidade do Estado do Rio Grande do Sul - UERGS (desde setembro de 2013).

important changes in labor relations. Technological advances contribute to the increase in insecurity through the intermediation of cheap labor, through cell phone applications. The objective of this work is to analyze new technologies and their impacts on the instability of labor relations. As a research methodology, the exploratory qualitative approach was adopted based on the description of the characteristics of a given phenomenon from a bibliographic and documentary review. It is concluded that the advancement of new technologies and the instability of labor relations will hardly be mitigated, since it represents economic and technological progress, placing society in the uncomfortable position of constantly enjoying the benefits of a privileged position in view of the precariousness of work relationships. It is necessary to reconstruct the bases that foster the emergence of these relationships, but more than that, to think about solutions for these workers now, that we will all be subject to be occupying these positions.

KEYWORDS

New technologies. Labor Relations. Globalization. Law.

INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica em curso, centrada nas tecnologias da informação, de base microeletrônica, vem remodelando a base material da sociedade e condicionando alterações importantes nas relações entre a economia, o Estado e a sociedade.

O avanço tecnológico contribui para o aumento da precarização através da intermediação de mão de obra barata, por aplicativos de celular. O objetivo desse trabalho é analisar as novas tecnologias e seus impactos na instabilidade das relações trabalhistas.

O Trabalho intermitente, conhecido no exterior como “contrato zero hora” e tido como símbolo de modernidade, nada mais é do que a formalização do que há de mais arcaico nas relações de trabalho no Brasil, a contratação por demanda, remuneração com base exclusiva na demanda da empresa, que pode ser em função de horas, semanas ou meses trabalhados, sem a garantia portanto de um salário ao final do mês. A inexistência de horário fixo e a subordinação integral do trabalhador à empresa demonstram a apropriação integral feita pela empresa do tempo do trabalhador e de sua família. (MAGALHÃES, 2017)

Na primeira parte desse artigo, procuramos explicar o impacto e os reflexos das novas tecnologias nas relações de trabalho do mundo moderno, como o avanço dessas tecnologias vem contribuindo para tornar essas relações – antes calcadas na confiança e segurança do trabalhador – em um terreno pantanoso no qual o trabalhador se encontra em situação cada vez mais precária e instável, já na segunda parte, foi feita uma análise sobre em que condições sociais ocorre o avanço do trabalho a partir dos aplicativos, bem como do discurso utilizado pelas plataformas para angariar trabalhadores, no capítulo final é analisada

a situação da empresa UBER e as decisões judiciais que impactam diretamente no trabalho por aplicativos, procurando identificar para onde aponta a sociedade em relação a esse tipo de trabalho.

1 NOVAS TECNOLOGIAS E A INSTABILIDADE DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Atualmente o trabalho intermitente já responde por 12% das novas vagas geradas formalmente, a modalidade, que está vigente no Brasil, desde dezembro de 2017, prevê que a empresa pode realizar o registro do empregado, sem estabelecer jornada ou remuneração fixa, assim, o trabalhador poderá ser convocado conforme as demandas da empresa.

Conforme dados da PNAD contínua, entre janeiro e junho de 2018 o Brasil criou 408,5 mil vagas de trabalho com carteira assinada, desse total, 50.345 ou 12,32% dessas vagas, são postos de trabalho com contrato intermitente ou parcial, a título comparativo, no ano anterior, no mesmo período, a participação dos vínculos mais flexíveis no cenário, equivalia a 9,46%.

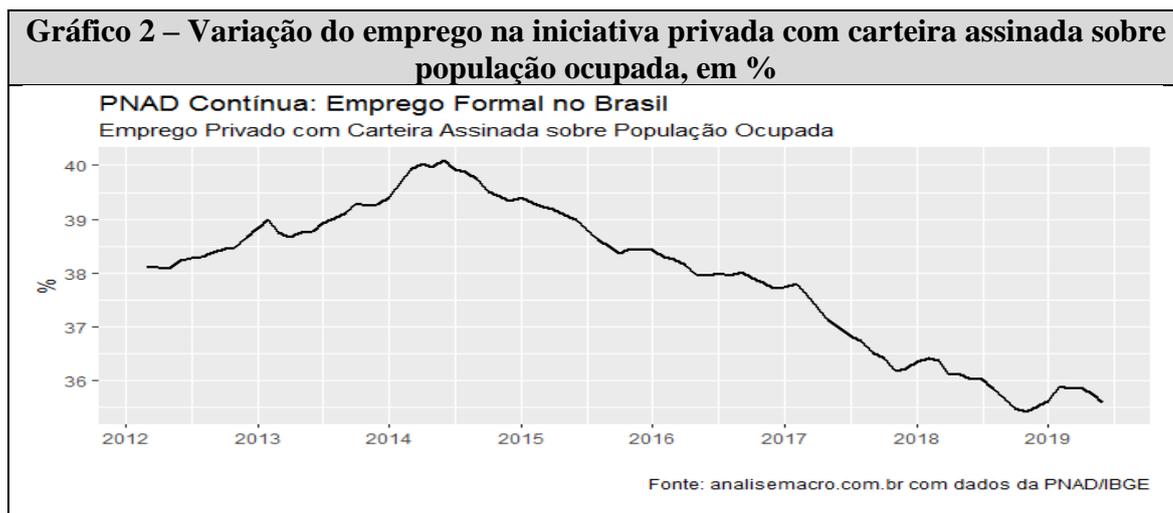


Com base no gráfico, é possível inferir que desde 2018, a modalidade de trabalho de contratação intermitente vem se consolidando como uma realidade no cenário brasileiro e apresenta crescimento com índices relevantes e preocupantes, até mesmo porque, não apresenta a possibilidade de criação de novos postos de trabalho.

O que ocorre, conforme explica a juíza trabalhista Valdete Souto Severo “é a migração de postos de trabalho, fazendo com que vagas de emprego a tempo pleno, se

transformem em vagas de trabalho intermitente, devido a redução dos custos para o empregador.”

O efeito referido pela juíza, pode ser observado comparando os dados do crescimento do trabalho intermitente (gráfico anterior) com os dados referentes ao decréscimo das vagas de emprego formal (gráfico abaixo):



A partir da análise dos gráficos é possível observar o decréscimo no percentual de trabalhadores e trabalhadoras com carteira assinada, o gráfico ainda indica um período de estabilidade que vai de 2012 até 2016, após esse período houve uma redução efetiva e constante nesse percentual, essa redução coincide com um cenário de avanço da agenda neoliberal, instabilidade política e implementação da reforma trabalhista.

A reforma trabalhista institucionalizou a precarização, convertendo em legais, práticas que antes da Lei 13.467/2017 eram consideradas infrações às normas trabalhistas, paralelamente a esse avanço da agenda neoliberal, ocorreu o avanço de tecnologias que permitiram o desenvolvimento de aplicativos e sua utilização como “meio de trabalho”.

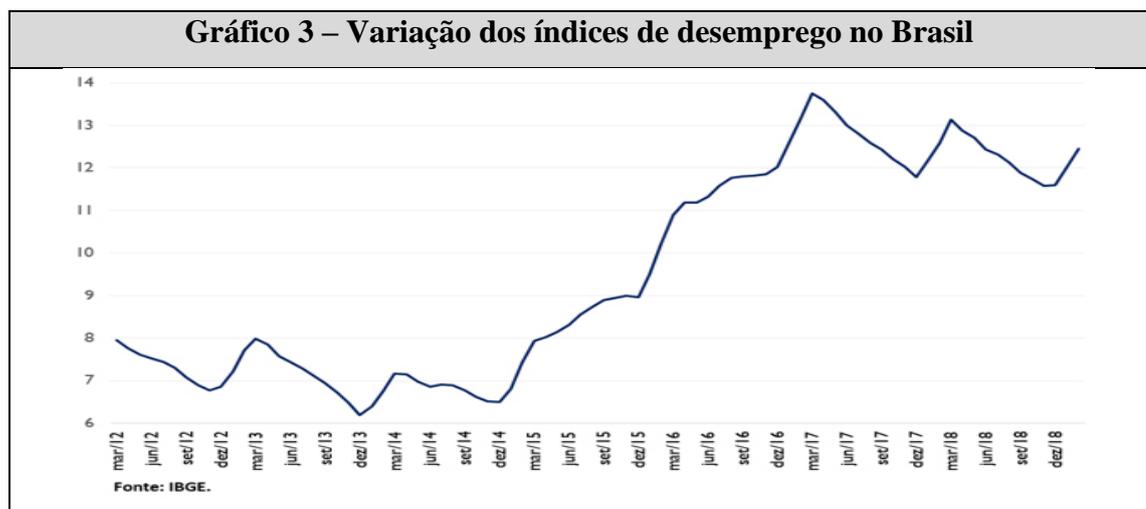
Esse cenário de precarização é bem delineado por Boaventura de Souza Santos, ao discorrer o seguinte:

Está a consolidar-se globalmente um regime de acumulação capitalista com base na financeirização do capital, na concentração de riqueza, na exploração intensiva dos recursos naturais, na redução ou na eliminação dos direitos sociais, qualquer que seja o grau de inclusão social que permitem. Esse regime de acumulação torna mais evidente do que nunca que a acumulação violenta e ilegal é parte constitutiva de seu dinamismo. [...] Esse regime de acumulação está em rota de colisão com a democracia, mesmo com a democracia de baixa intensidade que é característica das

sociedades capitalistas e patriarcais. Daí o fortalecimento de pulsões fascistas. (SANTOS, 2017, p. 148)

Para Ruy Braga (2017), há um “apartheid social” se desenvolvendo com base em intensos ataques aos direitos econômicos e sociais dos trabalhadores, sendo impulsionado pela acumulação do capital por espoliação a esses direitos da classe trabalhadora.

O tipo de relação estabelecida entre trabalhadores e trabalhadoras e as empresas de aplicativos (advento da tecnologia), transfere os custos do negócio ao próprio trabalhador, que se torna o responsável pela ferramenta de trabalho, bem como pelos eventuais custos de manutenção e produção desta ferramenta, as empresas sustentam sua política explorando condições extremas, tais como altos índices de desemprego – no Brasil em 2019 esses índices alcançaram a média de 12% da população, segundo dados do IBGE – bem como o discurso da flexibilidade e autonomia – que fazem com que o trabalhador acredite de fato, que detém o controle sobre o meio de produção, quando, na verdade gera lucro para uma empresa multinacional. (FRANCO, 2017)



A manutenção de altos índices de desemprego, conforme demonstrado pelo gráfico acima, é o cenário ideal para perpetuação de práticas de precarização, conforme Robert Castel (1998) esse processo é impulsionado pelas novas tecnologias e pelas práticas adotadas pelo capitalismo na modernidade.

A terceira revolução tecnológica, que adotou técnicas do *toyotismo* teve reflexos no sistema produtivo, na organização do trabalho e contribuiu significativamente, para o aumento da mão de obra disponível, posteriormente é esse aumento de mão de obra ociosa, que vai originar os trabalhadores e trabalhadoras disponíveis para as plataformas de

aplicativos, é a partir desse contexto que surge um novo tipo de trabalhador e trabalhadora, o “precário”. (ALVES, 2009)

No próximo tópico será abordada a forma como o avanço tecnológico contribui para o aumento da precarização através da intermediação de mão de obra barata, por aplicativos de celular.

2 COMO A PRECARIZAÇÃO AVANÇA ATRAVÉS DO TRABALHO POR APLICATIVOS

Para a teoria do valor-trabalho a atividade econômica é coletiva, o valor econômico de uma mercadoria equivale ao tempo dispendido para a sua produção, assim o preço de uma determinada mercadoria deverá reproduzir a quantidade de tempo de trabalho nela empenhado.

A substituição do tempo de trabalho pela ciência e tecnologia seguindo a lógica das forças produtivas do capitalismo, cria um obstáculo ao desenvolvimento do cenário que para Marx, seria o ideal, no qual a sociedade e cada indivíduo seria beneficiado pelo tempo livre disponível, uma vez que a apropriação desse tempo pelo capitalismo é sempre privada, revelando a partir do desenvolvimento tecnológico a tendência de que cada vez menos tempo de trabalho seja necessário para a produção dos bens de consumo, enquanto que o valor do trabalho continua sendo determinante para a composição dos preços dos produtos.

Na grande indústria a criação da riqueza torna-se menos dependente do tempo de trabalho e do quanto de trabalho empregado, que do poder dos agentes postos em movimento durante o tempo de trabalho, poder que a sua vez – seu powerful effectiveness – não guarda relação alguma com o tempo de trabalho imediato que custa sua produção, depende muito mais do estado geral da ciência e do progresso da tecnologia, ou da aplicação desta ciência à produção (MARX, 2002).

Márcio Pochmann (2012) ao tratar da nova divisão internacional do trabalho, aborda a questão da concentração da pobreza, do desemprego e do reforço nos postos de trabalho mais simples e com piores remunerações nos países mais pobres:

A integração das economias se transformou no caminho mais simples de potencialização do império norte americano e das finanças internacionais no comando do processo de acumulação mundial do capital, que rebaixa o poder de uso e remuneração da força de trabalho (POCHMANN, 2012)

A divisão da renda e dos postos de trabalho no mundo pode ser explicada pela natureza do funcionamento das relações internacionais, uma vez que essas são articuladas por laços de dependência e de dominação, o que, para algumas nações, representa a imposição de seus interesses sobre outras. Dessa forma, a subordinação das nações decorre do poder tecnológico, financeiro, político e militar exercido de forma concentrada. (POCHMANN, 2012)

Conforme Marx (1982) o surgimento da industrialização teria possibilitado a divisão clara do trabalho no mundo, definindo-o como produção agrícola ou produção industrial, o que designou a cada parte do globo terrestre o seu papel nessa divisão, adotando-se as denominações de centro, semiperiferia e periferia para designar a colocação dos países de acordo com sua posição no processo de industrialização.

A conformação de espaços regionais de divisão do trabalho, por intermédio de blocos comerciais e corporações transnacionais acaba por privilegiar determinadas dinâmicas quanto ao uso e remuneração da mão de obra a partir da adoção dessas dinâmicas, os países periféricos, no intuito de atrair investimentos de corporações transnacionais, aceitam os programas de agências multilaterais, tais como FMI e BIRD, acabando por gerar um rebaixamento ainda maior do custo do trabalho.

Quando se utiliza recursos públicos para qualificar mão de obra, ou se criam condições de flexibilização para contratos de trabalho e a desregulamentação do mercado de trabalho. (POCHMANN, 2012)

As empresas de aplicativos de serviços aproveitam-se da desregulamentação do trabalho, para atuar e avançar em suas práticas, o avanço ocorre a partir do momento em que a primeira empresa ingressa em um mercado, realizando o teste de resistência da sociedade, medindo o grau de aceitação e abrindo caminho para que outras empresas implantem o mesmo modelo de negócios, o discurso é sempre de que o trabalho flexível seria melhor do que o trabalho convencional.

Dessa forma é possível constatar, que o discurso do neoliberalismo “se vende” à sociedade, apresentando-se como oportunidade e solução para os problemas, conforme Carlos e Vargas (2018):

O glossário neoliberal também apresenta as características mais desejadas pelos contratantes, que incluem “Pensar fora da caixa” (ter ideias diferentes das convencionais e propor soluções para problemas operacionais) e performatizar resultados (ter bom desempenho esperado no trabalho). Além disso, o trabalhador deve apresentar-se como um profissional proativo (tomar iniciativas sem esperar ordens) ao invés de só enxergar coisas que o

deixem insatisfeito na empresa. O esforço e a “entrega pessoal” do trabalhador não devem ser distinguidos por cor nem gênero. O compromisso com o serviço deve estar em primeiro plano, independentemente, da condição de ter ou não filhos, da nacionalidade, do grau de instrução, etnia, estado civil, idade ou orientação sexual do trabalhador. Na prática, esses jargões acabam colaborando para a romantização das experiências de privação e sofrimento dos trabalhadores, diante das suas carências ou limitações pessoais. (CARLOS & VARGAS, 2018 p. 73 a 93)

O intermédio de aplicativos se tornou uma diligente potência na criação de empregos precários no mundo, atualmente os aplicativos seriam os maiores empregadores mundiais – caso fosse possível uni-los em uma única empresa – enquanto há um agravamento na crise econômica, vagas formais são dizimadas, mas o grupo composto por Uber, iFood e Rappi, realiza forte intermediação de trabalhos precários e mal remunerados³.

Inserido nas práticas que as empresas de aplicativos adotam para convencer o trabalhador, estão discursos como os exemplificados abaixo.

Figura 1 - Anúncio do aplicativo home office



Figura 2 - Anúncio da UBER para recrutamento de motoristas "parceiros"

³ Conforme dados da PNAD Contínua, em 2018 o contingente de trabalhadores cadastrados nessas plataformas equivalia a 17% do total de trabalhadores, cerca de 4 milhões de pessoas, tornando Rappi, iFood e Uber juntas, o maior empregador do Brasil.



Figura 3 - Anúncio da Rappi para cadastramento de entregadores parceiros



O aplicativo “home office” (figura 1) consiste em uma plataforma, a partir da qual o trabalhador pode se inscrever para oferecer a prestação de serviços, mediante o pagamento de uma taxa, o contratante acessa a plataforma e informa o valor disposto a pagar e o serviço de que necessita, o aplicativo informa aos profissionais cadastrados e, caso haja interesse, contratante e trabalhador são colocados em contato.

A lógica envolvida na prestação dos serviços por aplicativo, seja de entregas, seja de faxinas, de motoristas ou de qualquer outra espécie, é sempre a mesma, a plataforma recebe uma parte dos valores para intermediar o contato, é a plataforma que estabelece o valor a ser pago pelo contratante, mas quem deve arcar com todo o custo operacional é o trabalhador.

Conforme é possível observar, o discurso dos aplicativos para persuadir o trabalhador a aderir à proposta é no sentido de maior liberdade, melhores rendimentos, mais flexibilidade, o site da Uber conta com um banner com os dizeres “*seja o seu próprio chefe*”, no entanto, a lógica está subvertida, uma vez que os trabalhadores e trabalhadoras são

conduzidos a trabalhar cada vez mais, recebendo remunerações muito inferiores do que receberiam caso estivessem em um contrato de trabalho tradicional, porém, sem as proteções e o status social deste.

Embora esses aplicativos se apresentem como uma oportunidade, efetivamente, o modelo de negócio vale-se da situação de necessidade, para remunerar o trabalhador e a trabalhadora, em bases mínimas, e auferir o maior lucro possível, transferindo ainda, todo o peso do negócio ao trabalhador ou trabalhadora, afinal, é o trabalhador e a trabalhadora quem deve arcar com custos de internet de qualidade, combustível, manutenção de equipamentos, transporte, alimentação.

Recentemente casos de entregadores da Rappi que foram a óbito, chamaram a atenção da OIT, no Brasil, um entregador que prestava serviços para o aplicativo Rappi, morreu em situação de extremo descaso, os clientes do aplicativo ao tentarem prestar socorro, obtiveram como resposta da plataforma a orientação de que encerrassem o pedido, para que fosse possível ao aplicativo comunicar aos demais clientes que os pedidos chegariam atrasados.

Nesta semana, mais um capítulo trágico do processo de precarização e desumanização promovido por esses apps foi escrito. Thiago de Jesus Dias, 33 anos, entregador da Rappi, startup colombiana de entrega de refeições, compras de mercado e outras tantas coisas, morreu enquanto trabalhava. Teve um AVC, foi socorrido por clientes que, desesperados, buscaram a ajuda da própria Rappi, do SAMU e de um motorista da Uber. Não conseguiu de ninguém. Duas horas depois de manifestar os primeiros sintomas, amigos de Thiago chamados por sua irmã o levaram de carro a um hospital. Ele resistiu por mais dez horas antes de falecer.

O caso, ocorrido em Perdizes, capital de São Paulo, no último sábado (5), foi divulgado em um post no Facebook pela advogada Ana Luísa Pinto, cliente que recebeu Thiago em sua última entrega e que tentou ajudá-lo. A negligência das empresas e do SAMU já seria revoltante, mas a resposta imediata da Rappi foi inacreditável. Segundo Ana Luísa, “entramos em contato com a Rappi que, sem qualquer sensibilidade, nos pediu para que déssemos baixa no pedido para que eles conseguissem avisar os próximos clientes que não receberiam seus produtos no horário previsto”. (ENTREGADOR..., 2019, não paginado)

Embora seja impactante, o caso relatado não é exclusividade do cenário de precarização no Brasil, nesse caso, o país apenas ilustra o que ocorre no cenário mundial em seis meses. Por exemplo, cinco entregadores do UberEATS morreram no México, em Bogotá, entregadores da Rappi protestaram em frente à sede da empresa pedindo melhores condições de trabalho. A precariedade avança e com ela carrega uma aceitação de práticas abusivas por parte da sociedade, é como se o tecido social fosse sendo permeado lentamente

por essas condutas, até chegar ao ponto de aceitá-las, não como algo normal, mas admitindo-as como um ônus da comodidade (CORTÉS, 2019; PSKOWSKI, 2019)

No cenário político, o avanço desses aplicativos é impulsionado por políticas neoliberais de subtração de direitos trabalhistas, conforme se verá mais adiante, há todo um processo precarizante que progride na sociedade global, a aceitação começa a partir da sociedade, mas é absorvida pela legislação.

Quando ingressou no Brasil em 2014, a empresa Uber atuava em uma espécie de semiclandestinidade, uma vez que sua natureza se tratava de uma inovação jurídica, entre proibições e permissões, a empresa se implantou na estrutura social, ganhando apoio da população das cidades em que ingressava, considerando que se apresenta como uma oportunidade de trabalho aos motoristas e uma oportunidade de economia aos consumidores, a obtenção de adesão das massas à causa não foi uma tarefa tão complexa.

A partir da estabilização da Uber, outros serviços passaram a ser oferecidos por intermédio de aplicativos, adotando a mesma forma de atuação, assim, surgiram outras empresas de aplicativos voltadas ao transporte de passageiros e também outros serviços, atualmente é possível contratar por aplicativo diaristas, motoristas, serviços de entrega, manicure até mesmo professores e tradutores, mais recentemente o meio acadêmico se manifestou contra o lançamento de um aplicativo autodenominado “o Uber dos docentes”.

O “Prof-E” é uma plataforma digital que se apresenta como uma startup educacional com foco em suprir a carência de professores em escolas públicas e privadas, o sistema é similar ao da empresa Uber e demais aplicativos de serviços, os professores se cadastram na plataforma e uma vez que sua inscrição seja aprovada podem ser contratados para dar aulas presenciais ou em EAD em qualquer cidade do Brasil, lógica similar, seguem o “Superprof”, “Eduqui”, “Tenhoaula” e “Iprofe”.

É a uberização do trabalho intelectual, assim se identifica um ponto crucial, a precarização está cruzando uma importante linha, antes era voltada a uma parcela de trabalhadores e trabalhadoras em maior vulnerabilidade, com menor tempo de estudo e com oportunidades de acesso ao mercado de trabalho limitadas.

Entretanto, agora se constitui em um polvo gigante, cujos tentáculos avançam sobre todas as classes e qualificações profissionais, assim, partindo dessa noção que abrange as alterações nas normas atinentes ao trabalho, estabelecem-se parâmetros para um estudo de caso acerca da atuação da empresa UBER em âmbito transnacional, que será abordado a seguir.

3 O CASO DA EMPRESA UBER, IMPLANTANDO A NOÇÃO DE AUTO-EMPREENDEDORISMO

Ainda que não seja a única e nem mesmo a precursora, em um processo que se inicia a partir do conceito de gerenciamento do próprio tempo, a UBER virou sinônimo de trabalho precário.

No entanto, é possível identificar as raízes desse processo no trabalho feminino, quando surgem empresas como Avon em Nova Iorque (1886), Amway Michigan (1959), promovendo a ideia de auto-gerenciamento das trabalhadoras, apresentando-se como uma solução para uma renda extra às mulheres que até então atuavam somente no âmbito do lar, ou no trabalho reprodutivo (costura, limpeza).

Essas raízes se aprofundaram na sociedade, normalizando a prática cujo trabalho das mulheres não dependia de tempo fixo, pagamento mínimo ou mesmo contrato social, outras empresas passaram a utilizar o mesmo método, com o surgimento de Mary Kay no Texas (1963), Herbalife (1980) na Califórnia, Tupperware (1946) em Orlando, e no Brasil a empresa Natura (1969).

A metodologia de trabalho dessas empresas consiste em vendas porta a porta, a vendedora é remunerada mediante percentual, sem salário fixo, sem carga horária pré-determinada, essa breve explicação busca contextualizar as bases em que se fundaram o tipo de trabalho oferecido por empresas como a UBER e demais empresas de aplicativos, demonstrando que embora as tecnologias impulsionem o avanço dessas práticas, as raízes do seu fundamento já estavam encravadas na sociedade por décadas, mas apenas ganharam maior visibilidade em razão de o trabalho por aplicativos ser majoritariamente exercido por indivíduos do sexo masculino.

Optou-se por analisar especificamente a UBER, em razão de sua capilaridade e do seu caráter multinacional – sua representação é global – logo suas práticas representam um desafio ao mundo do trabalho, uma vez que segundo o site da empresa, em todo o mundo são mais de 5 milhões de motoristas designados como “parceiros”.

Há uma estimativa de que apenas 6% (seis por cento) do total desses “parceiros” seja constituída por mulheres⁴, somente no Brasil, no período de 2010 até 2019, em uma

⁴ Dados extraídos do site da empresa UBER.

busca realizada nos sites dos 24 Tribunais Regionais do Trabalho, utilizando-se como parâmetro a palavra Uberização, foram identificados 1.152 processos interpostos na Justiça Trabalhista de 2ª instância.

Dessas ações 188 estão em tramitação atualmente e discutem vínculo empregatício, em 07 de fevereiro de 2020 o Tribunal Superior do Trabalho publicou acórdão, onde pela primeira vez foi confrontado com a questão sobre o vínculo de emprego de motoristas de aplicativos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. Em razão de provável caracterização de ofensa ao art. 3º, da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. Destaque-se, de início, que o reexame do caso não demanda o revolvimento de fatos e provas dos autos, isso porque a transcrição do depoimento pessoal do autor no acórdão recorrido contempla elemento fático hábil ao reconhecimento da confissão quanto à autonomia na prestação de serviços. Com efeito, o reclamante admite expressamente a possibilidade de ficar “off-line”, sem delimitação de tempo, circunstância que indica a ausência completa e voluntária da prestação dos serviços em exame, que só ocorre em ambiente virtual. Tal fato traduz, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal auto-determinação é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo. Não bastasse a confissão do reclamante quanto à autonomia para o desempenho de suas atividades, é fato incontroverso nos autos que o reclamante aderiu aos serviços de intermediação digital prestados pela reclamada, utilizando-se de aplicativo que oferece interface entre motoristas previamente cadastrados e usuários dos serviços. Dentre os termos e condições relacionados aos referidos serviços, está a reserva ao motorista do equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário, conforme consignado pelo e. TRT. O referido percentual revela-se superior ao que esta Corte vem admitindo como bastante à caracterização da relação de parceria entre os envolvidos, uma vez que o rateio do valor do serviço em alto percentual a uma das partes evidencia vantagem remuneratória não condizente com o liame de emprego. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (Tribunal Superior do Trabalho TST – 5ª Turma - RECURSO DE REVISTA : RR 1000123-89.2017.5.02.0038)

O julgamento ocorreu no dia 5 de fevereiro de 2020, com a publicação do acórdão no dia 07 do mesmo mês, sinteticamente, a Quinta Turma do TST afastou a possibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego entre um motorista parceiro do aplicativo e a empresa Uber do Brasil Tecnologia Ltda. O relator do processo, ministro Breno Medeiros, entendeu que diante da possibilidade que o motorista tinha de ficar off-line, com flexibilidade na prestação de serviços e nos horários de trabalho, não havia a configuração de vínculo de emprego.

Na reclamatória trabalhista, que originou o acórdão, o motorista informava que trabalhou na UBER por quase um ano, entre julho de 2015 e junho de 2016, o objeto da demanda era o registro do período laboral e o recebimento de parcelas referentes à relação de trabalho, na justiça do trabalho de primeiro grau houve a negativa de vínculo, já no Tribunal Regional, em fase de recurso, houve a constatação da existência dos elementos caracterizadores do vínculo (pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade).

Na avaliação da 5ª Turma do TST, os elementos constantes dos autos revelam a inexistência de vínculo empregatício na relação entre as partes, o tribunal considerou ainda, que a autonomia do motorista no desempenho das atividades estaria apta a descaracterizar o elemento subordinação. (TST, 2020, on-line)

“A ampla flexibilidade do trabalhador em determinar a rotina, os horários de trabalho, os locais em que deseja atuar e a quantidade de clientes que pretende atender por dia é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação”, conforme esclareceu o ministro Breno Medeiros.

O acórdão também levou em consideração que os valores recebidos pelo motorista equivaleriam a uma porcentagem entre 75 e 80% dos valores pagos pelos consumidores do serviço, o TST vem admitindo a caracterização de uma relação de parceria mesmo com percentuais inferiores a esse, dessa forma, o rateio do valor do serviço em alto percentual a uma das partes é suficiente para demonstrar uma vantagem remuneratória não condizente com a relação empregatícia, esse acórdão representou o primeiro caso do gênero julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho. (TST, 2020, on-line)

É possível observar que há um equívoco no acórdão, ao interpretar o que representa uma “ampla flexibilidade do trabalhador em determinar a rotina e os horários de trabalho” sob dois aspectos relevantes, o primeiro é de ordem econômica, uma vez que existem demandas, de ordem fisiológica, social, familiar, o trabalhador ou trabalhadora, precisa se alimentar, vestir, morar, conviver, todas as atividades do mundo neoliberal demandam

determinado capital, sem a segurança do salário não é possível falar em auto-gestão do tempo. (TST, 2020)

Uma vez que o trabalhador se torna refém da situação que lhe é imposta, o tempo nesse caso, representa o valor de troca do trabalhador, sem exercer suas atividades, ele estará privado do capital que o insere na vida social.

Há mais um fator a ser considerado, o sistema de controle existe, embora não seja exercido da forma comumente conhecida – ponto eletrônico, supervisor, relatórios - há um controle que se desenvolve através de mecanismos tecnológicos sofisticados, através do aplicativo da UBER, por intermédio da interface do motorista, o trabalhador é permanentemente rastreado por GPS, sendo que sua geolocalização é utilizada para definir a conexão com eventuais clientes.

Quando um cliente faz a solicitação no aplicativo, a Uber envia um aviso aos motoristas disponíveis próximos ao local. O primeiro motorista a confirmar a solicitação fica responsável pelo transporte do passageiro. O transporte do passageiro é rastreado pela Uber através do aplicativo. Por meio desse rastreamento, a Uber precifica o serviço de acordo com a distância e o tempo demandados, de forma similar ao serviço prestado por um táxi.

O valor da quilometragem e do tempo é fixado pela própria empresa, variando de acordo com critérios unilateralmente estabelecidos em seu algoritmo de execução. Ademais, os preços podem ser flexibilizados segundo critérios de oferta e demanda calculados pela empresa. A empresa não fornece a metodologia utilizada para a fixação dos valores do serviço, não apontado as variáveis utilizadas e o funcionamento de seu algoritmo. Entretanto, o sistema de controle é determinado unilateralmente pela Uber. (CARVALHO, 2017)

É possível constatar que o modelo operacional da Uber, depende de dois recursos primordiais, o primeiro consiste em trabalho executado humanamente, e o segundo por uma complexa infraestrutura de processamento de dados, a estrutura da UBER possibilita que o consumidor ou consumidora, por meio de um smartphone, contrate o serviço de transporte individual.

O código estrutural de software da UBER, embora dependa de trabalho humano para a sua criação, prescinde dele para o seu funcionamento, o algoritmo atua independentemente da quantidade de usuários inseridos no sistema, a limitação não está no consumo e sim na capacidade de programação.

A limitação da UBER reside propriamente em seus recursos humanos, atualmente a empresa conta com 27 mil funcionários contratados e cerca de 5 milhões de motoristas parceiros – que exercem seu trabalho para a UBER sob a configuração de autônomos.

Realizando um aprofundamento em relação à subordinação do trabalhador e da trabalhadora à empresa, resta flagrante a exploração de mão de obra para fins econômicos, ainda que a forma de intermediação seja um algoritmo, com exceção da questão tecnológica aqui envolvida.

Os demais aspectos em nada diferem da ótica liberal de gestão de operários em fábricas, contudo, em razão da nova apresentação do mesmo formato, é necessário refletir sobre os novos fenômenos que subvertem as relações de trabalho, ocultando sob a alcunha de empreendedorismo o velho trabalho assalariado, subordinado, instável e precarizado, escondendo uma triste realidade de marginalização social, enquanto conduz a sociedade a acreditar tratar-se de um novo “empresariado”.

A máquina também servia para regular, ela própria, os ritmos e os modos de trabalho, como se o patrão estivesse dentro dela, comandando. Com isso, o poder diretivo se tornava menos visível e mais legitimado. Tornava-se tão natural quanto o zumbido dos motores ou a sirene da fábrica. (VIANA, 2005, p. 42)

É essencial que o Direito do Trabalho, por seu caráter vinculado à proteção daqueles que dependem do trabalho para ter o mínimo de dignidade, não se atenha a conceitos rígidos quando estiver diante de novas formas de organização que apenas reproduzem a estrutura exploratória, no direito laboral, o enfoque de rigidez deve se dar em relação ao princípio protetivo, sua qualidade de ter entre seus fundamentos a melhoria da condição de vida dos trabalhadores.

Como ensina Márcio Túlio Viana:

Por isso, também o Direito do Trabalho terá de ser flexível, mas não no sentido de abrir espaço ao mais forte – e sim no de persegui-lo em suas mutações. Ao mesmo tempo, terá também de ser rígido na defesa de seu princípio mais importante – o da proteção – do mesmo modo que o capital também o é quando se trata de acumular riquezas em poucas mãos. (VIANA, 2004, p. 242)

O trabalhador e a trabalhadora, na relação laboral, dependem da sua força de trabalho para assegurar a sua manutenção na sociedade, no entanto, a possibilidade de que o controle da jornada não se desenvolva sob padrões rígidos não elide a subordinação dentro da relação laboral, aliás há meios de estar subordinado que sequer dependem de ordens diretas, se o trabalhador e a trabalhadora estão insertos na dinâmica da empresa, acatando a dinâmica organizacional e funcional, há subordinação estrutural.

Na sessão de julgamento, o presidente da Quinta Turma, ministro Douglas Alencar, afirmou que não é possível tentar enquadrar essa nova realidade de emprego nos conceitos clássicos de empregado e empregador previstos nos artigos 2º e 3º da CLT.

No entanto, a seu ver, isso não significa que esses trabalhadores não devam merecer algum tipo de proteção social. “É preciso que haja uma inovação legislativa urgente”, concluiu, ao desenvolver essa dissertação, a conclusão possível é que esse trabalhador já possui leis que o amparam, ele está, ou deveria estar amparado pela Consolidação das Leis Trabalhistas, a decisão do TST vai de encontro às decisões de Cortes Superiores em outros países.

Na França a Suprema Corte, ao analisar casos relativos ao vínculo trabalhista entre motoristas e a empresa Uber entendeu pela existência de vínculo, essa decisão tende a causar impacto na “gig economy” francesa (economia de bicos), considerando que outras plataformas como de táxi e de delivery de comida, utilizam-se da mesma lógica na contratação de motoristas autônomos, o que as exime dos encargos trabalhistas formais. (ROSEMAIN & VIDALON, 2020)

Com essa decisão, a Suprema Corte da França reafirma o entendimento anterior de um tribunal de apelação, segundo o qual, *o motorista da Uber não poderia se qualificar como contratado por conta própria*, uma vez que ele não possuía os meios necessários para constituir sua própria clientela ou ainda, para estabelecer os valores a serem cobrados por seus serviços, o que o torna subordinado à empresa Uber (REUTERS, 2020)

"Ao se conectar à plataforma digital Uber, é estabelecida uma relação de subordinação entre o motorista e a empresa", afirmou o tribunal em comunicado. "Portanto, o motorista não presta serviços como autônomo, mas como funcionário". (REUTERS, 2020, não paginado)

A decisão da Suprema Corte pode criar um paradigma, abrindo espaço para que motoristas da Uber ou mesmo de outros aplicativos possam pedir uma revisão contratual junto às plataformas, que atualmente não recolhem os impostos que financiam o sistema social da França.

O entendimento da Suprema Corte da França pode parametrizar ainda, uma série de outras ações judiciais, contra a Uber e outras plataformas de aplicativos, do Brasil à Colômbia e aos próprios Estados Unidos, na Califórnia, sede da Uber, por exemplo, recentemente foi aprovada a lei que visa obstaculizar a contratação de trabalhadores e trabalhadoras para aplicativos, como prestadores de serviços ou “parceiros independentes” e não como empregados. (REUTERS, 2020)

Mais alinhados às decisões judiciais de tribunais de outros países estão as decisões de alguns Tribunais Regionais, dos quais utilizaremos o TRT da 2ª Região, apenas como título exemplificativo, na decisão que reconheceu o vínculo de emprego entre um entregador da Rappi e o aplicativo, conforme o acórdão:

Na economia 4.0, a subordinação está na estruturação do algoritmo, meio telemático (artigo 6º, CLT), que impõe ao trabalhador a forma de execução do serviço. Vale dizer que a ordem não advém de pessoa natural, tal qual no passado (gerente, supervisor, encarregado), mas da telemática, que por meio de seus complexos cálculos dirige como o serviço deve ser efetuado para o resultado mais eficiente, bem como precifica tal serviço. (TRT, 2ª Região, Recurso Ordinário nº 1000963-33.2019.5.02.0005)

Nessa mesma linha, em 2018, foi julgado processo cuja relatora foi a magistrada Beatriz de Lima Pereira, no qual houve a seguinte manifestação:

Se se tratasse de mera ferramenta eletrônica, por certo as demandadas não sugeririam o preço do serviço de transporte a ser prestado e sobre o valor sugerido estabeleceriam o percentual a si destinado. Também não condicionariam a permanência do motorista às avaliações feitas pelos usuários do serviço de transporte. Simplesmente colocariam a plataforma tecnológica à disposição dos interessados, sem qualquer interferência no resultado do transporte fornecido, e pelo serviço tecnológico oferecido estabeleceriam um preço/valor fixo a ser pago pelo motorista pelo tempo de utilização, por exemplo. (TRT, 2ª Região, Recurso Ordinário nº 1000123-89.2017.5.02.0038)

Assim, podemos visualizar que pelo teor das decisões, parece haver uma compreensão maior da representatividade da nova economia no cenário social, embora ainda não exista um consenso, do teor dos acórdãos completos, é possível identificar que houve uma vasta pesquisa por parte do Relator e da Relatora, no intuito de compreender as atuações das plataformas de aplicativos, bem como os efeitos dessa forma de contratação na vida dos trabalhadores e trabalhadoras.

CONCLUSÃO

O avanço de políticas neoliberais através de novas tecnologias nos permite identificar que ainda há profissões mais suscetíveis à precarização das relações trabalhistas e que por sua própria natureza, não sentem a força da ruptura com o contrato trabalhista, já

eram profissões desde sempre precarizadas, com suportes legislativos inexistentes ou muito fracos.

As resistências da sociedade estão sendo testadas mais uma vez e estão cada vez mais flexíveis, quando muitos trabalhadores entram para a precariedade e a sociedade não esboça uma reação. Constatamos que diferente daquilo que é afirmado pelos governantes ao apoiar projetos de reformas das leis trabalhistas, a precarização das relações de trabalho tem pouco impacto sobre a criação de novos postos, o que ocorre é a facilidade de substituição de um trabalhador por outro, aumentando assim a insegurança e piorando a qualidade de vida do trabalhador, sem, no entanto, criar condições reais de geração de emprego.

A falta de coesão e de senso de classe por parte dos trabalhadores e trabalhadoras que atuam por intermédio de aplicativos, reforça a individualidade e dificulta a ação coletiva desses trabalhadores e trabalhadoras. A ausência de proteções e garantias legislativas aos trabalhadores e trabalhadoras, precarizados por aplicativos inviabilizam a representação de demandas específicas

A noção de que o avanço desses aplicativos não pode ser parado, uma vez que representa o avanço econômico e tecnológico, nos coloca na posição desconfortável de estarmos constantemente usufruindo de benesses advindas de uma posição privilegiada ante a precarização das relações de trabalho. É necessário reconstruir as bases que fomentam o surgimento dessas relações, mas mais do que isso, pensar em soluções para esses trabalhadores, até mesmo porque em breve, todos estaremos sujeitos a estarmos ocupando essas posições.

Dessa forma, interessa-nos fortalecer uma verdadeira autonomia de libertação aos trabalhadores e trabalhadoras, não somente pela realidade que nos toca, mas pela consciência de um compromisso social, que atue promovendo uma melhora nas relações trabalhistas que se encontram fragilizadas pelo avanço do neoliberalismo econômico.

REFERÊNCIAS

13.467, B. L. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, 13 de julho de 2017.

ACÓRDÃO, Brasília. (s.d.). Disponível em:

<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1000123&digitoTst=89&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0038&submit=Consultar>. Acesso em: 7 de março de 2020.

ALVES, G. Trabalho e reestruturação produtiva no Brasil neoliberal – Precarização do Trabalho e Redundância Salarial. *Katálysis [online]*, Florianópolis, v.12, n.2, p.188-197, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-49802009000200008>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

BRAGA, R. *A Rebelião do Precariado - Trabalho e neoliberalismo no Sul global*. São Paulo: Boitempo, 2017.

BRASIL. Lei. 13.467, d. 1. *Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991*. 13 jul. 2017.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113467.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.467%2C%20DE%2013%20DE%20JULHO%20DE%202017.&text=Altera%20a%20Consolida%C3%A7%C3%A3o%20das%20Leis,%20novas%20rela%C3%A7%C3%B5es%20de%20trabalho)

[2018/2017/lei/113467.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.467%2C%20DE%2013%20DE%20JULHO%20DE%202017.&text=Altera%20a%20Consolida%C3%A7%C3%A3o%20das%20Leis,%20novas%20rela%C3%A7%C3%B5es%20de%20trabalho](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113467.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.467%2C%20DE%2013%20DE%20JULHO%20DE%202017.&text=Altera%20a%20Consolida%C3%A7%C3%A3o%20das%20Leis,%20novas%20rela%C3%A7%C3%B5es%20de%20trabalho).

Acesso em: 10 julho de 2020.

CARLOS, P. P., & VARGAS, T. M. Direitos Humanos e o Papel dos Movimentos Feministas no Discurso Neoliberal. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 73-93, dezembro 2018. Disponível em:

<https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0022/2018.v4i2.5220>

CARVALHO, B. J. Trabalhadores sob demanda: O caso Uber. *Revista TST*, Brasília, vol. 83, no 1, jan/mar 2017, p. 330-362. Disponível em

https://www.academia.edu/31432852/Trabalhadores_sob_demanda_O_caso_Uber. Acesso em: 10 de julho de 2020.

CASTEL, R. *As metamorfoses da questão social: Uma crônica do salário*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

CORTÉS, V. Deliverers protest in front of rappis headquarters. *In: CONTXTO*. [S.l.], 5 jul. 2019. Disponível em: https://www.contxto.com/en/colombia/deliverers-protest-in-front-of-rappis-headquarters/?utm_source=manualdousuario&utm_medium=email. Acesso em: 10 de julho de 2020.

ENTREGADOR da Rappi tem AVC durante entrega e morre após aguardar 2h por socorro. *In: ÉPOCA Negócios*. [S.l.], 12 de jul. 2019. Disponível em:

<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/07/epoca-negocios-entregador-da-rappi-tem-avc-durante-entrega-e-morre-apos-aguardar-2h-por-socorro.html>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2020.

FRANCO, D. S. As novas ideologias do trabalho capitalista e o discurso da empresa Uber. *Anais do Encontro de Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho*. Curitiba: maio, 2017.

EM TEMPO

ISSN – 1984-7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

MAGALHÃES, L. F. A reforma trabalhista e a força de trabalho imigrante no Brasil. *In*: BRASIL de Fato. São Paulo, 07 ago. 2017. Disponível em: <https://www.brasildefatopr.com.br/2017/08/07/analise-or-a-reforma-trabalhista-e-a-forca-de-trabalho-imigrante-no-brasil>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

MARX, K. *O Capital*. São Paulo: Nova Cultural, 1998.

MARX, K. *Miséria da Filosofia*. São Paulo: Boitempo, 2017.

MEDEIROS, B. Acórdão TST. Brasília, 2020. Disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consulta&conscsjt=&numeroTst=1000123&digitoTst=89&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0038&submit=Consultar>. Acesso em: 07 de março de 2020.

PEREIRA, B. D. São Paulo: TRT 2ª Região, 2018. Disponível em <https://pje.trtsp.jus.br/segundograu/VisualizaDocumento/Autent>. Acesso em: 05 de março de 2020

POCHMANN, M. *O emprego na globalização: A nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo: Boitempo, 2012.

PSKOWSKI, Martha. Deaths and injuries don't slow Uber eats' rapid expansion in Mexico. *In*: THE Verge. [S.l.], 3 jul. 2019. Disponível em: <https://www.theverge.com/2019/7/3/20679004/uber-eats-mexico-delivery-courier-death-injury-insurance-expansion>. Acesso em: 18 de janeiro de 2020.

ROSEMAIN, M.; VIDALON, D. Tribunal da França reconhece status de funcionário a motorista da Uber. *In*: REUTERS. [S.l.], 4 mar. 2020. Disponível em: <https://br.reuters.com/article/internetNews/idBRKBN20R2K4-OBRIN>. Acesso em: 10 de março de 2020.

SANTOS, B. D. *A difícil democracia: reinventar as esquerdas*. São Paulo: Boitempo, 2017.

UBER. *Fatos e dados sobre a Uber*. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.

VIANA, Márcio Túlio. Poder diretivo e sindicato: entre a opressão e a resistência. *Caderno Jurídico*. Brasília, Escola Judicial do TRT da 10ª Região, ano IV, n. 6, nov./dez. 2005, p. 42.

VIANA, M. T. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 45, p. 203-242, 2004. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1295/1227>. Acesso em: 18 de janeiro de 2020.

CRIMINALIDADE DIGITAL NO BRASIL: A PROBLEMÁTICA E A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE BUDAPESTE.

DIGITAL CRIMINALITY IN BRAZIL: THE PROBLEM AND APPLICABILITY OF THE BUDAPEST CONVENTION

Rafael Khalil Coltro¹

Ricardo Libel Waldman²

RESUMO

O presente artigo aborda questões relativas à crescente criminalidade virtual no Brasil e no mundo, demonstrando que as condutas lesivas praticadas pelas redes virtuais se mostram cada vez mais perceptíveis mundos a fora. Assim, sabendo que o ambiente virtual se trata de uma rede mundialmente interligada, e do especial papel a ser desempenhado pelos estados em face dos novos desafios inerentes à essa nova época digital, muitos estados perceberam, de maneira precisa, que a única forma de exercer uma tutela jurisdicional efetiva perante nos ambientes virtuais seria através de cooperação internacional, motivo pelo qual foi redigido o Tratado de Budapeste. Atualmente, muitos países são signatários do mencionado tratado, entretanto, aparentemente por motivos de tradição diplomática, o Brasil, até o presente momento, não figura entre os signatários do mesmo. Ocorre que, nos últimos anos, notou-se uma crescente considerável de condutas altamente lesivas que vêm sendo praticadas através dos meios virtuais no país, que conta com uma legislação interna altamente desatualizada para efetivar a tutela de tais condutas nos meios digitais, resultando em uma grande gama de condutas altamente lesivas, porém atípicas. Dessa forma, pretende-se verificar se a adesão do Brasil à Convenção de Budapeste poderia auxiliar na efetivação da tutela estatal destas condutas lesivas.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade da Informação; Convenção de Budapeste; Crimes Virtuais; Cibercrime; Direito Digital.

ABSTRACT

This paper is related to the growing of the cybercrimes in Brazil and worldwide, demonstrating that the behaviors practiced with the use of virtual networks are becoming most visible in all the world. Knowing the fact that the virtual territory is a globally interconnected network who can be accessed simultaneously in various locations around the globe and can, as well, ignore the actual geopolitical borders, many countries have realized that the only way to exercise an

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU- SP (2018). Pós Graduado em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas FMU- SP

² Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1999), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2001) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2008). Coordenador do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - Laureate International Universities. Professor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Membro da Comissão Mundial de Direito Ambiental da União Internacional para Conservação da Natureza

effective judicial protection to all the users of this virtual world, would be through international cooperation policy, which is why the world's first cybercrime treaty was signed in the city of Budapest, in the year of 2001. The treaty is called Budapest Convention. By the way, at these days, many countries in the world are signed the treaty. Brazil, by the way, apparently for reasons of diplomatic tradition, is not among the signatories. In this way, it is intended to verify in what way Brazil's adherence to the Budapest Convention could assist in the effective state protection of these harmful conduct.

KEYWORDS: Information Society; Budapest Convention; Virtual Crimes; Cybercrime; Digital Rights.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende demonstrar que, diante da ineficácia atual da legislação brasileira no combate às práticas lesivas perpetradas pelos meios digitais, o ordenamento jurídico pátrio urge por inovações legislativas que sejam capazes de suprimir essa grave lacuna. Uma dessas inovações já vem sendo aplicada em diversos países, e poderia possivelmente auxiliar o Estado brasileiro a tutelar o meio ambiente digital de maneira mais eficaz. Trata-se da Convenção Internacional sobre o Cibercrime, ou simplesmente Convenção de Budapeste.

Muito embora a referida convenção venha apresentando resultados bastante favoráveis nos países onde foi implantada, o Estado brasileiro, mesmo atravessando uma crescente assustadora no número de pessoas lesadas pelos chamados de cibercrimes no país, não assinou o tratado. Além disso, a legislação interna do país evoluiu muito pouco nos últimos anos e vem se mostrando bastante incapaz de lidar com a problemática, como será demonstrado adiante do artigo. Também será demonstrado adiante que, salvo raras exceções, não se observa quaisquer mudanças significativas no ordenamento interno do país, no intuito de suprir a desatualizada legislação pátria vigente.

Fato que medidas urgentes são necessárias para que possa o Estado brasileiro exercer sua tutela jurisdicional nos ambientes digitais, sendo que a adesão ao tratado internacional de combate ao cibercrime seria uma solução rápida e que daria um grau de eficácia já comprovada em outros países, entretanto, é necessário observar as peculiaridades específicas existentes na sociedade brasileira, e ponderar se as medidas seriam realmente aplicáveis em um país cuja política criminal é seriamente controversa e ineficaz, como se verá adiante. No que se refere à metodologia de pesquisa, trata-se de um estudo bibliográfico com colheita de dados de modo qualitativo, principalmente, em um primeiro momento, estudos realizados por empresas de segurança da informação e doutrina específica voltada para a análise de ações perpetradas nos meios digitais.

1.A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E OS CRIMES DIGITAIS NO BRASIL

Nota-se que, na maioria das localidades da terra onde existam sociedades humanas, ocorre, há muitos anos, uma verdadeira revolução social, econômica e cultural, que reordenou completamente os conceitos de fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massa e informática.

Nesse sentido explica Castells (2001, p. 21), ao apontar o final do século XX como um período em que foi possível vislumbrar acontecimentos sistêmicos que, quando analisados em sua amplitude, penetrabilidade e alcance social, poderiam ser caracterizados como uma verdadeira revolução, tais quais nossos antepassados atravessaram na Revolução Industrial e no Renascimento, porém, nestes tempos, a revolução tem por objeto central um bem completamente diferente: a informação. Tal objeto passou a ser reconhecido como um bem com total centralidade nas sociedades humanas, passando a fluir com velocidade e em quantidades antes inimagináveis, assumindo valores sociais e econômicos jamais antes considerados, ou seja, extremamente expressivos.

Conforme explica Barreto Jr.(2007, p. 2), convencionou-se nomear este novo ciclo histórico de Era da Informação, cuja mais distinta peculiaridade inerente às sociedades humanas vincula-se à existência de complexas redes profissionais e tecnológicas, voltadas à produção e ao uso da informação, que passa a ser considerado um bem valioso, utilizado para gerar conhecimento e riqueza.

E essas mudanças repentinas não se limitam unicamente à evolução tecnológica e à maneira que se dão as relações comerciais e econômicas entre as pessoas, mas incidem profundamente nas relações sociais. Nesse sentido explica Castells (2001, p. 22): “As mudanças sociais são tão drásticas quanto os processos de transformação tecnológica e econômica”. Ou seja, de maneira inequívoca, é possível notar a formatação de um novo sistema de comunicação em meio digital, global, que estabelece a interação em tempo real, além das redes interativas de computadores que crescem de forma exponencial, onde surgem novas formas e canais de comunicação que moldam as relações sociais e, simultaneamente, são moldados e formatados por estas.

Ocorre que, apesar destas irresistíveis mudanças sociais e tecnológicas terem trazido, à primeira vista, inúmeras benesses à dinâmica das relações sociais, comerciais e políticas que se sucedem entre os componentes de uma determinada sociedade, por outro lado, como descrito

no relatório da FADISP sobre o aumento dos crimes virtuais, realizado no ano de 2018, é notável também o surgimento de inúmeras novas possibilidades de pessoas mal-intencionadas obterem vantagens ilícitas ou praticarem atos lesivos e até mesmo criminosos de formas que antes não eram possíveis nem mesmo de se imaginar, utilizando-se tais agentes da possivelmente mais revolucionária das inovações tecnológicas desta e de todas as eras até então: a internet.

Conforme explica Crespo (2015), no ambiente *online*, pessoas são capazes de alimentar discursos racistas, fomentar o preconceito étnico e de gênero, divulgar propagandas de ódio e violência, alimentar os extremismos políticos e ideológicos, comprar e vender substâncias ilícitas na maioria dos países ocidentais, órgãos humanos, armas de fogo, roubar dados de pessoas físicas e jurídicas, incluindo dados bancários, invadir arquivos pessoais de pessoas comuns e de autoridades, praticar (com potencial lesivo antes nunca imaginado) crimes contra a honra, dentre outras inúmeras e lesivas ações capazes de causar sérios prejuízos a outras pessoas. Wendt e Jorge (2012) conceituam estas práticas, dizendo que, tais condutas, quando praticadas contra ou por intermédio de computadores, são denominadas como crimes cibernéticos.

Além disso, demonstra-se cada vez maior a prática denominada *Fake news*, ora entendida, basicamente, como a difusão de informações falsas e distorcidas que, transitando de um lado a outro, é capaz de condicionar a opinião pública, tudo isso com muito pouca ou nenhuma capacidade do Estado de exercer sua tutela jurisdicional objetivando coibir a prática de condutas tipificadas como criminosas nestes meios digitais.

Como agravante deste problema, acresce-se o fato de que, nos meios virtuais, a criação das condições de possibilidade das ações criminosas geralmente é concebida/arquitetada por poucos indivíduos, que podem se valer (pessoalmente ou através de outros) de *modus operandi* matricialmente formatados para incontáveis situações lesivas e ilícitas. Em razão disto, como menciona Kist (2019, p. 61), a replicação de eventos delituosos virtuais – e suas vítimas - toma proporção quase que descontrolável.

Nos últimos anos, a prática destes crimes cibernéticos, também conhecidos como crimes digitais, apresentou franca ascensão em todo o mundo: segundo o mais novo relatório produzido por uma das maiores companhias de proteção à usuários de internet do mundo, a Symantec Norton Cyber Security, em 2018, mais de 978 milhões de pessoas em todo o mundo foram afetadas por *cybercrimes*, o que representa que 44% dos usuários de internet em todo o mundo já sofreram algum tipo de ataque virtual. Somente no que se refere de crimes

patrimoniais, as vítimas perderam a somatória de cerca de 172 bilhões de dólares para *cybercriminosos* ao redor do globo.

Assustadoramente, ainda segundo o relatório apresentado, o Brasil, que era em 2017 o 4º colocado da lista dos 20 países que mais sofreram com os *cybercrimes*, subiu duas colocações na lista, subindo para o atemorizante 2º lugar deste nefasto *ranking* no ano de 2018, atrás apenas da China, o que denota a importância de observar as causas e motivos desta imensa crescente que vem sendo experimentada.

Assim, evidente que se urge fomentar no Brasil, discussões acerca das melhores formas de inibir as condutas observadas e tidas por lesivas. Uma possível contribuição para a diminuição desta problemática seria uma modernização legislativa que fosse capaz de propiciar ao Estado melhores condições de exercer de maneira mais efetiva sua tutela jurisdicional nestes ambientes digitais, haja vista que, como mencionado por Bortot (2017, p. 349), o Brasil dispõe de uma legislação bastante parca no que se refere a condutas praticadas pelos meios digitais. Bortot (2017, p.350) destaca alguns raros exemplos de tipificações de condutas lesivas praticadas pelos meios digitais, dentre elas, a autora ressalta a Lei 12.735/12 e a Lei 12.737/12 – conhecidas como “Lei Azeredo” e “Lei Carolina Dieckmann”, ambas criadas sob forte clamor popular momentâneo, diante de situações pontuais que haviam causado comoção social.

No Brasil, lamentavelmente, embora os debates nesta toada aparentem começar a ganhar fôlego, as únicas discussões levadas realmente à frente até este momento são àquelas onde as condutas lesivas praticadas nos meios digitais possam eventualmente gerar reflexos em questões relacionadas à assuntos envolvendo política e políticos³, mantendo-se parcialmente inertes o legislativo e o executivo no que se refere ao grosso das condutas lesivas praticadas pelos meios digitais, ignorando o fato de que os crimes digitais vêm causando danos maciços à população brasileira, e que a legislação vigente não é adequada para que o Estado possa tutelar e combater de maneira efetiva estas cada vez mais frequentes condutas injustas.

Inacreditavelmente, a despeito de alguns órgãos estatais de grande relevância, como o Ministério Público Federal, já terem abertamente reconhecido a insuficiência da atual legislação penal brasileira no combate aos crimes digitais, e de defenderem amplamente, por exemplo, a adesão do Brasil a tratados internacionais voltados ao combate de condutas lesivas praticadas pelos meios digitais, em especial, a Convenção de Budapeste (MPF, 2019), o legislativo e o

³ Por exemplo, em outubro de 2019, foi instaurada uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para apurar a utilização de *Fake News* durante as eleições presidenciais de 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?0&codcol=2292>. Acesso em: 13 de nov. de 2019.

executivo, até o momento, não aparentam ter notado o potencial lesivo que pode ser alcançado pelos meios digitais, mantendo-se, portanto, inertes, apresentando até o momento, somente algumas medidas que vêm se mostrando completamente insuficientes para a adequação do ordenamento jurídico brasileiro aos novos tempos, permanecendo o Brasil desprovido de uma legislação moderna, que seja realmente eficaz em deter esta nefasta crescente de crimes cibernéticos que vitima a sociedade brasileira contemporânea.

Como se sabe, é papel do Estado, através do monopólio do Direito Penal, exercer a tutela dos bens jurídicos mais importantes aos seres humanos, aqueles considerados como fundamentais para a vida em sociedade (JESUS, 2014, p.46). E, de fato, resta evidente que as constantes condutas lesivas que vêm sendo perpetradas através das redes de internet extrapolam os interesses privados dos indivíduos, sendo urgente a intervenção do Estado, por meio do Direito Penal, a fim de exercer a tutela efetiva dos bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal e por outras normas legais.

Tudo indica que a atual legislação processual penal no Brasil, encontra-se totalmente defasada no que se refere à tutela das condutas praticadas pelos meios digitais, sendo imperiosa e urgente a adoção de medidas que visem atualizar o ordenamento jurídico pátrio, a fim de tornar possível a prevenção e a punição das referidas condutas. Nesse sentido, explica com bastante acuidade Fuller (2014, p. 139), dizendo que “uma reconstrução da cultura do Direito Penal clássico se faz imperiosa em face dos delitos digitais que envolvem muitas cadeias relacionais e novas condutas praticadas no espaço virtual.”

Assim, mostra-se evidente uma real ineficiência do atual *jus puniendi* estatal em face dos chamados crimes virtuais, ocasionado por vários fatores, mas o principal deles, se mostra a ligado à questão da defasagem legislativa a respeito dos chamados crimes digitais, sendo este um motivo mais que justificado para o Brasil passa a ratificar, por exemplo, o Tratado Internacional para enfrentamento dos crimes cibernéticos de Budapeste, que, como bem explicam Molitor e Velazquez (2017, p.94) detém o potencial de conduzir o Brasil a uma maior harmonização do ordenamento jurídico interno com o internacional, no que se refere ao combate à cibercriminalidade.

2. TRATADO INTERNACIONAL PARA ENFRENTAMENTO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS: A Convenção de Budapeste.

Criada em 2001, a convenção sobre o cibercrime de Budapeste é o único tratado internacional sobre crimes cibernéticos, com normas de direito penal e processual penal, é voltado a definir estratégias conjuntas entre os países membros para a tipificação e o enfrentamento de crimes praticados na internet. Atualmente, segundo a lista disponibilizada pelo *Concil of Europe* (COI), conta com mais de 60 países signatários, sendo sua maioria membros da União Europeia, além de importantes membros de outros continentes, tais como Estados Unidos, Canada, Japão, além de países sul-americanos, como Colômbia, Argentina, Paraguai e Chile.

O referido tratado, foi elaborado em decorrência da percepção, por parte dos países signatários, da necessidade de cooperação internacional como condição para que seja possível coibir práticas ilícitas perpetradas nos ambientes digitais (CIDRÃO, MUNIZ e ALVEZ, 2018, p. 66/71), isso porque, como mencionado no capítulo anterior, o fenômeno da globalização e da popularização da Internet, relativizaram as fronteiras geopolíticas existentes até então, resultando num território comum entre os países, cenário em que se mostra absolutamente possível que alguém mal intencionado que esteja sob a tutela jurisdicional do Estado da Grécia cometa crimes que afetem cidadãos no Uruguai, por exemplo.

Além disso, Castells (2007, p.205) explica que “a internacionalização das atividades criminosas faz com que o crime organizado (...) estabeleça alianças estratégicas para cooperar com as transações pertinentes a cada organização, em vez de lutar entre si”. Ou seja, a internet possibilitou que alguns dos crimes que já eram praticados no ambiente físico, passassem a ser praticados também no ambiente digital, e para piorar, de formas cada vez mais sofisticadas, podendo um único crime ser articulado por dois ou mais coautores de diferentes nacionalidades, situados em diferentes países.

Fernandes (2013, p.175) explica, de forma concisa, o principal objetivo da Convenção de Budapeste:

O objetivo primário é a repressão dos crimes cibernéticos com a utilização de normas eficientes e práticas, mediante as quais a sociedade se sinta segura para se desenvolver, sem a interferência daqueles que procuram por meios escusos conseguir lucros, mesmo que causem prejuízos monetários e danos morais a terceiros

Dessa forma, como descrito em seu preâmbulo, a Convenção sobre o Cibercrime prioriza “uma política criminal comum, com o objetivo de proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, designadamente, através da adoção de legislação adequada e da melhoria da cooperação internacional” e reconhece “a necessidade de uma cooperação entre os

Estados e a indústria privada”. Ressalta ainda, o obrigatório respeito por parte dos países signatários à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais do Conselho da Europa (1950), ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos da ONU (1966), à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989) e à Convenção da Organização Internacional do Trabalho sobre as Piores Formas do Trabalho Infantil (1999).

No que se refere a sua forma, o tratado possui quatro Capítulos (Terminologia, Medidas a Tomar a Nível Nacional, Cooperação Internacional e Disposições Finais, respectivamente) e 48 artigos, encorpados num texto didático e objetivo. Ressalte-se que, como bem observa Boiteux (2004), a convenção foi elaborada não somente para criar novos tipos penais, mas também para estipular normas de processo penal, conciliando procedimentos de direito penal internacional e estabelecendo acordos referentes à tecnologia da informação.

O instrumento inicia definindo conceitos e as terminologias adotadas no tratado. Em seu capítulo II, adentra a matéria de direito penal material, delimitando os cibercrimes, tipificando-os e separando-os em classes: infrações contra sistemas e dados informáticos; infrações relacionadas com computadores; infrações relacionadas com o conteúdo; pornografia infantil e infrações relacionadas com a violação de direitos autorais.

Nesta primeira parte, o tratado padroniza e tipifica algumas condutas notadamente lesivas, incitando os países signatários a adaptarem suas próprias legislações nacionais buscando criminalizar tais condutas⁴. Relevante ressaltar que no título 5, sugere-se⁵ aos signatários que adotem as medidas legislativas cabíveis para que seja punível não somente os cibercrimes consumados, mas também sejam puníveis os crimes tentados. Outro ponto relevante acerca da matéria é o art. 12º, onde o tratado impõe à cada parte signatária que adote medidas cabíveis para responsabilização da pessoa jurídica por infrações cometidas por seus funcionários, quando estes encontrarem-se em posições de liderança na organização, podendo essa responsabilidade ser criminal, civil ou administrativa (ou todas elas), de acordo com ordenamento vigente do país signatário, sem prejuízo da responsabilidade criminal da pessoa física que cometeu a infração.

⁴ A título exemplificativo, vide o art. 4º do referido acordo, que versa sobre a Interferência em Dados: “Artigo 4º - Interferência em dados - Cada Parte adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para estabelecer como infração penal, no seu direito interno, o acto de intencional e ilegitimamente danificar, apagar, deteriorar, alterar ou eliminar dados informáticos”.

⁵ Aqui, ressalta-se o verbo “sugerir”, uma vez que o artigo 11º, 3, é claro no sentido de que o signatário pode reservar-se o direito de não aplicar, no todo ou em parte, o disposto no n.º 2 do presente artigo.

EM TEMPO

INSS – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

A partir da seção 2, o tratado adentra nas questões relacionadas ao Direito Processual, e é aí que se encontra maior resistência por parte de alguns países, a exemplo do Brasil, para sua aderência. Isso porque, muito embora o art. 15º autorize adaptações na forma procedimental que se dará a aplicação do disposto, o tratado determina aos signatários que tais adaptações estejam de acordo com os princípios e com as convenções que o tratado menciona em seu preambulo, sobre o assunto, vale a leitura do mencionado artigo:

Art. 15º - Condições e Salvaguardas. 1. Cada Parte assegurará que o estabelecimento, a entrada em vigor e a aplicação dos poderes e procedimentos previstos na presente Secção são sujeitos às condições e salvaguardas estabelecidas pela legislação nacional, que deve assegurar uma proteção adequada dos direitos do Homem e das liberdades, designadamente estabelecidas em conformidade com as obrigações decorrentes da aplicação da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais dos Cidadãos (1950), do Pacto Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos, (1966), bem como de outros instrumentos internacionais aplicáveis relativos aos Direitos do Homem e que deve integrar o princípio da proporcionalidade.

Ou seja, é preciso que o país signatário se adeque às referidas convenções para que cumpra devidamente a Convenção de Budapeste. Por fim, em suas disposições finais, ou seja, a partir do art. 36, a convenção dispõe acerca de sua aplicabilidade, vigência, efeitos, formas de adesão e reservas.

3.A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE BUDAPESTE NO COMBATE À CRIMINALIDADE DIGITAL NO BRASIL

Como se verificou, muito embora a convenção exija de seus membros que sigam alguns princípios fundamentais e regras estabelecidas em convenções anteriores, sua aplicabilidade é bastante relativizada, buscando amoldar-se de acordo com a legislação pátria de cada país signatário, objetivando, sobretudo, apontar caminhos e não propor soluções enrijecidas e únicas para a resolução dos problemas apontados, o que, em tese, facilitaria o ingresso do Brasil na adesão à referida convenção, mas até o presente momento, o país não aderiu ao tratado.

Cediço que, conforme dispõe o art. 37º da Convenção de Budapeste⁶, o Brasil, por não ser um dos países que participaram da elaboração do tratado, demandaria receber um convite de um dos Estados membros para aderir à resolução, além de receber a aprovação unânime entre os demais Estados membros. Entretanto, isso não se mostraria difícil de acontecer, uma vez que as relações diplomáticas do país os países que atualmente compõe o grupo fundador são, neste momento, plenamente saudáveis.

Como mencionado anteriormente, o Ministério Público Federal, por reiteradas vezes já se manifestou no sentido de que a adesão seria vista com bons olhos e poderia auxiliar ao combate da criminalidade virtual no país, haja vista a falta de uma legislação moderna e específica para o combate dos cibercrimes no Brasil. Entretanto, até o presente momento, as discussões para o ingresso do país no mencionado tratado prosseguem, sendo que os apoiadores do ingresso do país no tratado continuam enfrentando grande resistência por parte do Itamaraty⁷, em grande parte, acredita-se que, por conta da tradição diplomática brasileira de não aderir a acordos sobre os quais não foi sequer convidado a discutir os termos.

Em uma análise bastante resumida, é possível notar que a tipificação de algumas condutas, na forma realizada na Convenção, resta por ser um caminho que aparenta ser bastante coerente com os danos que vem sendo causados pelos criminosos virtuais. Nesse sentido, vale discorrer acerca do bem jurídico tutelado pela referida convenção.

O bem jurídico tutelado através da elaboração de normas que tipificam condutas ilícitas praticadas pelos meios digitais, como àquelas tipificadas na Convenção de Budapeste se trata de um bem jurídico de natureza difusa, nesse sentido explica Smanio (2000, p. 108):

(...) trata-se de um bem jurídico-penal de natureza difusa. Isto porque, além de atingir um número indeterminado de pessoas, gera conflituosidade entre o interesse dos usuários da Internet, os hackers e os crackers, bem como das grandes corporações quer de fornecedores, quer de provedores de acesso.

⁶ O referido art. 37 versa sobre as formas de adesão à Convenção, dispondo o seguinte: “(...) O Comitê de Ministros do Conselho da Europa pode(...) convidar qualquer Estado não membro do Conselho e que não tenha participado na sua elaboração, a aderir à presente Convenção”

⁷ Nesse sentido: **Itamaraty ainda estuda adesão à Convenção de Budapeste**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-mai-29/itamaraty_ainda_estuda_adesao_convencao_budapeste. Acesso em: 21 de nov. de 2019 e **Processo de adesão à Convenção de Budapeste - Nota Conjunta do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Justiça e Segurança**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/21146-processo-de-adesao-a-convencao-de-budapeste-nota-conjunta-do-ministerio-das-relacoes-exteriores-e-do-ministerio-da-justica-e-seguranca-publica>. Acesso em: 21 de nov. de 2019.

Para o mencionado autor, existem bens jurídico-penais individuais, dos quais se tem disponibilidade; bens de natureza coletiva, referentes à coletividade; e bens de natureza difusa, que, da mesma forma, referem-se à sociedade e são indisponíveis, porém com uma conflituosidade inerente a vários grupos sociais, notadamente meio ambiente, o consumidor e a saúde pública. Além disso, como explica Rossini (2004, p20), há um bem jurídico absolutamente permanente: a segurança da informática, independentemente dos bens jurídicos individuais ou coletivos.

Dessa forma, muito embora seja possível notar uma tímida evolução no ordenamento jurídico brasileiro na busca por tutelar condutas praticadas pelos meios virtuais, tais mudanças ainda são bastante insuficientes, não protegendo o bem jurídico tutelado em sua amplitude, e sim, outros bens jurídicos ou frações deles.

E a Convenção de Budapeste, além de possibilitar a tipificação de uma série de condutas lesivas praticadas pelos meios digitais, propicia uma forma hábil de enfrentar a problemática, pois, uma vez que as condutas lesivas abarcadas na convenção são cometidas no chamado ciberespaço, presume-se que o cibercriminoso tenha plenas condições de perpetrar suas ações ignorando as fronteiras geopolíticas vigentes, demandando um alinhamento entre os ordenamentos jurídicos existentes (CIDRÃO, MUNIZ e ALVEZ, 2018, p. 74).

A adoção da Convenção por parte do Brasil abarcaria a proteção legal e o combate de uma série de condutas que hoje não possuem qualquer previsão legal, como, por exemplo, a disposta no art.6º, *a*, da convenção, que determina como infração penal a produção de dispositivo ou programa informático, concebido para prática de infrações nos meios virtuais; ou a tipificada no art. 7º, que dispõe sobre a prática de falsidade informática. Evidentemente, tais tipificações seriam muito bem-vindas no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que tais condutas já vem sendo observadas corriqueiramente em território nacional, e causando severos prejuízos aos usuários, porém, em face de ausência de tipificação como práticas ilícitas, acabam por resultarem em condutas impuníveis. Como nos exemplos a seguir:

A reportagem veiculada em julho de 2019, pelo jornalista Victor Fuzeira (2019), descreve uma situação onde a Polícia Civil realizou a prisão de um casal acusado de integrar um grupo criminoso, pois em tese eles teriam sido responsáveis pela criação de um *software* utilizado para fraudar contas bancárias de terceiros. Muito embora o casal tenha sido preso preventivamente e aguarde o julgamento do feito, apesar de possivelmente serem condenados como incurso no art.2º da Lei 12.850/13 (organização criminosa), eles restarão, provavelmente, absolvidos pela prática de criar o referido *software* (embora respondam por outras acusações

também), pois, apesar de nitidamente uma conduta lesiva à sociedade, tal conduta carece de tipificação legal.

Outro exemplo de conduta lesiva que vem sendo praticada em massa e causando sérios prejuízos de ordem patrimonial e de ordem pessoal e que não encontra tipificação adequada na legislação brasileira é o famoso “golpe de clonagem de *whatsapp*”, onde o cibercriminoso cadastra o número de telefone do usuário em outro dispositivo e, após esse processo, o usuário original recebe um SMS contendo um código de liberação de acesso.

Após o recebimento a vítima é induzida a fornecer esse código ao autor da prática e, em seguida, a sua conta de WhatsApp é bloqueada, momento no qual o autor começa a se passar pela vítima, geralmente pedindo dinheiro aos contatos da pessoa que teve seu *whatsapp* invadido, podendo inclusive, em certas situações, violar a privacidade da pessoa, tendo acesso à conversas, fotos, e outros documentos pessoais disponíveis no *software* de conversas⁸. Segundo levantamento divulgado pelo veículo jornalístico “Terra” (2020), tal prática tem tanta eficácia que, recentemente, em fevereiro de 2020, apurou-se que mais de 9 milhões de pessoas já caíram no referido golpe.

Entretanto, a ausência de tipicidade impede o combate efetivo à essas práticas, sendo muito comum a polícia somente instaurar investigação em casos onde seja possível aferir prejuízo financeiro de alguma das vítimas, enquadrando a conduta como delito de estelionato. Os danos à personalidade, ou as tentativas de estelionato acabam não sendo sequer investigados.

Ou seja, predomina o entendimento de que, se não houver prejuízo financeiro da pessoa que teve o número clonado, ou de seus contatos do aplicativo, não ocorrerá crime, pois o delito de estelionato exige um efetivo prejuízo para que seja configurado. Nesse sentido, os raros casos que ultrapassam a etapa pré-processual, e chegam ao poder judiciário, via de regra, implicam em absolvição, como nos precedentes abaixo:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO TENTADO. VÍTIMA NÃO ENGANADA. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO NÃO CONFIGURADO. NÃO PROVIMENTO DO APELO. 1. Quando o meio fraudulento empregado não é capaz de enganar a vítima, não há falar em prática do delito de estelionato, uma vez que os atos praticados foram meramente preparatórios. 2. Constatado que a vítima não fora ludibriada pelos réus e que tinha plena ciência do 'golpe' que estaria sofrendo, imperiosa é a

⁸ Vide um exemplo típico do *modus operandi* do chamado golpe do whatsapp: <https://tribunademinas.com.br/noticias/cidade/29-04-2019/policia-civil-alerta-para-golpe-de-clonagem-do-whatsapp.html>

absolvição, levando-se em conta que não resta configurado um dos elementos objetivos do tipo penal.

(TJ-AC - APL: 00007836320158010001 AC 0000783-63.2015.8.01.0001, Relator: Des. Pedro Ranzi, Data de Julgamento: 25/04/2017, Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/04/2017)

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 171, CAPUT, E ARTIGO 168, § 1º, INCISO III, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. ESTELIONATO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO ALHEIO - ABSOLVIÇÃO - POSSIBILIDADE. (...)Necessário para o decreto condenatório relativo ao crime de estelionato a demonstração efetiva do prejuízo decorrente da ação criminosa (...)

(TJ-DF 20150110220662 0006286-97.2015.8.07.0001, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, Data de Julgamento: 27/04/2017, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 04/05/2017 . Pág.: 399/419)

Dessa forma, essa tentativa de aplicar a conduta tipificada pelo legislador no art. 171 do Código Penal na situação presente (golpe via *whatsapp*) se mostra deveras ineficaz, pois não criminaliza a conduta que antecede o prejuízo financeiro, a qual por si só já viola gravemente a privacidade da vítima. A impunidade nestes casos, reside na ausência da tipificação específica da referida conduta. Como no exemplo anterior, a Convenção de Budapeste também poderia auxiliar no combate à essas práticas, pois tipifica, em seu art. 7º, exatamente a conduta que vem sendo praticada pelos fraudadores, cabendo somente ao ordenamento brasileiro determinar a pena a ser cominada.

De toda forma, as condutas supramencionadas são somente duas situações, entre diversas outras que vêm sendo observadas e que poderiam ser relatadas no presente artigo. Mas o que realmente importa demonstrar na presente ocasião é o fato de que resta evidente que a legislação atual no país não está apta para inibir os cibercrimes, sendo esta defasagem legislativa o provável motivo principal para justificar a crescente desta modalidade de condutas lesivas no país. Corroborando com este entendimento, está o fato trazido pelo mencionado relatório da Symantec, que menciona que os dois países que mais sofreram com os cibercrimes no último ano (Brasil e China), não são signatários da convenção de Budapeste, será uma coincidência?

A adesão do Brasil ao tratado parece ser uma excelente saída para a defasagem legislativa que paira sobre a problemática, uma vez que a alternativa seria a elaboração de um ordenamento jurídico próprio, o que parece a solução mais difícil, haja vista a extrema polarização política e de ideias se nota no país, e em especial no poder legislativo nestes tempos. A adequação da legislação ao tratado, além de ser possível, seria possivelmente uma transição

relativamente célere, uma vez que dezenas de outros países já fizeram a mesma adequação, não sendo, portanto, um caminho desconhecido a ser percorrido.

A única problemática que se observaria com a aderência ao tratado (e que demandaria um estudo maior e mais aprofundado acerca de suas consequências) relaciona-se com uma outra questão tormentosa que faz parte da realidade na política criminal brasileira: a política do encarceramento em massa.

Como se sabe, segundo o mais recente Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, a população carcerária no Brasil está em franca ascensão, tendo ultrapassado a assustadora marca de mais de 700 mil presos em 2019, sem que de fato tenha uma redução significativa nos índices de criminalidade, o que, aliado a outros fatores, demonstra uma falência do sistema penal brasileiro, além de uma séria ineficácia em prevenir novas práticas delitivas no país. De toda forma, essa questão não deveria se situar como um empecilho para a adoção do referido tratado.

Isso porque, como se nota na Convenção, em seu art. 13º, o tratado instrui a seus signatários a possibilidade de adotarem medidas que se revelem necessárias para assegurar que as condutas tipificadas como criminosas no capítulo 02, recebam as sanções de adequadas, de acordo com a realidade e a necessidade de cada país. Ou seja, significa que o Brasil poderia sim utilizar-se da Convenção para criminalizar as condutas sem agravar a caótica situação de seu sistema prisional, bastaria que fossem adotadas sanções modernas, que buscassem coibir de maneira inteligente novas práticas delitivas, o que por certo, a pena de reclusão não faz (ao menos no Brasil).

Desse modo, embora a convenção determine que as mencionadas condutas sejam passíveis de sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas, incluindo penas privativas da liberdade, na realidade fática brasileira, a privação de liberdade deve ser combativamente evitada, pois dificilmente demonstraria ser efetiva no caótico cenário brasileiro, que, além de possuir uma previsão assombrosa no que se refere ao crescimento da população carcerária, possui um dos maiores índices de reincidência do mundo, que por sinal não param de crescer.

Assim, dada a atual conjectura, qualquer política pública que incentive o ultrapassado modelo punitivista de privação de liberdade vigente no país deve ser evitada, sendo, portanto, imperiosa a observância, em caso de adesão ao tratado, do consagrado princípio do direito penal de *ultima ratio* e, nos casos onde se mostrar necessária a aplicação do Direito Penal, cumpre dispender especial atenção à necessidade de imposição de medidas penais alternativas ao encarceramento.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, é possível concluir que o momento vivenciado pela maioria das sociedades contemporâneas é extremamente delicado e de transição, decorrente, em especial, da revolução tecnológica que se vislumbra na presente Sociedade da Informação. Com a popularização da *internet*, pôde-se observar que um novo território foi criado, e neste território as relações humanas se dão de maneiras antes jamais imaginadas. E estas mudanças se deram de forma tão abrupta e repentina, que foi possível notar que os Estados, em sua maioria, demonstraram uma imensa dificuldade de exercer sua tutela jurisdicional para regular e controlar as condutas perpetradas no ambiente virtual.

E tal ineficácia por parte do Estado não passou despercebida, em especial no Brasil, por um número cada vez maior de agentes mal intencionados que utilizam-se das condições singulares que são propiciadas pela *internet* para praticar condutas altamente lesivas, muitas vezes criminosas, tais como fraudes, estelionatos virtuais, roubo de dados, invasão de dispositivos alheios, crimes contra a honra com potencial imensurável, estupros virtuais, deflagração de *fake News*, e muitas outras condutas altamente problemáticas para a ordem pública e para a sociedade como um todo.

Agravando esta situação, como a *internet* se trata de uma rede mundial de computadores, não é inabitual que estas práticas criminosas sobrepujem as fronteiras geopolíticas tradicionais, causando ainda maior confusão na efetivação de investigações e na aplicação de sanções contra os agentes, isso porque, cada país conta com uma legislação específica para o combate deste tipo de crime, e outros, como o Brasil, conta com um fraco aparato técnico investigativo e legislativo para enfrentar e controlar estas práticas tidas como lesivas.

Notando este cenário belisário, foi adotado pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, na sessão 109 de 08 de novembro de 2001, a Convenção sobre o Cibercrime, também conhecida como Convenção de Budapeste, onde uma série de países europeus elaboraram regras gerais para facilitar o combate às práticas lesivas perpetradas nos ambientes digitais, tipificando as principais condutas, e sugerindo formas de cooperação internacional no combate destas ações. Apesar de ter sido firmado por países membros do Comitê Europeu, é plenamente

possível a adesão dos demais países do mundo no tratado, contanto que exista um convite feito pelos países originalmente signatários.

Pensando justamente nesta heterogeneidade de legislações, o tratado busca definir critérios maleáveis, sem a rigidez de outros tratados internacionais, exatamente para ser possível a adesão da maior parte de países, o que acarretaria uma maior cooperação internacional na repressão às condutas tipificadas no artigo. Além disso, como explicam Bechara e Flores (2019), a conduta criminosa, quando praticada pelos meios virtuais, extrapola fronteiras, causando problemas com relação à competência territorial dos Estados-Nação. Ou seja, mais um motivo para formalizar institutos de cooperação internacional como a Convenção de Budapeste.

Eventualmente, diversos países foram aderindo ao tratado e modelando seus sistemas jurídicos para efetivar sua aplicação, outros aderiram parcialmente, complementando gradativamente suas próprias legislações pátrias conforme seus interesses e ditames nacionais.

O Brasil, entretanto, não aderiu à Convenção, e tampouco demonstrou até o momento dar a devida importância para propiciar à seus nacionais uma maior segurança para a navegação nos meios digitais, sendo possível notar algumas tímidas mudanças legislativas nos últimos anos, mas nada substancial, que detenha aptidão suficiente para substituir a efetividade da Convenção de Budapeste. Este é o principal motivo, como demonstrado no início do presente artigo, do Brasil ter subido duas posições no ranking de países que mais sofrem com cibercrimes, ostentando o segundo lugar dentre os países que mais sofreram com os crimes virtuais, segundo a empresa Norton Cyber Security.

Por este motivo, alguns órgãos de grande relevância, como o Ministério Público Federal, se manifestaram abertamente pela adesão do país ao tratado, o que certamente seria benéfico e contribuiria para propiciar melhor segurança para as empresas e pessoas físicas que diariamente utilizam-se dos meios digitais em suas mais variadas relações econômicas e sociais.

Recentemente, diante da crescente pressão dos órgãos persecutórios, o governo federal deu singelos passos no sentido de aderir ao tratado, tendo se manifestado o Ministério da Justiça, em sentido favorável adesão ao tratado, com base em relatórios da Polícia Federal e do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), o que se espera que possa indicar caminhos promissores na efetivação da tutela jurisdicional estatal em face das condutas praticadas nos meios digitais.

Cumprido salientar que, no caso de o Brasil finalmente tornar-se signatário da Convenção de Budapeste, o tratado menciona que cada país signatário deverá aplicar sanções eficazes para as condutas lesivas tipificadas na convenção. Ressalte-se que esta problemática

EM TEMPO

INSS – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

merece especial atenção no Brasil, pois é possível verificar, devido à atual situação político-social que atualmente atravessa o país, a predominância de uma prática Estatal notadamente punitivista de encarceramento em massa, o que já resulta em mais de 700.000 (setecentas mil) pessoas privadas de sua liberdade, com projeções de crescimento assustadoras.

Uma vez que tal aumento das prisões não vem demonstrando eficácia na diminuição da criminalidade, tampouco nos índices de reincidência (que permanecem como um dos maiores do mundo), é imperioso que as eventuais sanções para os crimes digitais detenham um caráter moderno e eficaz, não bastando ao Estado limitar-se a aplicar as ultrapassadas políticas de combate à criminalidade atualmente utilizadas (que se resumem, basicamente, na privação da liberdade do indivíduo) e esperar que o caráter retributivo da pena seja suficiente para apaziguar a criminalidade digital no Brasil.

Ademais, como muito bem exposto por Klymenko, Gustalyuk e Savchenko, (2020, p.27), além de uma legislação moderna para tornar possível o enfretamento da problemática, também é imperiosa a criação de unidades estruturais especializadas nos entes estatais responsáveis pela fase investigatória e de construção probatória (Polícia Judiciária e Ministério Público por exemplo), para tornar possível a aplicação prática das normas porventura tipificadas.

REFERÊNCIAS

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007

BRASIL. TJDF – Apelação n.: 20150110220662 0006286-97.2015.8.07.0001. Relator: Romão C. Oliveira. Data de Julgamento: 27/04/2017, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Data de Publicação: 04/05/2017. p. 399/419.

BRASIL. TJAC – Apelação n.: 00007836320158010001 AC 0000783-63.2015.8.01.0001. Relator: Des. Pedro Ranzì, Data de Julgamento: 25/04/2017, Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/04/2017. p. 324/411.

BECHARA, Fábio Ramazzini; FLORES, Dimitri Molina. Crimes cibernéticos: qual é o lugar do crime para fins de aplicação da pena e determinação da competência jurisdicional?. Revista Direito Mackenzie. São Paulo, v. 13, n.2, p.1-21, 2019.

EM TEMPO

INSS – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

BOITEUX, Luciana. Crimes informáticos: Reflexões sobre a política criminal inseridas no contexto internacional atual. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BORTOT, Jessica Fagundes. Crimes cibernéticos: aspectos legislativos e implicações na persecução penal com base nas legislações brasileira e internacional. **Revista VirtuaJus**. Belo Horizonte, v. 2, n.2, p. 338-362, 2017.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**. Volume I, a sociedade em rede. 5. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CASTELLS, Manuel. **Fim do Milênio**. 4. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CIDRÃO, Taís Vasconcelos; MUNIZ, Antônio Walber; ALVES, Ana Abigail Costa Vasconcelos. **A oportuna e necessária aplicação do direito internacional nos ciberespaços: da Convenção de Budapeste à legislação brasileira**. In: *Brazilian Journal of International Relation*, Marília, v. 7, ed.1, 2018, p. 66-82.

Chart of signatures and ratifications of Treaty 185. Disponível em:

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures>. Acesso em: 12 de nov. 2019.

CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 21 de nov. de 2019.

CPMI das Fake News. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?0&codcol=2292>. Acesso em: 13 de nov. de 2019.

Convenção de Budapeste. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf. Acesso em: 13 de nov. de 2019.

CRESPO, Marcelo. **Deep Web: o submundo do crime**. Canal Ciências Criminais, 2015.

Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/211380741/deep-web-o-submundo-do-crime>. Acesso em: 17 de abr. de 2020.

Estudo mostra que maioria dos que deixam prisão voltam para o crime. Disponível em:

https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/09/30/interna_gerais,904836/estudo-mostra-que-maioriados-que-deixam-prisao-voltam-para-o-crime.shtml. Acesso em: 21 de nov. de 2019.

FERNANDES, David Augusto. Crimes cibernéticos: o descompasso do estado e a realidade.

Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n.62, p.139-178, jan/jun. 2013.

EM TEMPO

INSS – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

FULLER, Greice Patrícia. **O Direito Criminal Difuso, a dignidade da pessoa humana e a mídia na Sociedade da Informação.** In: Anais do VII Congresso Brasileiro da Sociedade da Informação – Regulação da Mídia na Sociedade da Informação: São Paulo, 2014, p. 131-141.

FUZEIRA, Victor. **Casal usava programa para fraudar contas de clientes de bancos.** Disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/df-casal-usava-programa-para-fraudar-contas-de-clientes-de-bancos>. Acesso em: 15 de fev. 2020.

Itamaraty ainda estuda adesão à Convenção de Budapeste. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-mai-29/itamaraty_ainda_estuda_adesao_convencao_budapeste. Acesso em: 21 nov. de 2019.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume I: parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.**

KLYMENKO, Olga A.; GUTSALIUK, Mykhailo V.; SAVCHENKO, Andrii V. Combater o cibercrime como pré-requisito para o desenvolvimento da sociedade digital. JANUS.NET ejournal of International Relations, v.11, n. 1, mai/out. 2020. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/4542>. Acesso em: 28 jul. 2020.

KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal.** Leme: JH Mizuno, 2019

MOLITOR, Heloísa Augusta Vieira; VELAZQUEZ, Victor Hugo Tejerina. Breve panorama sobre a legislação aplicada nos crimes eletrônicos. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias.** Maranhão, v.3, n.2, p.81-96, jul./dez. 2017.

MPF defende adesão do Brasil à Convenção de Budapeste em audiência pública na Câmara. Junho de 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-defende-adesao-do-brasil-a-convencao-de-budapeste-em-audiencia-publica-na-camara>. Acesso em: 6 de jun. de 2019.

Processo de adesão à Convenção de Budapeste - Nota Conjunta do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/21146-processo-de-adesao-a-convencao-de-budapeste-nota-conjunta-do-ministerio-das-relacoes-exteriores-e-do-ministerio-da-justica-e-seguranca-publica>. Acesso em: 22 de mar. de 2020.

Relatório da Symantec Norton Cyber Security. Disponível em: <https://www.symantec.com/content/dam/symantec/docs/about/2017-ncsir-global-results-en.pdf>. Acesso em 13 de nov. de 2019.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal.** São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos direitos difusos.** São Paulo: Atlas, 2000. p. 108.

EM TEMPO

INSS – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

TERRA. **Golpe do Whatsapp faz mais quase 9 milhões de vítimas no Brasil.** 2020.

Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/dino/golpe-do-whatsapp-clonado-ja-fez-quase-9-milhoes-de-vitimas-no-brasil,4e8c58dea39ba313f825b72d38afe589ylmm1z4t.html>.

Acesso em: 23 de mar. de 2020.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes Cibernéticos ameaças e procedimentos de investigação.** Rio de Janeiro: Brasport, 2012.

GLOBALIZAÇÃO, OS REFLEXOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A DESTERRITORIALIZAÇÃO

GLOBALIZATION, THE REFLECTIONS ON BRAZILIAN ORDINANCE AND DETERRITORIALIZATION

Manoel Ilson Cordeiro Rocha¹

José Sérgio Saraiva²

RESUMO

A globalização é uma expressão genérica que contempla um conjunto de fenômenos diversos, reunidos e em comum por promoverem um mercado global. Nesse conjunto o neoliberalismo é o arcabouço ideológico para a orientação do Estado. O neoliberalismo produziu um conjunto de reformas normativas no Brasil em prol da globalização econômica e dos interesses capitalistas internacionais. Esse fenômeno é denominado desterritorialização porque atinge a capacidade do Estado de possuir um controle soberano em seu território. Aqui se pretende demonstrar a relação entre a ação neoliberal globalizante e o conjunto de reformas normativas brasileiras.

PALAVRAS-CHAVE: Estado; Globalização; Direito Público; Neoliberalismo; Soberania; Desterritorialização.

ABSTRACT

Globalization is a generic expression that contemplates a diverse set of phenomena, brought together and in common, as they promote a global market. In said set of phenomena, the ideological framework for the orientation of the State is neoliberalism. Neoliberalism produced a set of normative reforms in Brazil in favor of economic globalization and international capitalist interests. This phenomenon is called deterritorialization because it affects the State's capacity to have sovereign control over its territory. Here we intend to demonstrate the relationship between globalizing neoliberal action and the set of Brazilian normative reforms.

KEYWORDS: State; Globalization; Public right; Neoliberalism; Sovereignty; Deterritorialization.

¹ Doutor em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa (2015), reconhecido pela UFF, mestrado em Direito pela Unesp (2000), graduação em Direito pela UNESP (1996), licenciatura em filosofia pela UFSJ (2021), é professor da Faculdade de Direito de Franca, da Universidade de Araraquara e da Fundação Educacional de Ituverava.

² Possui bacharelado e licenciatura em Psicologia pela Universidade São Francisco (1985), graduação em Pedagogia pela Universidade Luterana do Brasil (2009), graduação em Direito pela Faculdade de Direito Padre Anchieta (1987), mestrado em Direito pela Universidade de Franca (2001) e doutorado em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (2018). Atualmente é professor titular da Faculdade de Direito de Franca.

INTRODUÇÃO

O termo “desterritorialização”, incomum, representa a hipótese proposta neste artigo de significação político-jurídico referente à perda da soberania estatal pela diluição da capacidade de controle territorial diante dos fluxos econômico-sociais gerados pela globalização.

Não se pretende aqui apontar aspectos positivos ou negativos do processo de globalização sobre o poder do Estado, ou qualquer juízo de valor a respeito. Mas identificar a relação entre fenômenos associados à globalização e a transformação mais recente do poder do Estado.

Pretende-se demonstrar que esses fluxos geraram a desterritorialização e esse fenômeno afetou princípios básicos de organização político-constitucional do Estado; gerou uma transformação que comprometeu o princípio da soberania.

Essa hipótese é confirmada pelo confronto de diversas teses já aceitas no campo da economia, da ciência política e da sociologia. A desterritorialização gera uma soberania formal, do tipo kelseniana, onde o poder incontestável do Estado se reduz à capacidade formal de criar as normas em última instância (KELSEN, 1992, p. 250). Mas que soberania é esta? Qual o significado atual da soberania descrita no artigo 1º da Constituição?.

Como o território do Estado é o limite referencial de seu poder soberano e é a fronteira entre a soberania interna (a supremacia sobre os súditos) e a soberania externa (a condição de igualdade entre os Estados na comunidade internacional), a perda da soberania, ou do sentido tradicional dela, implica também na revisão do conceito de território. O processo de desterritorialização do poder político reforça a delimitação formal da soberania como conceito jurídico, de âmbito de validade soberana das normas de competência de um Estado.

O direito público se assenta na estrutura de princípios constitucionais e, dentre estes, aqueles que definem o modelo de Estado. As transformações político-econômicas do Estado, na ordem interna e internacional, são naturalmente recepcionadas pelo direito.

Pretende-se apresentar o Brasil como um exemplo nesse contexto, sem especificamente discutir as vicissitudes do país.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, que dialoga com outras ciências humanas para o esclarecimento de um problema jurídico-político, delimitado na identificação do conceito de desterritorialização.

1. A CRISE DO ESTADO MODERNO EO CAPITALISMO

O Estado Moderno se caracteriza principalmente pelo princípio da soberania, mas tanto a soberania quanto as demais características estiveram em transformação durante a sua existência. Atualmente é comum dizer-se que há uma transição para a pós-modernidade, mas o Estado ainda recorre à soberania para se afirmar, ainda que seja por uma soberania mitigada, restrita ao poder do Estado de se definir juridicamente soberano.

A crise atual do Estado Moderno está diretamente associada ao estágio do sistema de produção, o capitalismo neoliberal. O capitalismo, na sua origem, teve íntima relação com as instituições políticas adotadas, no processo revolucionário liberal burguês. Ao instituir o Estado de Direito, as liberdades e garantias constitucionais, o constitucionalismo, a democracia liberal, etc., o Estado protegeu, principalmente, a propriedade privada e a liberdade de iniciativa, como direitos fundamentais. O Estado burguês, uma invenção ocidental, é, entretanto, um modelo hegemônico global, que varia conforme a maturidade do capitalismo na sua relação com as instituições políticas em cada Estado.

A história moderna e contemporânea está pontilhada de países, sociedades nacionais, estados-nações, mais ou menos desenvolvidos, articulados, institucionalizados. Ao longo da história, conforme ocorre depois da Segunda Guerra Mundial, a maioria dos povos de todos os continentes, ilhas e arquipélagos está filiada à Estados nacionais independentes (IANNI, 1998, p. 26).

Pois o ocaso do Estado Moderno também é relacionado, conforme os argumentos propostos neste estudo, a uma transformação do sistema de produção e também como produto do ideário liberal reestabelecido sob os títulos de globalização e neoliberalismo. O capitalismo se reinventa na pós-modernidade dispensando o Estado Moderno em sua formatação clássica, ou, em outras palavras, revisando as suas instituições, sob o risco de eliminar a sua principal característica: a soberania.

As metamorfoses da ciência em técnica e da técnica em força produtiva correspondem a um desenvolvimento fundamental do modo capitalista de produção. [...] Adquirem ritmos crescentes e surpreendentes no século XX. E na segunda metade desse século, com os desenvolvimentos das ciências naturais e sociais, e suas transformações técnicas, tudo isso, agilizado e generalizado pelas conquistas da eletrônica e da informática, impõe outros surtos de potencialização da força produtiva do trabalho [...]. Esta pode ser considerada uma das características mais notáveis da globalização do capitalismo (IANNI, 1998, p. 134).

O início dessa crise pode ser identificado explicitamente em meados da década de setenta do Século XX, portanto, historicamente recente. Ela ainda não se concluiu. Mas a crise do Estado Moderno é também uma crise da sua capacidade de controle territorial. Porque, naturalmente, o poder soberano é um poder sobre um território, objetivamente delimitado pela comunidade de Estados, e o Estado Moderno é uma sociedade política fundada em fronteiras e limites que asseguram uma distribuição político-jurídica de um poder organizado sobre esse território. Por outro lado, o capitalismo não conhece fronteiras. Marx, referindo-se ao século XIX, já havia concluído que o capital é internacional:

Pela exploração do mercado mundial, a burguesia tornou cosmopolita a produção e o consumo de todos os países. Para grande pesar dos reacionários, retirou da indústria sua base nacional. As antigas indústrias nacionais foram aniquiladas e ainda continuam a ser nos dias de hoje. São suplantadas por novas indústrias cuja a introdução se torna uma questão de vida ou de morte para todas as nações civilizadas: essas indústrias não empregam mais matérias-primas locais, mas matérias-primas provenientes das mais longínquas regiões, e seus produtos acabados não são mais consumidos in loco, mas em todas as partes do mundo, ao mesmo tempo. As antigas necessidades, antes satisfeitas pelos produtos locais, dão lugar a novas necessidades que exigem, para a sua satisfação, produtos dos países e dos climas mais remotos. A auto-suficiência e o isolamento regional e nacional de outrora deram lugar a um intercâmbio generalizado, a uma interdependência geral entre as nações (MARX; ENGELS, 2001, p. 29-30).

A natureza internacionalista do capitalismo, pela expansão de mercados, viabilizou a sua dinâmica natural de centralização e concentração do capital, pressuposto da sua sobrevivência. Os modelos de organização política e social é que assumiram os contornos territoriais soberanos. O Estado nacional e soberano foi útil ao capitalismo num determinado momento de sua expansão, quando as forças do Estado garantiram a sua preservação contra o capital estrangeiro ou até propiciaram a sua expansão internacional. Essa dinâmica foi relativamente duradoura, a diferença é que o capitalista contemporâneo hegemônico já não depende desse papel do Estado. Se o Estado

ainda cumpre esse papel, é para a formação de novos capitalistas, influentes na política local nacional. Entretanto, se a economia capitalista articulou-se dentro dos limites do Estado Nacional, atualmente, globalizada, essa dependência do Estado é relativa.

Se é verdade que o mercantilismo, o colonialismo e o imperialismo tinham raízes no nacionalismo e ajudaram a difundir o modelo de Estado-nação pelo mundo afora, é também verdade que quebraram fronteiras de tribos, clãs, povos, nacionalidades, culturas e civilizações (IANNI, 1998, p. 138).

A permanência e a vitalidade do capitalismo se devem muito à sua capacidade de adaptação. As crises do capitalismo sempre foram superadas com uma readaptação e uma rearticulação no campo da política. Desde o fim do século passado e nas primeiras décadas desse século também ocorreram essa versatilidade do modelo de produção, com um conflito entre as esferas de poder no estabelecimento do padrão das relações, no que toca ao seu nível de concentração - a generalização das políticas de desestatização, desregulação, privatização, abertura de mercados, maior fluxo das forças produtivas, modernização das normas político-jurídicas e das instituições que organizam as relações de produção.

O que comumente se denomina neoliberalismo é também a síntese das novas condições de produção, definidas com o alcance mundial da acumulação do capital financeiro e industrial, uma revolução industrial e com a própria “vitória” na disputa “hegemônica” pelo poder contra as concepções políticas nacionalistas. Uma série de medidas de caráter institucional neoliberal foi adotada nos últimos cinquenta anos, mas o discurso neoliberal ainda não se arrefeceu. Controverso e combatido, o neoliberalismo veio acompanhado de uma construção ideológica propositalmente legitimadora, com o apoio de redes de informação e comunicação, de orientações econômicas acadêmicas e de estruturas político-partidárias.

A agenda globalizante impôs ao Estado uma desregulação de toda a atividade produtiva para facilitar a integração entre os mercados. Portanto o alvo preferencial das agências de defesa da globalização foram os Estados que resistiram à perda da capacidade de definir suas políticas econômicas.

No cenário da “lógica pragmática das nações desenvolvidas, em cujo âmbito a crescente integração do mercado de bens e serviços, a interpenetração das estruturas empresariais e a conexão dos mercados financeiros vão condicionando a capacidade de coordenação econômica e articulação política de seus estados, a ênfase tem sido dada à “revitalização” do livre comércio e à “libertação” dos

agentes produtivos, sob a forma de estratégias de desregulação, deslegalização e desconstitucionalização. O que vem alimentando essa ênfase são as sucessivas ondas de transformação tecnológica dos países avançados, responsáveis pelo deslocamento do eixo de competição do comércio internacional (FARIA, 1996, p. 135).

A eficiência expansiva do sistema capitalista garantiu a sua extensão por todo o mundo, ressalvadas as peculiaridades e níveis de desenvolvimento de cada sociedade. Também as sociedades políticas foram reproduzindo, de regra, o padrão de organização institucional denominado neoliberal.

2. A GLOBALIZAÇÃO

A globalização econômica significou a internacionalização do processo de acumulação do capital em nível global, o que levou à criação de um mercado global. Ocorreu um processo de maximização da acumulação do capital com o desenvolvimento das forças produtivas e das relações de produção e de comércio à escala mundial.

Ianni (1996), lista os fenômenos que genericamente, segundo o autor, são atribuídos à globalização em sua gênese: 1. mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro, rompendo com as fronteiras geográficas clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados nacionais; 2. desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a “deslegalização” da legislação social; 3. internacionalização do Estado com os blocos regionais e os tratados de livre comércio; 4. desterritorialização e reorganização do espaço da produção, mediante a superação do modelo fordista pelo toyotista; 5. fragmentação das atividades produtivas, o que permite aos conglomerados multinacionais praticar o comércio inter-empresa e possibilita o direcionamento dos investimentos para países de legislação mais favorável; 6. expansão de um Direito paralelo ao dos Estados, de natureza internacional; 7. estabelecimento de uma rede de comunicações mundial, onde INTERNET, telejornalismo, turismo, transporte aéreo, telefonia via satélite, etc., internacionalizam o inglês dentro de outra série de símbolos que viabilizam todas essas relações globais, com um processo paralelo de integração e homogeneização.

É, portanto, um complexo conjunto de transformações econômicas, sociais e políticas que, por mais heterogêneas que sejam, estão imbricadas. Chesnais (1996), aponta razões para o movimento de globalização econômica em sua gênese:

Os aspectos mais destacados do sistema mundial de intercâmbio são o resultado imediato de três séries de fatores. Os primeiros [...] dizem respeito ao processo de concentração e centralização do capital nas economias dominantes, ao movimento do IED (investimento externo direto) e às estratégias atuais dos grupos industriais. Os segundos decorrem das mudanças científicas e tecnológicas, sob o ângulo de seus efeitos sobre os níveis de produtividade, sobre a organização e a localização da produção industrial, sobre a demanda de força de trabalho (nível e tipos de qualificação) e sobre a demanda de insumos para a produção, em produtos primários ou produtos intermediários de origem industrial. Os terceiros são fatores políticos. Abrangem, limitando-nos à fase recente, o papel dos Estados dos países capitalistas avançados na constituição de blocos “regionais” de tipo continental, bem como a posição que esses Estados adotaram em relação à dívida do Terceiro Mundo (CHESNAIS, 1996, p. 214).

É possível, portanto, mapear o processo globalizante a partir da sua divisão em três frentes: a concentração do capital e suas estratégias para estabilizar o movimento de concentração; a mudança tecnológica resultante de uma revolução industrial e a defesa do arcabouço político-ideológico neoliberal adotado pela elite política adepta da globalização.

A concentração do capital foi um movimento especialmente financeiro. A sua origem está na busca pela integração dos mercados, que correspondeu, de um lado, à lógica da acumulação, se propondo a derrubar fronteiras por visualizar a plenitude do mercado com um mercado global e, de outro lado, ao alcançar o atual nível de desenvolvimento do capitalismo financeiro, ter a viabilidade do deslocamento virtual e em tempo real de riquezas acumuladas, através de títulos financeiros, códigos de identificação de mercado, representações empresariais e financeiras, etc.

Para atingir a máxima racionalização do processo produtivo, o capital financeiro internacional contou com um fenômeno imprescindível: a terceira revolução industrial, que acelerou, consideravelmente, esta etapa do processo de modernização da sociedade ao desenvolver as tecnologias de informação de alcance global, necessárias para o estabelecimento do mercado financeiro internacional.

Fique claro que a tecnologia não é neutra, que ela não está livre de valores, pois as inovações tecnológicas nasceram e se desenvolveram cobiçadas pelos interesses do capital internacional. Assim, os ‘imperativos tecnológicos’ postos em jogo no cenário contemporâneo respondem justamente a esses interesses e

projetam suas motivações ideológicas. Os donos da produção e comercialização tecnológica tem ‘imperativos’ que incluem valores econômico-sociais de fundo (ORTEGA; LÓPEZ, 1997, pp. 178-179).

Um mercado global, para a sua estrutura financeira virtual, depende de uma rede de comunicações com tecnologia viável às transações, uma rede global. O que se tornou possível com a comunicação via satélite, a INTERNET, os novos níveis de processamento de computadores e toda a “parafernália” tecnológica que hoje possibilita a comunicação global em tempo real.

Mas a terceira revolução industrial não é somente uma transformação no padrão tecnológico, é uma transformação também dos métodos de produção. Sua origem está ligada à crise energética da década de 70 do século passado. No desdobramento da crise veio uma revolução tecnológica com o objetivo de reduzir o impacto do custo da energia e do trabalho. Com uma ampliação da racionalização, via desenvolvimento tecnológico, garantiu-se o processo de concentração do sistema capitalista, no sentido de maior acumulação do capital por métodos mais eficazes.

Se, de um lado, a exigência do capital financeiro por liberalização e desregulamentação atendia às necessidades de fluxo de capital, por outro, atendia também à orientação de internacionalização do capital industrial, com a desconcentração e a flexibilização produtiva, onde a empresa não é estranha a qualquer mercado do globo, porque ela produz em todo o globo e assim mapeia e se utiliza das melhores condições locais. Isto só foi possível com sistemas desconcentrados, como do tipo *toyotista* que, por sua vez, depende de uma rede de comunicação em tempo real.

Para romper as barreiras nacionais o capital internacional barganhou com os Estados por meio de investimentos, com fluxos financeiros para a aquisição de títulos públicos e privados e investimentos em produção para a geração de empregos. Este último é mais aparente na implementação das medidas neoliberais, pois significou a implementação de novos padrões de produção, pautados numa tríplice flexibilização: flexibilização gerencial, com o desmembramento das etapas produtivas de um determinado produto por fábricas espalhadas pelo mundo, orientadas conforme o menor custo e a maior racionalização pela terceirização de atividades-meio e concentração da empresa na especialização do produto; flexibilização do consumo com a orientação da produção conforme a demanda, com estoque mínimo e alteração imediata do produto; flexibilização das relações de trabalho, com o repasse das atividades que exigem mão-de-obra

menos qualificada para empresas terceirizadas que, muitas vezes, por serem pequenas, desorganizadas e com baixa margem de lucro, empregam com condições de trabalho inferiores para a redução de custos (ANTUNES, 2016).

Quando à frente política da globalização, que significa principalmente a adesão ao discurso neoliberal, o que houve e há até hoje são as grandes corporações se utilizando das crises institucionais do Estado, de incapacidade de gestão e equilíbrio de finanças, de realização do pleno emprego e de realização do aparato social público, para obterem dos governos os benefícios particulares ou políticas gerenciais neoliberais, formuladas por organismos de regulação de moeda, de investimento e crédito, como o FMI e as agências de investimento privado, em troca de investimentos, como uma das poucas alternativas à geração de empregos e impostos. Mas as próprias condições impostas pelo capital, no rol das exigências neoliberais, criam um quadro de insuficiência para a solução desses mesmos problemas, gerando a busca de novos investimentos, num círculo vicioso.

Com os grandes capitalistas orientando os seus investimentos para um mercado global, foi inevitável a articulação de um espaço político global - o que não é, necessariamente, uma instituição política global. Uma empresa multinacional competitiva, nos moldes do capitalismo contemporâneo de ponta, estabelece, na maioria das vezes, relações de imposição com os Estados. O cenário de competição próprio do mercado capacita as empresas a uma adequação às mais diversas condições, ao mesmo tempo em que também fornece um importante instrumento político para condicionar as ações dos Estados ao seu interesse.

As condições atuais das empresas são o reflexo mais imediato do caráter internacional do capital. Em geral, não estão mais limitadas às fronteiras das instituições políticas estatais. Como afirma Ianni (1998, p. 18), “as transnacionais são corporações simultaneamente localizadas e desterritorializadas. Enraízam-se nos mais diversos e distantes lugares, mas também se movem de um a outro o tempo todo, de acordo com a dinâmica das forças produtivas”. Comportam-se assim seguindo a lógica de acumulação do capital, que se manifesta a partir da disputa de mercados e de maiores lucros. Todo o malabarismo no jogo de investimentos e reinvestimentos busca a sobrevivência à competitividade. Neste jogo, os vencedores são cada vez mais fortes, em detrimento das instituições políticas.

A globalização atual, à diferença da repartição do mundo no século XIX, vai adiante impulsionada pelos grandes consórcios transnacionais que concentram tanto o capital como os meios científicos e tecnológicos que possibilitam um reconhecimento pleno não somente das condições físicas e dos recursos naturais, como também da situação econômica, social e política dos diversos espaços mundiais. Podem, assim, selecionar os mais favoráveis aos novos termos da acumulação capitalista, deixando de lado os envolvidos em conflitos ou que possam pôr obstáculos à reprodução e aos ganhos tidos como necessários (ORTEGA e LÓPES, 1997, p. 174).

Hoje, sob o título de capital internacional, a esfera de poder econômico defende e consegue propagar entre as sociedades políticas um modelo de orientação de políticas econômicas combinado com o seu processo de internacionalização. O neoliberalismo é o arcabouço teórico para a viabilidade política desse fenômeno.

3. O NEOLIBERALISMO

Trata-se de um novo liberalismo em parte, há distinções importantes entre os dois conceitos, especialmente no que toca ao tema proposto aqui. O entendimento do conjunto de revoluções ocorridas nos países ocidentais entre os séculos XVIII e XIX, por inspiração do Iluminismo liberal, possui as seguintes faces: a primeira significou a conquista da democracia, com o reconhecimento do poder ao povo; a segunda significou a edificação do Estado de Direito, caracterizado por um movimento de constitucionalização, com a Constituição composta por direitos e garantias fundamentais e pela separação de poderes; a terceira corresponde ao fato dessas revoluções serem revoluções liberais, para atender a ascensão da burguesia ao poder. Pretendiam romper com o absolutismo monárquico e com uma sociedade estamental de tradição medieval, fundada em privilégios nobiliárquicos. A burguesia pretendia o acesso ao poder e a liberdade para as suas atividades econômicas.

O liberalismo clássico da revolução foi tanto econômico, inspirado nas ideias de Adam Smith, de liberdade econômica e economia de mercado, como foi também político, inspirado em John Locke, de defesa do Estado mínimo como princípio à proteção da liberdade individual. Mas ainda que fosse um Estado limitado às atividades de polícia, o Estado liberal clássico foi útil aos interesses burgueses, porque as leis de mercado e a liberdade de iniciativa valiam apenas nos limites territoriais soberanos. De regra os Estados protegiam as suas burguesias nacionais.

O Estado neoliberal, diferentemente, é internacional. Trata-se do modelo hegemônico atual, marcado por reformas privatistas na máquina pública a partir da década de 70 do século XX. O caráter dessas reformas é de redução a um Estado mínimo, regulador da economia e ausente nas demandas sociais por serviços públicos. O princípio é o mesmo do liberalismo clássico, mas as condições políticas não são. No neoliberalismo há o envolvimento dos governados no ambiente de mercado global e na necessidade de controlar gastos públicos para acompanhar a competitividade desse mercado. Em ambos, o fundamento é um só: a liberdade de iniciativa. Mas as trajetórias são distintas e o papel do Estado também.

Entretanto, o Estado mínimo numa sociedade com o padrão de consumo, com o volume de riqueza, com as demandas sociais, com o nível de tecnologia e com a explosão demográfica do século XXI não pode ser equiparado ao Estado mínimo do século XIX. O Estado agora já é uma máquina imensurável. O neoliberalismo reduziu relativamente o Estado, mas há demandas complexas da sociedade de massas que não são compatíveis com o Estado polícia do século XIX.

O neoliberalismo dos tempos da globalização do capitalismo retoma e desenvolve os princípios que se haviam formulado e posto em prática como liberalismo ou a doutrina da mão invisível, a partir do século XVIII. Mas o que distingue o neoliberalismo pode ser o fato de que ele diz respeito à vigência e generalização das forças do mercado capitalista em âmbito global (IANNI, 1998, p. 78).

O auge das reformas neoliberais foi o fim do século XX, nas duas últimas décadas, com uma série de reformas legais em muitos países. Mas, em menor medida, continuam. Para resumir as reformas necessárias do modelo, os principais interlocutores do capital internacional se reuniram e elaboraram uma “cartilha” denominada Consenso de Washington, com os seguintes itens: 1. disciplina fiscal para eliminação do déficit público; 2. mudança das prioridades em relação às despesas públicas, com a superação de subsídios; 3. reforma tributária, mediante a universalização dos contribuintes e o aumento dos impostos; 4. adoção de taxas de juros positiva; 5. determinação da taxa de câmbio pelo mercado; 6. liberalização do comércio exterior; 7. extinção de restrições para os investimentos diretos; 8. privatização das empresas públicas; 9. desregulação das atividades produtivas e 10. Ampliação da segurança patrimonial, por meio do fortalecimento do direito à propriedade.

Temperada com o pragmatismo típico dos economistas que trabalham nas grandes organizações burocráticas, o “Consenso de Washington” é a opinião partilhada

pelo Departamento do Tesouro, pelo Federal Reserve e pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos, pelos ministérios das finanças dos demais países do Grupo dos Sete e pelos presidentes dos vinte maiores bancos internacionais permanentemente ouvidos pelos organismos multilaterais (FARIA, 1996, p. 148).

Assim, o neoliberalismo se diferencia do liberalismo pela internacionalização do capital e pela ação do capitalista internacional influenciando os governos nas reformas que estabeleceram o novo Estado mínimo. Por essa razão o poder soberano é comprometido e os governos são fragilizados.

Dentre estas medidas, diretamente relacionadas ao modelo de gestão pública, as privatizações e a maior abertura a capitais internacionais representam bem a internacionalização e o condicionamento dos Estados às opções do capital internacional.

O argumento que predomina para apontar a falência do modelo “keynesiano” é o crescente déficit público gerado, principalmente, pelo descontrole orçamentário, inclusive pela manutenção das empresas estatais, em detrimento do controle inflacionário e da contenção do endividamento do Estado. Diante das crises do Estado Social, o programa neoliberal é posto como a única saída, onde se incluem os programas de privatização, a abertura dos mercados para investimento externo e o esforço para o controle do déficit público. Pulceiro (1996), apresentou esse argumento no auge dos processos de privatizações:

Os programas de privatização refletem uma tendência mundial, ainda que possam variar seus objetivos específicos em cada país. Nos países da América Latina tais programas procuram recursos para atender aos serviços de uma dívida externa acumulada durante as décadas precedentes. Na Europa Ocidental tentam amortecer os efeitos do grave déficit fiscal ocasionado pelas estruturas do Estado social. No sudeste asiático por outro lado, busca-se atrair capitais internacionais necessários para a consecução de objetivos mais gerais de modernização (PULCEIRO, 1996, p. 108).

O descontrole do déficit público e o esgotamento de recursos para serviços e investimentos públicos foram, sem dúvidas, os limites das políticas estatais intervencionistas. A crise energética dos anos 70, entretanto, foi a gota d’água para esse esgotamento, pois os Estados não suportaram o nível de endividamento e o modelo de endividamento direto foi substituído por um endividamento por meio de títulos da dívida pública, comercializados no mercado financeiro a juros elevados proporcionais à liquidez dos títulos. O novo modelo, válido até hoje, só ampliou o nível de endividamento e a política orçamentária deficitária. Somados os recursos para manutenção

do Estado aos necessários para a rolagem da dívida, num círculo vicioso, apontam para uma incapacidade absoluta de seu pagamento.

Os EUA, o FMI e seus aliados e representantes locais, formados nas universidades americanas conforme a crença e as receitas neoliberais, conseguiram, em marcha forçada, a abertura de pequenos mercados bolsistas e especialmente a adoção da securitização da dívida pública (CHESNAIS, 1996, p. 266).

Ocorreu uma abertura dos mercados financeiros para o endividamento estatal, posteriormente fundamental para o sistema financeiro global e, conseqüentemente, para a globalização dos mercados.

Somente depois que foi forjada, juntamente com o mercado de eurodólares, uma liberdade de ação quase total em relação ao enquadramento do crédito pelos bancos centrais, é que o sistema bancário internacional pôde incentivar os países em desenvolvimento a contraírem junto a esse mesmo sistema, a partir de 1975, uma enorme dívida privada. O endividamento agravou, de forma qualitativa, a incapacidade desses países de se contraporem aos fatores que, de resto, iam no sentido de sua “desconexão” do sistema internacional de intercâmbio comercial (CHESNAIS, 1996, p. 229).

Com a abertura e as garantias reais sobre a dívida, ampliou-se a dependência do Estado em relação ao mercado financeiro e aos investimentos estrangeiros na aquisição de tais títulos. Sem esses investimentos o Estado teria dificuldades em atingir o equilíbrio orçamentário, de financiar sua estrutura interna, de controlar a inflação e de pagar os juros da dívida. Qualquer ação estatal no sentido de não seguir as orientações dos organismos internacionais representantes desses investidores afastariam os investimentos em produção, sobretudo na área industrial das multinacionais, agravando a crise do emprego, do consumo e da produção, fatores que dificultariam o controle social.

Neste cenário, fica para segundo plano o debate sobre a importância social do Estado na administração dos serviços públicos, prevalecendo a tese de que cabem ao Estado a regulação e a fiscalização dos serviços privatizados, com uma legislação eficiente, onde “a exigência de quadros regulatórios claros e de um poder de polícia capaz de velar pela correta prestação dos serviços constitui uma garantia tanto para beneficiários como para usuários” (PULCEIRO, 1996, p.125).

4. REFLEXOS DO NEOLIBERALISMO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O conjunto de alterações normativas neoliberais no Brasil é extenso. A seleção abaixo corresponde a um conjunto mais relevante, porque são alterações constitucionais ou porque afetaram setores estratégicos do discurso nacionalista e estatista. A Constituição de 88 teve várias emendas nesse sentido, algumas delas são endossadas por discursos de ética ou de conveniência política, mas também foram alinhadas aos interesses neoliberais. Também contempla o princípio da eficiência e a imposição de responsabilidade fiscal, porque o conceito de administração gerencial, que não é necessariamente neoliberal, foi adotado com o intuito de produzir administrações públicas mais enxutas e menos onerosas, para a otimização das despesas públicas e a viabilização do endividamento público. É o que se pode observar em ordem cronológica e em síntese nas seguintes normas:

Emenda 6/95 – Acaba com a distinção entre empresa nacional de capital nacional e empresa nacional de capital estrangeiro. Trata-se de um dos primeiros movimentos no sentido de atrair investimentos estrangeiros, quando a pressão internacional ainda não era acentuada.

Emenda 7/95 – No mesmo sentido da anterior, permite a estrangeiros investir no setor de construção de embarcações e navegação interior.

Emenda 9/95 – Permite a concessão de atividades de petróleo e gás natural.

Emenda 19/98 – É um marco na reforma da Administração Pública brasileira, instituiu o princípio da Eficiência, impôs vários limites ao administrador público e, principalmente, limites aos gastos públicos. Pode-se dizer que é a primeira grande reforma neoliberal.

Emenda 20/98 – É a primeira das reformas para reduzir os gastos com a previdência pública. Se, de um lado, há um sinal de descontrole orçamentário, a agenda de controle orçamentário também atende à necessidade de honrar os compromissos do endividamento público.

Emenda 36/02 – Permite a participação estrangeira em meios de comunicação.

Emenda 40/03 – Trata-se de importante emenda de flexibilização do sistema financeiro nacional com fins à abertura externa.

Emenda 41/03 – É mais um capítulo da reforma da previdência, numa queda de braços entre neoliberais e representantes dos trabalhadores.

Emenda 47/05 – Estabelece uma nova mudança para a previdência.

Emenda 88/15 – Estabelece uma nova mudança para a previdência. No ano de 2019 ocorre uma nova reforma, provavelmente profunda.

Emenda 95/16 – Estabelece um teto de gastos públicos, num novo regime fiscal.

Na legislação infraconstitucional merece destaque:

Lei 8031/90, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização, a partir do qual ocorreram diversas privatizações, em vários governos posteriores;

Lei 8024/90 (Plano Collor), que, principalmente, reduziu as alíquotas de importação;

Lei Complementar 101/00, que estabelece responsabilidade fiscal à Administração Pública.

Lei 13.467/17, que promoveu uma reforma trabalhista também num sentido neoliberal.

5. A DESTERRITORIALIZAÇÃO

A desterritorialização do Estado é uma subjetividade que deve ser compreendida como um fenômeno em curso e significando a negação do princípio da soberania. Para tanto é preciso entender que o conceito de soberania depende do conceito de território no Estado Moderno. A soberania é uma característica do poder no Estado Moderno que implica na supremacia e incontrastabilidade nos limites territoriais do Estado, ao mesmo tempo significa a condição de igualdade entre os Estados na comunidade internacional. Portanto, o território do Estado é o limite entre a condição interna e a externa do poder soberano. Entretanto, o território é mais do que o limite, é uma garantia ao próprio poder, pois a definição formal e exata das fronteiras evita que outro soberano reivindique legitimamente os domínios alheios. Os tratados de fronteiras pacificaram as disputas por territórios e legitimaram o poder pelo reconhecimento formal dos domínios nas relações entre os Estados. A soberania produziu esse efeito útil para a sua permanência: o respeito recíproco entre os Estados.

Poderíamos concluir que ao termo 'território' se atribuiu um uso histórico com referência à terra e que, por outro lado, há um uso atual que, embora mantenha explicitamente a referência a ela, recalca as características sociais dessa terra, delimitada em sua dimensão jurisdicional de efetivo domínio. De tal maneira que “território” terminaria significando um âmbito terrestre delimitado de exercício excludente do poder (ESCOLAR, 1997; p. 88).

É o elemento político do território do Estado que interessa na constatação da desterritorialização. Ela ocorre quando o território, mesmo existindo fisicamente e formalmente, já

não consegue o efeito de garantir a supremacia e a incontestabilidade do poder do Estado no seu âmbito territorial. Pode-se dizer que ainda há uma soberania jurídica, no sentido de ainda existir o Estado como última instância de atribuição das normas, mas mesmo não ocorre quanto às decisões políticas efetivas.

Em sua concepção original a soberania representa uma qualidade política do poder. O conceito político indica que o poder é soberano quando, de fato, ele é o poder máximo e sem concorrentes legítimos num Estado. Entretanto, o positivismo jurídico kelseniano identificou outro formato de soberania, que a identifica no poder do Estado apenas pela capacidade exclusiva e suprema que este tem de elaborar as suas leis, independentemente de existir ou não interferências políticas externas nesse processo, relativizando o seu conceito (KELSEN, 1992).

O Estado e o seu poder estão inseridos na ordem jurídica, com um sistema fechado. Nesse sistema o Estado é o legítimo titular do poder e a soberania é identificada com a capacidade decisória das instâncias formais, em sua prática legislativa exclusiva e suprema, em tese imune em relação aos sujeitos da sociedade que não participam formalmente dos procedimentos decisórios, como os capitalistas, muitos deles internacionais, as aristocracias e as demais lideranças sociais. Mas a soberania jurídica é uma realidade parcial, porque se o poder de fato encontra-se principalmente fora desse âmbito institucional.

A acumulação do capital na modernidade combinada com o colonialismo europeu garantiram as condições adequadas ao sistema de produção moderno, com o uso da razão e do empirismo para explorar os recursos infindáveis da natureza e reinventá-la como sua, num movimento de superação contínua que caracteriza a modernidade em sua essência, não apenas como “o que é atual”, mas como o “estar se atualizando ininterruptamente”. Para regular as tensões, que nesse modelo são essenciais, estabeleceu um modelo de organização do poder fundado em limites rígidos dos territórios, com fronteiras definidas por tratados e uma relação de poder que faz da fronteira o limite soberano. Agora que o padrão de organização da produção não depende mais das fronteiras rígidas do Estado essas são descartadas.

Enquanto o liberalismo baseava-se no princípio da soberania nacional, ou ao menos tomava-o como parâmetro, o neoliberalismo passa por cima dele, deslocando as possibilidades de soberania para as organizações, corporações e outras entidades de âmbito global (IANNI, 1998, p.78).

A consequência da política neoliberal é a desterritorialização política, configurada pela capacidade de influência externa do capital internacional sobre as decisões relevantes para a política econômica de cada Estado. A política econômica dos Estados já não é definida prioritariamente conforme as necessidades de cada sociedade, mas conforme a utilidade para o sistema global. Além disto, os Estados já não possuem a capacidade de resistir e de dizer não a esse modelo, já não são suficientemente soberanos para tanto.

A economia contemporânea se caracteriza por dinâmicas e processos que obedecem a lógicas próprias, não sendo controláveis com base nas categorias e procedimentos normativos e nos padrões espaciais e temporais construídos sob inspiração da teoria político-jurídica clássica. Mais precisamente, o denominador das questões acima apresentadas é a ideia de que a integração dos mercados financeiros em escala global os tornou mais poderosos na formação das decisões e, com isso, sujeitou as economias nacionais às consequências de atos e acordos decididos fora de seus respectivos territórios (FARIA, 2017, p. 53).

Pode-se dizer também que o fenômeno da globalização, aliado à implementação da política neoliberal, já não é somente um processo que se distingue pela internacionalização do capital, mas que, diante do capital internacionalizado, caminha também para a internacionalização de parte das entidades reguladoras, eliminando limites geopolíticos institucionais do Estado. É o que já ocorre com a presença do FMI, do Banco Mundial, da OMC, das agências de avaliação de risco, do G7, dentre outros, em processos que já estão em planejamento.

Já entreaberto pelo desenvolvimento de uma ordem jurídica global do comércio, pela integração dos mercados de capitais através da fusão entre a Bolsa de Nova York (NYSE) e a Euronext, pelos projetos de uma legislação bancária e financeira com validade mundial e pelas propostas de criação de instituições públicas mundiais, como um conselho global de coordenação econômica no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) e a institucionalização de um sistema internacional de justiça, esse cenário destaca: (a) a expansão de instituições interligadas de alcance mundial, cada uma delas devedora de prestação de contas perante as demais; (b) a importância dos complexos processos de argumentação pública, deliberação e troca, com base nos quais reivindicações de direitos e princípios universalistas são contestados e contextualizados, invocados e revogados, postulados e posicionados em todas as instituições políticas e jurídicas; e (c) a conversão do direito internacional num direito coercitivo de alcance mundial, capaz de impor aos Estados nacionais, ao mesmo tempo em que valoriza um processo de convergência, harmonização e unificação de legislações nacionais em campos específicos (FARIA, 2017, p. 65).

Se a desterritorialização no atual estágio não é uma situação de direito (MIRANDA, 2004), ela é, no mínimo, de fato. Não há uma mera coincidência entre as reformas legais neoliberais e o discurso neoliberal do capital internacional. Ocorreu uma pressão efetiva para tais reformas e essa pressão não foi apenas um jogo democrático de formação de opinião, foi uma chantagem efetiva, contundente e eficaz. Esta regra vale plenamente para o Brasil, porque o conjunto de reformas normativas neoliberais é expressivo.

CONCLUSÃO

O conjunto de medidas adotadas pela maioria dos governos nos últimos anos, muitas vezes sob a orientação dos organismos internacionais representantes dos interesses do capitalismo internacional - como o FMI, o Banco Mundial, etc. -, correspondem a políticas denominadas neoliberais.

São as mesmas instituições que representam o capital que exercem uma pressão no sentido de que as instituições políticas acompanhem o rompimento de fronteiras, para que nem a cultura nem os institutos limitativos do Estado representem um entrave ao projeto de acumulação e internacionalização.

A adoção da política neoliberal pelos Estados, útil à ampliação da internacionalização do capital, significa o início da rendição da política ao novo modelo conjunto das relações de poder imposto pela esfera econômica.

A desterritorialização do poder político é mais evidente, entre outras medidas neoliberais, com a liberação do comércio exterior e as reformas tributárias eliminadoras de impostos que restringem o movimento de importação e exportação, com a determinação da taxa de câmbio pelo mercado, a privatização de empresas públicas e a menor participação do Estado na economia como agente produtor, o fim de subsídios para proteger as economias nacionais, a extinção das restrições para investimentos diretos, etc. - medidas que, claramente, diminuem o poder do Estado.

Mas a desterritorialização jurídica ainda não ocorre, pois não há uma institucionalização internacional suficiente para desbancar a estrutura formal do Estado.

O Brasil participa desse cenário de forma clara e contundente, pois o conjunto de reformas normativas neoliberais, em especial o Plano Nacional de Desestatização, o Plano Collor, a E.C. 19 e as reformas da previdência, atenderam correspondentemente ao plano do Consenso de

EM TEMPO

ISSN – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

Washington. Trata-se de um país juridicamente soberano, mas bastante sensível à globalização e à força do sistema financeiro internacional.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, R. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2016.

BONAVIDES, P. **A globalização e a soberania** - Aspectos constitucionais. Rev. TST. Brasília, vol. 67, n. 1, jan./mar. 2001. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/52480/006_bonavides.pdf?sequence=. Acesso em 1 de ago. 2018.

CHESNAIS, F. **A mundialização do capital**. São Paulo: Xamã, 1996.

DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

ESCOLAR, M. Territórios de dominação estatal e fronteiras nacionais: a mediação geográfica da representação e da soberania política. In: SANTOS, M. e outros (org.). **Fim de século e globalização - O novo mapa do mundo**. São Paulo: Hucitec-Anpur, 1997.

FARIA, J. E. **O Estado e o Direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva/FGV, 2017.

FARIA, J. E. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

IANNI, O. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto do partido comunista**. Porto Alegre: L&PM, 2001.

MIRANDA, N. Globalização, soberania nacional e direito internacional. In: **Portal de Publicações do CEJ**; Brasília; Vol. 8; n. 27; out./dez. 2004. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/638/818>. Acesso em 30 de ago. 2019.

OLIVEIRA, L. P. S. O conceito de soberania perante a globalização. In: **Revista CEJ**. Brasília; n. 32, p. 80-88, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/702/882>. Aceso em 10 de set. 2019.

EM TEMPO

ISSN – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

ORTEGA, G. U.; LÓPEZ, S. L. Globalização e fragmentação: O papel da cultura e da informação. In: SANTOS, M. e outros (org.). **Fim de século e globalização - O novo mapa do mundo**. São Paulo: Hucitec-Anpur, 1997.

PULCEIRO, Z. O processo de globalização e a reforma do Estado. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

ROCHA, M. I. C. **Curso de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 3ª ed. Franca: Ribeirão Editora, 2017.

RODRIGUES, E. B. **Território e soberania na globalização: Amazônia, jardim de águas sedento**. Tese de doutorado apresentado a Universidade de São Paulo - USP. São Paulo: USP, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-22112010-164131/en.php>. Acesso em 10 de ago. 2019.

CENSURA DISFARÇADA DE ORDEM: O CASO DE PABLO HASÉL, RAPPER ESPANHOL, E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ESPANHA.

DISTRIBUTED CENSORSHIP OF THE ORDER: THE CASE OF PABLO HASÉL, SPANISH RAPPER, AND THE LIMITS OF FREEDOM OF EXPRESSION IN SPAIN

Luna Stipp¹

Edinilson Donisete Machado²

RESUMO

A notícia recente da prisão de Pablo Hasél, rapper espanhol, desencadeou um crescente questionamento sobre os “limites” à liberdade de expressão e de conteúdos postados nas redes sociais na Espanha. No caso, os argumentos apresentados pelos mais diversos sítios foram a utilização indevida da rede e canção para acusar a coroa e governo, exaltar o terrorismo, além de incitar o ódio. A liberdade de expressão tem salvaguarda constitucional e foi idealizada como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, instituto que parece encontrar barreiras na Lei espanhola 04/2015 de Proteção e Segurança do Cidadão. O objetivo do presente artigo é avaliar se a denúncia em forma de música ou através de publicação no *twitter* por usuários da internet é condição que infringe a liberdade de expressão e com isso responder a duas perguntas principais: a liberdade de expressão encontra limites nas manifestações culturais, musicais? Quais os efeitos que a condenação do rapper pode ocasionar à compreensão do que se entende por liberdade de expressão em um Estado democrático? Para tanto o presente artigo utiliza o método dedutivo com análise de fatos e teorias.

PALAVRAS-CHAVE: liberdade de expressão; internet; proteção; limites

ABSTRACT

The recent news of the arrest of Pablo Hasél, a Spanish rapper, triggered an increasing questioning about the “limits” to freedom of expression and content posted on social

¹ Doutoranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Processual e do Trabalho pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal. Graduada em Direito Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Professora de Direito Internacional na Organização Aparecido Pimentel de Educação e Cultura. Advogada. Bolsista CAPES. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4478-3636>.

² Doutor pela PUC-SP, Mestre em Direito pela UNESP-Franca, Professor na Graduação e nos PPGD - UENP- Universidade Estadual do Norte do Paraná - Jacarezinho e UNIVEM- Centro Universitário Eurípides de Marília- Pró-reitor Acadêmico no UNIVEM. Advogado. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-4303-7041>

networks in Spain. In this case, the arguments presented by the most diverse sites were the improper use of the net and song to accuse the crown and government, to exalt terrorism, in addition to inciting hatred. Freedom of expression has a constitutional safeguard and was idealized as a basic principle of the Democratic State of Law, an institute that seems to encounter barriers in the Spanish Law 04/2015 of Protection and Security of the Citizen. The purpose of this article is to assess whether the complaint in the form of music or through publication on twitter by internet users is a condition that infringes freedom of expression and thus answers two main questions: freedom of expression finds limits in cultural manifestations. , musical? What effects can the rapper's conviction have on understanding what is meant by freedom of expression in a democracy state? For this purpose, this article uses the deductive method with analysis of facts and theories.

KEYWORDS: freedom of expression; Internet; protection; Limits

INTRODUÇÃO

A liberdade é considerada um dos pilares que sustenta e ao mesmo tempo autoriza toda dinamicidade e demonstração da heterogeneidade social, o direito a livre manifestação do pensamento está diretamente relacionado a outras formas de agir social e política. Liberdades para discursar, constituir e romper laços sociais não é algo novo na sociedade que inclusive protege constitucionalmente esse direito reconhecendo seu papel elementar.

Notório que os meios de comunicação facilitaram o acesso, potencializaram e agregaram ao exercício da liberdade de expressão novas maneiras para seu exercício. A liberdade de escolha e manifestação de usuários da internet e artistas foi se adaptando a esse novo contexto em que a tecnologia proporciona a entrega da informação e cultura nas mais diversas formas e através de distintos veículos, a uma infinidade de pessoas.

Parte-se do pressuposto de que esse ambiente tecnológico proporciona uma profunda mudança social na transformação, captação, publicação de conteúdos e falas. O choque entre as diferentes visões de mundo é ampliado em virtude da globalização proveniente de mercados sem fronteiras³, e em países democráticos o que se espera é a coexistência das diversas formas de agir e pensar próprios da civilização que coadunam com o ideal democrático.

Contexto esse em que a ação do Estado democrático de direito parece não dialogar proficuamente com a liberdade de expressão, seja ela manifesta por meios indiretos como

³ SOUZA, Leonardo da R. **Ambivalências da era Moderna e a realização dos Direitos humanos na sociedade pós-secular**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho-PR, Brasil, n.25.p.230.

a cultura musical ou através de posts em *twitter*, espaço de rede social utilizado como forma de expressão pelos seus usuários.

Portanto, esse instituto pode ser visto dentre outras pelas lentes da liberdade cultural como forma de denunciar sentimentos e aflições, expressas nos enxertos musicais como há tempos é realizada e por vezes criada com esse objetivo, e, também através de práticas da Internet para que mantenha salvaguardada a abertura e o respeito dos indivíduos de usar livremente esse *locus* como meio de expressar seus sentimentos pessoais.

O ideal que estruturou a internet é lançado e visualizado como sendo o instrumento que capacita pensarmos no potencial que ela tem de avançar em relação às liberdades e aos direitos dos que se conectam por ela, cerca de 53,6% da população mundial é usuária da internet, considerada um dos veículos que mais auxiliam na busca de informações e divulgação dos mais diversos setores sociais, culturais e econômicos.

A internet pode transcender fronteiras, efetivar direitos que foram violados pela sociedade *offline*, entretanto, apenas ter acesso a uma rede não garante usufruir de maneira ideal e total dos direitos de liberdade e outros que possam ser pensados e idealizados nesse ambiente.

A liberdade de expressão é um deles e tem sido palco de divergência no cenário mundial, refletida na suspensão de perfis ou condenação penal por discursos que questionam ou atacam a política estabelecida, fato materializado recentemente na Espanha em que houve a condenação de um rapper, preso por “injuriar a monarquia” e “enaltecer o terrorismo” em suas músicas. Acontecimento de suma importância para o contexto jurídico em que a liberdade de expressão parece encontrar limites quando sua ação visa denunciar ou apontar males dos governos e do estado democrático de direito.

A Espanha em 2015 alterou o seu Código Penal que passou a prever penas em seu artigo 510 caracterizando como crime “delitos cometidos por ocasião do exercício de direitos fundamentais e das liberdades públicas garantidos na Constituição” (ESPAÑA, 2015a), tipificando condutas que fomentem promovam ou incitem direta ou indiretamente o ódio, hostilidade, discriminação ou violência contra um grupo, parte do mesmo ou que possam ser caracterizadas como atitudes racistas⁴.

⁴ Artículo 510. 1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión

Nesse contexto o objetivo do presente artigo é responder a duas perguntas: a liberdade de expressão encontra limites nas manifestações culturais, musicais? Quais os efeitos que a condenação do rapper pode ocasionar à compreensão do que se entende por liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito?

A fim de resolver essas questões o artigo inicialmente aborda o conceito de liberdade de expressão pensado no contexto constitucional espanhol, após analisa especificamente o caso que ocasionou as manifestações em diversas cidades espanholas para então, dentro do contexto hodierno de uma modalidade tecnológica verificar se os limites impostos são condizentes com a democracia que tem na hegemonia a sua essência, para tanto utilizou-se o método indutivo e análise bibliográfica.

1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIMITES

A liberdade é elencada como um direito basilar no Estado Democrático de Direito, uma vez que da sua garantia é possível realizar e idealizar diversos outros como obter informações, expressar-se, conviver e alcançar qualquer ato que implique o convívio social. Portanto, quando ela se choca com outras garantias ou é ameaçada direta ou indiretamente, torna-se essencial verificar se seu exercício ultrapassa os limites estabelecidos na Lei o que implica pensarmos na extensão e proteção de seu conteúdo, prática e limites.

Há que se considerar que a complexidade de regulamentar a liberdade de expressão, independentemente do país em questão, decorre do fato de que as regras que afetam tal atividade são com base em julgamentos de valor, sejam eles extensos ou não, ao conjunto de sociedade ou pertencer a uma elite burocrática (RAMIREZ, 2007, p.158)⁵, portanto posicionamentos homogêneos entre Estados distintos não são comuns, tendo cada um adotado posturas diversas para situações similares⁶.

No ano de 2015 entrou em vigor o Novo Código Penal Espanhol que passou a criminalizar condutas tipificadas como delitos de incitação ao ódio, a hostilidade,

o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

⁵ No original: La complejidad de regular la libertad de expresión, sin importar el país de que se trate, radica en que las normas que afectan tal actividad están basadas en juicios de valor, sean estos extensivos o no, al conjunto de la sociedad o propios de una elite burocrática

⁶ Para verificação de caso paradigmático sugere-se a leitura do artigo de David Ramirez Placencia “Conflicto de leyes y censura en internet: el caso Yahoo!”

discriminação e violência contra grupos de indivíduos por razões racistas, antisemita ou outras ideologias, religiões e crenças, consolidados no artigo 510 do Código.

Delitos esses que possuem em sua essência subjetividade de quem realiza e de quem o julga, podendo por vezes entrar diretamente em choque com o direito fundamental da liberdade de expressão quando essa é utilizada como manifestação crítica, objeção e denúncia ao *status quo* ou determinadas condutas e indivíduos, seja por meio da música ou redes sociais, veículos esses cada vez mais empregados pelos diversos sujeitos que encontram nas redes sociais o espaço público para expressar sua opinião.

Para que as limitações ao direito à liberdade de expressão exercida através de página web sejam consideradas vinculadas ao parâmetro da regularidade constitucional, é imprescindível que estejam previstas em lei, tenham finalidade legítima e sejam necessárias e proporcionais. (DOMINGUÉZ, 2020p.176)⁷

Próprio da ideia liberdade é a possibilidade de dizer ou calar-se sem que isso seja interpretado como incitação ao ódio, e sim, apenas, como manifestação livre do pensamento e vontade, mas será que essa mesma interpretação pode ser aplicada mesmo quando seu caráter seja polêmico, grosseiro e moralmente repugnante, independentemente de quem a profira, a forma que a faz, e a repercussão que ocasiona?

O uso de figuras de linguagem, metáforas, invenções de palavras, inserção de barulhos como buzinas, batidas de carros, dentre outros, ou a supressão total da melodia no momento em que deveria aparecer a frase ou palavra censurada era largamente utilizado (CAROCHA, 2006, p.193), na época de regimes autoritários e militares, onde compositores e cantores não usufruíam da plena liberdade de expressão.

Esse direito deve ser garantido para exercício autônomo de outros e justamente, sob pretexto de proteção da defesa da plena liberdade de expressão e os afetos a ela é que foram estabelecidos limites não apenas genéricos, algum desses na Lei espanhola vieram impostos na Lei Orgânica 4/2015 de 30 de março, a Proteção e Segurança do cidadão aprovada em julho de 2015, onde a oposição parlamentar manifestou-se contrária.

A ideia fundamental da democracia é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexigível, pretende-se se ter ao menos a automodificação das prescrições vigentes com base

⁷ No original: Para que las limitaciones al derecho a la libertad de expresión ejercido a través de una página web puedan considerarse apegadas al parámetro de regularidade constitucional, resulta indispensable que estén previstas por ley, basarse en un fin legítimo y ser necesarias y proporcionales. (DOMINGUÉZ, 2020p.176)

na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político (MULLER, 2003, p.57)

Pensar em burlar o sistema que delimita a expressão foi possível graças ao emprego tempos atrás, da chamada “linguagem de fresta” foi a artimanha consolidada entre as classes de músicos e poetas para nas entrelinhas denunciar e fazer uso da restrita liberdade que lhes restavam, ao tempo em que também tentavam trazer novas propostas e valores indiretamente para a sociedade.

Todavia, isso não impediu que o aparelho estatal não os pressionasse e como consequência, diversos artistas foram exilados forçada e voluntariamente de seus países, a censura pautou o trabalho dos artistas estabelecendo os moldes de seu desenvolvimento de acordo com a moral e a observância dos bons costumes da classe que detinha o poder de restringir a publicação das escritas.

Por alguns espanhóis entendida como A Lei da Mordaça em seu capítulo I, artigo três traz o âmbito de aplicação e os fins aos quais ela se destina⁸ mas, o grande questionamento é seu próprio objeto, desenhado como a regulação de um conjunto plural e diversificado de atuações de diversas naturezas orientadas a tutela da segurança cidadã mediante a proteção de pessoas e bens para manutenção da tranquilidade dos cidadãos (ESPAÑA, 2015a).

Fato interessante divulgado foi que em 2016, um ano depois da sua entrada em vigor foram registrados um total de 31.591 sanções por infrações genéricas, como falta de respeito e consideração aos membros da Força e Corpo de Segurança ou “resistência a autoridade” segundo estatísticas oferecidas pelo Ministério do Interior (OLIVERIA, FERNÁNDEZ, 2018, p.67), a censura na maioria das vezes está encoberta pela ideia da manutenção de preceitos da moral e bons costumes.

Os dados ainda revelam que os mais afetados com a Lei são os jornalistas, grupos de música e pessoas que *twitan*, o objetivo de atingir essa classe é de reprimi-los e ao

⁸ Artículo 2. Ámbito de aplicación. 1. Las disposiciones de esta Ley son aplicables en todo el territorio nacional, sin perjuicio de las competencias que, en su caso, hayan asumido las comunidades autónomas en el marco de la Constitución, de los estatutos de autonomía y de la legislación del Estado en materia de seguridad pública. 2. En particular, quedan fuera del ámbito de aplicación de esta Ley las prescripciones que tienen por objeto velar por el buen orden de los espectáculos y la protección de las personas y bienes a través de una acción administrativa ordinaria, aun cuando la misma pueda conllevar la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siempre que ésta se conciba como elemento integrante del sistema preventivo habitual del control del espectáculo. 3. Asimismo, esta Ley se aplicará sin menoscabo de los regímenes legales que regulan ámbitos concretos de la seguridad pública, como la seguridad aérea, marítima, ferroviaria, vial o en los transportes, quedando, en todo caso, salvaguardadas las disposiciones referentes a la defensa nacional y la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio.

mesmo tempo manter, garantir a legitimação dos supostos ofendidos perante a sociedade civil, sob amparo de um discurso ético-moral que valida atos ofuscados da censura.

A falha deve ser apontada como forma de manifestação e aprimoramento da própria democracia, suprimir ou pautar os veículos de denúncia é caminhar contra o desenvolvimento natural da sociedade e convalidar a manutenção de um regime que deposita no judiciário o poder de limitar a liberdade de expressão subjetivamente construída no seio de um setor social arcaico.

A anuência tácita do povo leva à legitimação do ato praticado que subverte sob justificativa de baixo nível moral e discurso do ódio a ideia da liberdade de expressão, por isso a manifestação é tão importante independente da forma de sua propagação, todavia isso não significa desconsiderar o locutor, o conteúdo e propósito da fala.

No julgamento da proporcionalidade, o critério de supor que nenhum dos ideias ou opiniões pode ser expressa por meio de frases e expressões ultrajantes e ofensiva sem relação com as ideias ou opiniões expostas. Por tanto, são considerados desnecessários para tais fins, isto é, apesar do escopo assim ampla que contém a liberdade de expressão, sob a qual a crítica é protegida mais chato e doloroso, na hora de exercer essa liberdade não é possível exceder a intenção crítica pretendida, dando-lhe uma tonalidade prejudicial e degradante ou desproporcional. Nesse caso, a prevalência é atualizada para proteger o direito da honra (DOMINGUÉZ, 2020,p.172)⁹

Durante algum tempo a televisão e o rádio foram ferramentas pertencentes apenas a um público celetro de pessoas que, necessariamente, tinham condição financeira para obtê-los, isso foi mudando e aos poucos as faixas mais populares obtiveram ao seu alcance esses instrumentos. Atribui-se ao barateamento do processo de produção e transmissão a criação de uma gama de programas e atrações que estão ao acesso de todos na era da tecnologia, autorizando que cada pessoa seja criadora de seu conteúdo e protagonista de uma história que pode alcançar uma rede mundial de pessoas.

O uso da internet como veículo de comunicação nos últimos tempos é admitido como o grande potencializador impactando a sociedade como um todo, afetando inclusive aqueles que ainda não as utilizam em casa, mas indiretamente são alcançados por ela

⁹ No original: en el juicio de proporcionalidad, se reitera el criterio de suponer que ninguna idea u opinión puede manifestarse mediante frases y expresiones ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan. Por tanto, se consideran innecesarias a tales propósitos, es decir, a pesar del ámbito tan amplio que contiene la libertad de expresión, bajo la cual se ampara la crítica más molesta e hiriente, al momento de ejercer dicha libertad no es posible sobrepasar la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado. En tal caso, se actualiza la prevalencia para proteger el derecho al honor.

quando da necessidade de se relacionar a distância¹⁰. Pensar a estrutura que é utilizada por essa ferramenta é questão cada vez mais premente, uma vez que é ela que amplia e restringe o campo da comunicação.¹¹

Não se desconsidera que esses canais possam facilmente ser manipulados para controlar e impedir o alcance de determinada informação, seja fisicamente pensado em termos de fornecimento da rede, seja tecnologicamente pensado com o uso dos códigos gerados dentro da internet, mas fato é que possibilitaram um maior acesso e abertura de diversas classes de indivíduos e um alto nível de propagação, tornando quase impossível um controle efetivo por parte do Estado de agir na surdina como outrora, ou impondo restrição.

Alguns estudos¹² relacionam a concentração da propriedade dos meios há alguns problemas o que inclui a liberdade de expressão e a própria democracia, uma vez que a cidadania ativa dos sujeitos não é usufruída com total êxito seja por questões relacionadas ao acesso à rede ou a qualidade dos debates que não tem uma esfera pública informatizada, inclusiva e plural.

Chamado de quarto poder da sociedade, os meios de comunicação, que influenciam na cultura, política de seus habitantes deve ser idealizado de maneira universal, rete-los nas mãos de poucos e traçar perfis de adequação é minar a hegemonia, pilar da democracia.

A internet e a cultura possuem um espírito livre, esse espírito e seu crescimento vivem em risco constante, como expressão da resistência do poder estabelecido de ceder espaço a uma sociedade cada vez mais conectada, participativa e crítica, onde os fluxos de livre informação e comunicação estão condicionados a preservar garantias e direitos (GONZALES, 2017, p.06)¹³

¹⁰ Nesse sentido: La red se ha ido convirtiendo con el paso del tiempo en una fuente de información ilimitada y en un medio instantáneo para compartirla. Una nueva Biblioteca de Alejandría, donde el saber humano es almacenado en cantidades ilimitadas, pero también un poderoso sistema de comunicación que sostiene millones de interacciones entre personas prácticamente en tiempo real y con un costo casi nulo (RAMIREZ, 2007, p.156)

¹¹ Nesse sentido: La concentración de la propiedad de los medios ha sido definida como “un incremento en la presencia de una empresa o de un reducido número de empresas de comunicación en cualquier mercado como consecuencia de varios procesos posibles: adquisiciones, fusiones, convenios con otras compañías o, incluso, la desaparición de competidores (SANCHEZ, 1993, 2p.30)

¹² Para aprofundamento ler referencial “Concentration of media ownership and freedom of expression: global standards and implications for the Americas”.

¹³ No original: Ese espíritu y crecimiento viven en riesgo constante, como expresión de la resistencia del poder establecido de ceder espacios a una sociedad cada vez más conectada, participativa y crítica, donde los flujos libres de información y comunicación están llamados a preservar garantías y derechos.

Ainda, a liberdade de expressão encontra entraves na honra, mas não na honra deturpada de autoridade para manutenção de um sistema que não denuncia suas próprias falhas, além do mais, a cultura e quem dela faz uso está amparada em um limite muito inferior de pessoas que ocupam um cargo público ou que sejam *influencers*. Isso significa que decisões tomadas e aplicadas que tem como paradigma esse direito, deverão ser revisitadas quando o locutor pertence a essa classe, cultural e artística.

2 O CASO DO RAPPER ESPANHOL

A música independente do gênero musical possui um propósito que ultrapassa o mero afago auditivo, isso significa que ela vem incorporada de diversos elementos que fazem parte de um constructo social e identitário com determinados valores de seu tempo. O sistema eletrônico de gravação, em 1927, alavancou esse setor a ponto de consolidá-lo como manifestação cultural que só cresceu e se aperfeiçoou com o passar dos meios de comunicação.

Pablo Hasél, cantor de música rap, em fevereiro de 2021, foi preso por injuriar a monarquia e enaltecer o terrorismo na Espanha em suas músicas. Acontecimento de suma importância para o contexto hodierno em que a liberdade de expressão parece encontrar limites quando sua ação visa denunciar ou apontar males dos governos e ao estado democrático de direito.

Acusado por praticar formas de discursar o ódio, o rapper em suas letras se dirige ao rei espanhol como “chefe da máfia” e “tirano bêbado” além de acusar a polícia de torturar e matar manifestantes e migrantes¹⁴, como consequência foi condenado a nove meses de prisão. O rapper acumula histórico de desobediência e violência, além do uso de letras que são caracterizadas como manifestações ao “discurso do ódio”.

Rap é uma sigla para *rhythm and poetry*, ritmo e poesia, cuja origem remonta o bairro do Bronx nos Estados Unidos, onde esse gênero musical foi usado muitas vezes como jogos musicais de improviso, utilizados pelos negros das cidades americanas que denunciavam e criticavam seus opositores através do ritmo musical, hoje amplamente difundido entre as mais diversas classes e subúrbios.

Vigiados por apresentar através da resistência cultural uma vertente combativa da cultura popular em face de atos entendidos retrógrados e praticados em demasia pelo

¹⁴ Fontes do site: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-56085048>

governo e seus representantes ou pelas ações policiais, posturas contra imigrantes e manutenção de supostos privilégios de uma coroa, a música além de revolucionária e denunciativa ainda incitam novos comportamentos aos jovens em face do estabelecido.

Está na raiz do gênero musical do rap a denúncia, uma forma de arte e cultura admirada e respeitada por grande parte da sociedade que a vê como manifestação cultural e social, não sem motivos é que frente a essa prisão houve um grande movimento através das redes sociais para conectar manifestantes em protestos contra sua prisão, o que aglutinou diversos simpatizantes da causa em distintas cidades e também artistas que se revelaram contra a sentença que determinou a sua prisão.

O fato não ficou apenas na esfera domiciliar, a anistia internacional, movimento global que realiza campanhas e ações para manutenção dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos tuitou contra a prisão do rapper. A ocorrência desse fato é apenas um dos muitos¹⁵ que estão causando polêmica no meio jurídico o que levou o governo espanhol a pensar na redução de penas que se relacionam a liberdade de expressão, ou seja, não ocasione a detenção e faça mais uso do direito a retificação.

Na Espanha considera-se que, embora o direito à retificação não seja um direito fundamental, constitui um meio à disposição da pessoa aludido para evitar que certas informações possam comprometer sua honra, quando considere que os fatos prejudiciais disso não são exatos. O direito de a retificação tem finalidade preventiva; serve para conseguir uma tutela imediato, expondo a própria versão dos fatos que é propagação no mesmo meio, inclusive na sociedade da informação. Porém, não substitui a ação civil de dano moral pela proteção direito efetivo à honra (DOMINGUÉZ, 2020, p.167)¹⁶

A atenção ao rapper não é sem propósito, utilizada pelas diversas classes sociais e públicas de artistas a prisão do Hásel pode significar um grande retrocesso ao direito fundamental da liberdade de expressão a tanto tempo conquistado e elevado a garantia de direito humano fundamental, calar-se em relação a essa ocorrência é o tipo de omissão que auxilia na convalidação de práticas autoritárias.

¹⁵ Cita-se o rapper Valtònc condenado por glorificar o terrorismo, fugiu para a Bélgica, ainda Cassandra Vera, twitter, que fez piada sobre a morte de generais.

¹⁶ No original: En España se considera que, aunque el derecho de rectificación no es um derecho fundamental, sí constituye un medio del que dispone la persona aludida para evitar que cierta información pueda irrogar su honor, cuando considere que los hechos lesivos de esta no son exactos. El derecho de rectificación tiene una finalidad preventiva; sirve para alcanzar una tutela inmediata mediante la exposición de la propia versión de los hechos que se difunden dentro del mismo medio, incluso en la sociedad de la información. Sin embargo, no sustituye la acción civil del daño moral para la protección efectiva del derecho al honor

O que importa não é o rapper, sua música e seus trinos, mas a liberdade de expressão. Aqueles que falam contra a prisão de Hasél não necessariamente compartilham de seus pontos de vista, mas expressam preocupação com os cortes na liberdade de expressão (OSPINA, 2021, site)¹⁷

O caráter de socialização trazido pelo estilo musical e difundido pelos veículos de informação hodiernos, tornou esse estilo musical uma presença constante na vida dos espanhóis, principalmente aos das classes mais jovens que se identificam com suas letras, fato que não passou despercebido entre os fideais da lei. Portanto, pensar nos moldes da liberdade de expressão pressupõe conjugar sua compatibilidade legal com a Lei que autoriza alguns tipos de censura.

O Código Penal Espanhol em seu art.578 e 491, prevê penas a delitos que conflituam com a liberdade de expressão, Pedro Sánchez, presidente do Governo, nesse sentido manifestou “em uma democracia plena com é a Espanha, a violência é inadmissível”, acresceu a necessidade de se defender a liberdade de expressão “o que inclui os pensamentos mais infames e absurdos”.

É difícil encontrar na última fase democrática da Espanha um precedente semelhante ao grau de repressão contra a liberdade de expressão que alcançamos este ano: pessoas foram enviadas para a prisão por causa de canções simples ou por um tweet. Isso nós esquecemos e aconteceu em meados da Europa e no século XXI, é tão grave que nos levará a assimilar seu alcance (PDLI, 2017)¹⁸

Pensar em liberdade de expressão hoje implica em verificar a relação entre a tecnologia e os processos comunicacionais sociais, estes sempre atrelados a “liberação da palavra” assinado como o primeiro princípio da internet concomitantemente ao aumento da esfera pública e diversidade de comunicação mundial.

Pierre Lévy aponta o segundo princípio como sendo o da conexão e da conversação mundial, as esferas antes locais são conectadas possibilitando uma intercomunicação planetária, o que têm implicações políticas profundas e estarão na base do desenvolvimento da ciberdemocracia. Aparece aqui o terceiro princípio da

¹⁷ <https://www.eltiempo.com/mundo/europa/por-que-desperto-protestas-en-espana-la-detencion-del-rapeto-pablo-hasel-568380>

¹⁸No original: Cuesta encontrar em la última etapa democrática de España un precedente parecido al grado de represión contra la libertad de expresión al que hemos llegado em este año: se há enviado a personas a la cárcel por simples canciones o por un tuit. Esto lo teníamos olvidado y ha ocurrido em plena Europa y en pleno siglo XXI, Es tan grave que tardaremos em assimilar su alcance.

EM TEMPO

ISSN – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

cibercultura, a saber a reconfiguração social, cultural e política. (LEMOS; Lévy, 2014, p.25)

A discussão política levadas ao ambiente virtual intensificam como já exposto, a possibilidade de intercambio de demandas e aprimoramento dos instrumentos à disposição do público. A dinâmica que a máquina traz, acompanha a velocidade das novas vontades, e, é esse dinamismo que deve ser explorado por aqueles que acompanham as demandas no tempo.

Graças à nova rede de comunicação global, a própria natureza da cidadania democrática passa por uma profunda evolução que, uma vez mais, encaminha no sentido de um aprofundamento da liberdade: desenvolvimento do ciberativismo à escala mundial (notavelmente ilustrado pelo movimento de antimundialização), organização das cidades e regiões digitais em comunidades inteligentes, em ágoras virtuais, governos eletrônicos cada vez mais transparentes ao serviço dos cidadãos e voto eletrônico (LÉVY, 1999, p. 30).

A não necessidade da presença física não impede que novos laços sociais sejam estabelecidos de maneira por vezes qualificada, pois de uma simples busca é possível obter informações inclusive pessoais dos sujeitos em interação, outras facilidades podem ser apontadas como a decorrente da velocidade com que a informação se propaga.

Ferramenta que revigorou as relações sociais e ressignificou diversos aspectos da vida civil, será a propulsora auxiliar da reconfiguração das democracias independentemente de qual seja a implementada em cada país, pois o contexto tecnológico de hoje tende a ser aprimorado para ser cada vez mais útil, barato e expansivo. O sujeito social de ontem é o digital de hoje.

Isso gera consequências nos mais diversos segmentos, pois se a lei reflete as demandas sociais e por vezes a tentativa de minimizar desigualdades, deve redesenhar o modelo que já está pronto. A lei da censura deixa claro sua reflexão de incerteza com o futuro.

O presente mutante e a inovação tecnológica caminham em sentido oposto ao da restrição, é a maximização da liberdade de expressão que busca novos sítios e alcance, em estudos recentes, o método mais testado e comprovado de se tornar um ditador no século XX tem confiado em métodos extralegais, geralmente envolvendo uma multidão de apoiadores que usam a violência para intimidar oponentes, sejam jornalistas, burocratas, juízes, políticos ou cidadãos comuns (BALKIN, 2018, p.11)

Soma-se a isso, a consciência de que a rede amplia seus horizontes ao redor do mundo, se vai gestando, cada vez com mais força, um certo grau de incerteza legal, avivando o surgimento de conflitos jurídicos em escala internacional, pois já não é possível saber a ciência certa e que lei obedecer (RAMIREZ, 2007, p.156)¹⁹ o que pode conduzir e amparar a adoção de posicionamentos contrários aos princípios inicialmente idealizados para a rede.

A lei da segurança é contrária ao dinamismo social, cultural e político, combater com violência e encarceramento características que são próprias da democracia e da própria cultura é um alarde para o que pode o futuro vir a ser, a mesma Lei possui mecanismos como o direito a retificação que é uma alternativa mais branda e paliativa aos supostos exageros da liberdade.

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO, INTERNET E CENSURA

A democracia como um regime político não está livre da regulação na vida de seus cidadãos, entretanto em regimes mais fechados e conservadores a tendência ao maior controle de espaço público e privado se intensificam, com isso pode-se afirmar que as liberdades se distinguem pela elasticidade que cada contexto político autoriza desenvolvê-las, como a liberdade de expressão.

Tempos atrás quando a tecnologia não era tão desenvolvida parecia mais fácil pensar essa liberdade conjugando-a com a cultura e possíveis formas de censura, isso porque os meios de comunicação eram reduzidos e não a acesso de todos, a incidência de notícias falsas eram descobertas ou acobertadas com mais facilidade do que se compararmos nos dias de hoje, mais interconectado.

A liberdade de imprensa e expressão hoje não tem a mesma dinâmica de antigamente, há cerca de 30 anos atrás era possível que as emissoras escolhessem o conteúdo que iriam divulgar, conforme seu interesse, hoje ainda é possível se ter resquício dessa vontade, mas ela apresenta um grande concorrente, a possibilidade de viralização de um conteúdo, e, para que isso aconteça não necessariamente é pressuposta a existência de um grande veículo de informação, basta certa “aceitação” do público.

¹⁹ No original: e la red amplía sus horizontes alrededor del mundo, se vaya gestando, cada vez con más fuerza, un alto grado de incertidumbre legal, avivando el surgimiento de conflictos jurídicos a escala internacional, pues ya no es posible saber a ciencia cierta qué ley obedecer.

A estrutura massiva é importante para formar o público, para dar um sentido de comunidade de pertencimento local, de esfera pública enraizada. Veículos que formaram uma base substancial de assinantes on-line, como *financial Times*, *Wall Street Journal*, *Washington Post* e *New York Times*, ficam menos sujeitos às vicissitudes do governo da vez e adaptam-se melhor a quedas bruscas da publicidade (MELLO, 2020, p.247).

O sistema pós-massivo permite a personalização, o debate não mediado, a conversação livre, a desterritorização planetária (LEMOS; LÉVY, 2014, p.26), o que leva a interpretação de que a tecnologia pode ocasionar um efeito político grande entre os sujeitos que delas fazem uso, seja como atores, usuários ou ouvintes.

A tecnologia digital pôs foguetes auxiliares sob instintos já existentes. Um deles é a tendência de “triagem hemofílica”, ou seja, nosso impulso de agregação com aqueles com ideias afins (ANCONA, 2018, p.53), por isso a necessidade de se estabelecer princípios para o alcance de uma mídia neutra e informativa, afastando os filtros que nos levam a percorrer o mesmo caminho dos que pensam igual.

As velhas formas de bullying são reproduzidas. Os ataques são invisíveis. Se utilizam de causas moralmente elevadas para justificar a censura. Os crimes são revividos agora extinto para a imprensa tradicional. Os direitos são qualificados. O fantasma da anarquia usado para assustar usuários e criadores. O crescimento orgânico da rede é contido para prevenir o empoderamento dos cidadãos. Os laços aparecem na forma de direitos análogos. Razões como segurança nacional ou salvaguarda dos direitos de grupos minoritários são usados como formas de coerção (GONZALES, 2017, p.02)²⁰.

O choque entre as diferentes visões de mundo é ampliado em virtude da globalização proveniente de mercados sem fronteiras (SOUZA, 2016, p.230), em países democráticos o que se espera é a coexistência das diversas formas de agir e pensar próprios da civilização, mas na realidade o que se observa é uma postura de crescente individualização e intolerância, reflexões e interpretações distantes da realidade comum e aceitação do outro.

²⁰ No original: Las viejas formas de intimidación se reproducen. Los ataques son invisibles. Se utilizan causas moralmente elevadas para justificar la censura. Se reviven delitos ya extinguidos para la prensa tradicional. Se matizan derechos. El fantasma de la anarquía se utiliza para asustar a usuarios y creadores. Se contiene el crecimiento orgánico de la red para impedir el empoderamiento de los ciudadanos. Las ataduras aparecen en forma de derechos análogos. Razones como la seguridad nacional o la salvaguardia de derechos de grupos minoritarios se utilizan como formas de coerción.

O cenário tecnológico e promissor acrescido de políticas fomentadoras da transparência pública, acesso à informação e participação, aponta a uma crise²¹ ou deterioração da democracia, como alguns nomeiam ao abordar a temática, o que importa em reconhecer a existência de uma transição ou adequação necessária do modelo de regime político adotado, que é dado com o apontamento das anomalias indesejáveis no sistema para seguir ao desenho da nova rota.

O objetivo do presente artigo não foi analisar a desproporcionalidade que os manifestantes agiram em prol da manutenção dos seus ideais, entende-se que a liberdade deve ser exercida, mas sempre mantendo-se a paz e sem que haja destruição, o vandalismo e violência contra o patrimônio público e nesse ponto, é importante notar que os movimentos contra a prisão do rapper apesar de por vezes configurarem atos de vandalismo, eles acabam por denunciar a prática nebulosa da censura.

Nesse contexto ela é entendida como uma forma de violência ao definir-se como a supressão ou coação para não publicar, comunicar ou informar sobre os aspetos que podem ser considerados ofensivos ou inadequados conforme o critério do censor (OLIVEIRA; FERNÁNDEZ, p.68, 2018), violência essa alcançada como a privação aos direitos humanos de liberdade de expressão, além de outros contidos na Lei²².

Toda censura, sem dúvida, tem uma dimensão política inegável. Afinal, é da própria definição do processo censório impedir a produção de determinadas informações, restringir a liberdade de pensamento e de expressão, colocar obstáculos para que opiniões circulem no espaço público e acabar, com essa vocação autoritária, impondo uma visão única sobre assuntos complexos e que deveriam comportar uma pluralidade de perspectivas. Trata-se, portanto, de um ato essencialmente político. Além do mais, qualquer censura moral e dos costumes de uma sociedade também possui um aspecto intrinsecamente político de policiamento de condutas, de limitação das liberdades, de sujeição de corpos, de controle de sexualidades dissidentes, de domesticação dos desejos e mesmo de restrição às subjetividades de modo mais amplo (QUINALHA, 2020, p.1732)

Não necessariamente a violência pode se mostrar de maneira escancarada, pode vir indiretamente através de retaliações dissimuladas de contenção de ordem pública, seja

²¹ Nesse sentido CASARA.RUBENS, R.R. **Estado Pós-Democrático. Neo-obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis**. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro.2017.

²² Nesse sentido: Artigo 20 1. Reconhecem-se e protegem-se os direitos: a) A expressar e difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões mediante a palavra, por escrito ou qualquer outro meio de reprodução. b) À produção e criação literária, artística, científica e técnica.

EM TEMPO

ISSN – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

através de leis, suspensão de redes sociais²³ ou aplicação de multa, formas diversas de conter as divergências tão fecundas para a democracia, portanto subverter a ideia de moral e bons costumes pode ser um grande aliado no enfraquecimento da democracia.

O Artigo 16.1 da Constituição espanhola garante a liberdade ideológica, religiosa e de culto dos indivíduos e das comunidades sem mais limitação, nas suas manifestações, que a necessária para a manutenção da ordem pública protegida por lei, entender a música que denúncia contra determinado setor como algo maléfico à democracia é ir contra a sua própria essência.

A música pode ser considerada uma forma de resistência e superação do instituído, entendendo-a como uma questão social, que realiza juntamente com a política um vínculo que questiona os valores sociais e as significações dos sujeitos (HINKEL; MAHEIRE, 2007, p.89), assim concebida como forma de expressão do pensamento, linguagem e não apenas um bem voluptuário, mas um retrato de uma vida e história nos moldes de seu cantor.

Portanto, deve-se atender às restrições e penalidades que são cometidas por estarem revestidas de um amparo legal da citada Lei espanhola 04/2015 de Proteção e Segurança do Cidadão pois, ela cobre de legalidade atos arbitrários que são contrários à liberdade dos cidadãos.

Há se pensar o Rap como um gênero musical único de cada cantor, rapper, que possui contextos sócio-históricos distintos, visões e realidades heterogenias, a denúncia é o retrato das relações sociais por eles vividas, censurá-lo é uma questão política e tentativa de contenção do estabelecido e ataca fragrantemente a liberdade de expressão.

CONCLUSÃO

A Constituição quando de sua elaboração foi pensada para proteger todas as ideias, sejam elas pró ou contra o governo, punir os sujeitos que fazem o bom ou mal uso da liberdade de expressão afronta esse direito constitucional, além de ser contrário ao próprio desenvolvimento cultural musical.

²³ Artigo 18 4. Da Constituição espanhola prevê que: A lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos. Portanto o pleno exercício do direito implica na garantia da liberdade de expressão.

EM TEMPO

ISSN – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

Na Espanha essa garantia parece estar circunscrita a uma moldura que limita o conteúdo à liberdade de opinião e pensamentos, principalmente estampadas na Lei de Proteção da segurança do cidadão de 2015 que aborda de forma genérica esses limites deixando a cargo do Judiciário e do Estado a interpretação que pode colidir com o ideário imaginado a um Estado Democrático de Direito.

A hegemonia e a discordância estão na essência da evolução humana e legal da sociedade, a elaboração de leis que tolham essas ações são chamarizes de uma tentativa de manutenção do *status quo* o qual já não mais se encaixa em determinada sociedade e quando isso ocorre o povo liberto, se manifesta.

O rap não foi concebido para ser um estilo musical pacífico ou restrito a molduras, seu caráter de denúncia ultrapassa a fronteira de ser apenas uma melodia e passa a críticas políticas e sociais, sendo elas constructos e parte de sua essência e cultura. É certo que a tecnologia tornou-se sua aliada e possibilitou uma expansão entre as classes o mesmo observado nos diversos estilos musicais, mudar o rap inclui pensar em mudar a sociedade na quais os rappers estão inseridos.

Conclui-se que a liberdade de expressão deve ser protegida nas mais variadas dimensões, mas de intensidade ainda maior na cultural, para convivência harmônica de uma sociedade democrática que encontra na hegemonia as raízes do progresso. A opinião e a crítica não podem ser tolhidas, mas devem conduzir a um crescimento e não a um meio desprestígio e de desmerecimento afeto a personalidade do indivíduo.

A censura trazida na Lei Espanhola retrata uma tentativa de manutenção de uma tradição ainda ligada aos moldes de uma monarquia e superioridade política de determinados setores que tentam sanear e disciplinar o povo para impedir a vinda de novos costumes e o rap enfrenta esse obstáculo em suas próprias bases.

REFERÊNCIAS

ANCONA, Matthew D'. **Pós-verdade. A nova guerra contra os fatos em tempos de fake News.** Faro Editora. Barueri/São Paulo 2018.

BALKIN, Jack M. Constitutional Rot. In: SUNSTEIN, Cass R. **Can it happen here? Authoritarianism in America.** e-book, 2018, p.12-16.

CANTORAL DOMINGUEZ, Karla. Daño moral en redes sociales: su tratamiento procesal en el derecho comparado. **Rev. IUS**, Puebla , v. 14, n. 46, p. 163-182, dic. 2020 . Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-

EM TEMPO

ISSN – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

21472020000200163&lng=es&nrm=iso>. acessado em 04 marzo 2021. Epub 02-Dic-2020.

CAROCHA, M.L. **A censura musical durante o regime militar (1954-1985).**

História: Questões & Debates, Curitiba, n. 44, p. 189-211, 2006. Editora UFPR.

CASARA.RUBENS, R.R. **Estado Pós-Democrático. Neo-obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis.** Civilização Brasileira. Rio de Janeiro.2017.

ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial do Estado. Madrid, 31 de mar. 2015a.

ESPAÑA. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo. De Protección de la Seguridad Ciudadana. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 31 de mar.2015b.

GONZALEZ LOPEZ, Felipe Adelaido. **Desafíos y oportunidades de la regulación en internet. PAAKAT: rev. tecnol. soc.,** Guadalajara , v. 6, n. 11, 00007, feb. 2017 . Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-36072017000100007&lng=es&nrm=iso>. acessado em 15 marzo 2021.

HINKEL, Jaison; MAHEIRIE, Kátia. **Rap-rimas afetivas da periferia: reflexões na perspectiva sócio-histórica.** Psicol. Soc., Porto Alegre , v. 19, n. spe2, p. 90-99, 2007 . Available from

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822007000500024&lng=en&nrm=iso>. access on 15 Mar. 2021. <https://doi.org/10.1590/S0102-71822007000500024>.

LAURENTIIS, Lucas Catib de; THOMAZINI, Fernanda Alonso. **Liberdade de Expressão: Teorias, Fundamentos e Análise de Casos.** Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro , v. 11, n. 4, p. 2260-2301, Dec. 2020. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662020000402260&lng=en&nrm=iso>. access on 10 Feb. 2021. Epub Nov 16, 2020. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/44121>.

LEMOS, André; Lévy Pierre. **O futuro da internet. Em direção a uma ciberdemocracia planetária.** São Paulo: Paulus, 2010. (Coleção comunicação).

LÉVY, Pierre. Ciberultura. São Paulo: 34, 1999. Disponível em: <<https://mundonativodigital.files.wordpress.com/2016/03/ciberultura-pierre-levy.pdf>> Acesso em: 06 de junho 2020.

LOUREIRO, Bráulio Roberto de Castro. Arte, cultura e política na história do rap nacional. **Rev. Inst. Estud. Bras.,** São Paulo , n. 63, p. 235-241, Apr. 2016 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0020-38742016000100235&lng=en&nrm=iso>. access on 01 Mar. 2021. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-901X.v0i631p235-241>.

MENDEL, Toby; DUTRA, Luma Poletti. **Você não tem liberdade de expressão, de fato, a menos que também tenha acesso à informação.** Intercom, Rev. Bras. Ciênc.

EM TEMPO

ISSN – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

Comun., São Paulo , v. 43, n. 2, p. 227-233, May 2020 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-58442020000200227&lng=en&nrm=iso>. access on 03 Mar. 2021. Epub Sep 04, 2020. <https://doi.org/10.1590/1809-58442020212>.

MENDEL, T.; GARCÍA CASTILLEJO, A.; GÓMEZ, G. **Concentration of media ownership and freedom of expression: global standards and implications for the Americas**. Paris/Montevideu: UNESCO, 2017. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000248091>. Acesso em: 23 jul. 2020.

OLIVEIRA, Julieti.S.; FERNÁNDEZ, Sara, G. **Liberdad de expresión y censura: la violència estructural y sus efectos en la cultura española**. Políticas culturais em revista. 2018. Disponível em <https://periodicos.ufba.br/index.php/pculturais/article/view/26724/17500> acessado em 02 março.2021.

Pablo Hasél, el rapero que ingresó a prisión en España por “injuriar a la monarquía y enaltecer el terrorismo”. BBC News Mundo, 18 febrero 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-56085048>

QUINALHA, Renan. **Censura moral na ditadura brasileira: entre o direito e a política**. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro , v. 11, n. 3, p. 1727-1755, Sept. 2020 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662020000301727&lng=en&nrm=iso>. access on 15 Mar. 2021. Epub Sep 07, 2020. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/44141>.

RAMIREZ PLASCENCIA, David. **Conflicto de leyes y censura en internet: el caso Yahoo!**. Comun. soc, Guadalajara , n. 8, p. 155-178, dic. 2007 . Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-252X2007000200155&lng=es&nrm=iso>. accedido en 15 marzo 2021.

SÁNCHEZ, Taberner, A., Denton, A., Lochon, P. Y., Mounier, P. y Woldt, R.: **Concentración de la Comunicación en Europa. Empresa comercial e interés público** (Barcelona: Centre d'Investigació de la Comunicació, 1993).

SOUZA, Leonardo da Rocha de. **Ambivalências da era moderna e a realização dos direitos humanos na sociedade pós-secular**. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 25, p. 221-242, mar. 2017. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/898>>. Acesso em: 31 mar. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i25.898>.

TEPERMAN, Ricardo. **Se liga no som: as transformações do rap no Brasil**. São Paulo: Claro Enigma, 2015.

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR E TUTELA DO
MEIO AMBIENTE DO TRABALHO POR MEIO DA AÇÃO
REGRESSIVA DO INSS**

*CIVIL RESPONSIBILITY OF THE EMPLOYEE AND GUARDIANSHIP OF
THE WORK ENVIRONMENT THROUGH THE INSS REGRESSIVE ACTION*

Silvio Marques Garcia¹

Maurício Alves Lima²

RESUMO

O meio ambiente de trabalho é desdobramento do meio ambiente geral e exige proteção à salubridade e à segurança das condições de trabalho, bem como instrumentos jurídicos de proteção adequados ao contexto socioambiental atual. Os acidentes de trabalho, cada vez mais frequentes na atualidade, e os deveres do empregador em relação à proteção do ambiente de trabalho do empregado, são analisados tendo como marco teórico o modelo de sociedade atual, que se caracteriza como a sociedade do risco. O foco da proteção é a segurança da pessoa humana em seu local de trabalho. O direito de regresso do INSS contra os empregadores que, por culpa, deram causa ao pagamento de benefícios acidentários tem fundamento na responsabilidade extracontratual do empregador. A partir das divergências surgidas com o ajuizamento de ações com esse objetivo, impõe-se investigar o alcance do direito social previsto no art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição e sua aplicação à pretensão indenizatória da autarquia previdenciária. O papel do Poder Executivo em relação aos direitos fundamentais dos trabalhadores é o de efetivar o meio ambiente de trabalho equilibrado, livre de acidentes, o que pode ser feito, inclusive, por meio da ação regressiva, cuja análise suscita outras questões como a natureza do dever de indenizar, os requisitos para a verificação desse dever e o prazo prescricional para o ajuizamento das ações regressivas acidentárias.

PALAVRA-CHAVE: Meio ambiente do trabalho; acidente; benefícios acidentários; ações regressivas; responsabilidade civil.

ABSTRACT

The working environment is an unfolding of the general environment and requires protection of the health and safety of working conditions, as well as legal protection instruments appropriate to the current socio-environmental context. The work accidents, which are increasingly frequent nowadays, and the obligations of the employer in relation to the protection of the work environment of the employee, are analyzed having as theoretical framework the current society model, which is characterized as the risk society. The focus of protection is the safety of the human person in your workplace. The INSS regressive right against employers who, through fault, have caused the payment of accidental benefits is based on the noncontractual liability of the employer. Based on the divergences arising from the filing of

¹ Doutorando em Direito (PUC/SP). Mestre em Direito (UNESP). Especialista em Direito Público (EAGU/UNB). Professor da Faculdade de Direito de Franca.

² Doutorando em Direito (PUC/SP). Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pelo IBDT/USP e IBET. Especialista em Relações Internacionais pela PUC/GO.

actions with this objective, it is necessary to investigate the scope of the social law set forth in art. 7th, inc. XXVIII, of the Brazilian Constitution and its application to the indemnity claim of the social security authority. The role of the executive branch in relation to workers' fundamental rights is to bring about a balanced and accident-free working environment, which can be done even through regressive action, the analysis of which raises other questions such as the nature of the obligation to indemnify, the requirements for the verification of this obligation, and the prescription limit for the filing of accident regressive actions.

KEYWORDS: Work environment; accident; accident benefit; regressive action; civil responsibility.

INTRODUÇÃO

Os acidentes de trabalho, cada vez mais frequentes na atualidade, têm acarretado problemas de ordem social, econômica, jurídica e, sob o ponto de vista do orçamento da Seguridade Social, questões de natureza financeira e atuarial.

Este trabalho busca apontar os deveres do empregador em relação à proteção do ambiente de trabalho do empregado, tendo como marco teórico o modelo de sociedade atual, que se caracteriza como a sociedade do risco.

O grande número de acidentes de trabalho ocorridos no Brasil impressiona e, por si só, demonstra a necessidade de se analisar o fenômeno e buscar soluções a partir de uma nova ótica. Na sociedade do risco, em que a modernidade se torna reflexiva, a solidariedade passa a compreender direitos e deveres. Os direitos sociais adquirem um caráter de direitos fundamentais, em permanente construção e impõem exigências de densificação. Determinadas responsabilidades que antes cabiam exclusivamente ao Estado, passam a ser compartilhadas com agentes privados. Os empregadores, por isso, adquirem maior responsabilidade social na manutenção do meio ambiente de trabalho equilibrado e no cumprimento das normas de segurança e higiene do trabalho.

O acidente de trabalho acarreta prejuízos ao trabalhador, ao empregador, ao mercado, à saúde pública e ao Erário. O trabalhador acidentado será afastado do trabalho e isso irá trazer custos para o empregador.

Com o intuito de ressarcir o Erário dos valores pagos pela autarquia previdenciária (INSS) a título de benefícios concedidos em razão de lesões acarretadas por acidentes de trabalho, a Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Procuradoria-Geral Federal (PGF),

tem ajuizado ações regressivas contra os empregadores que, por culpa, deram causa ao pagamento de benefícios acidentários.

A responsabilidade civil das empresas está prevista tanto na Lei n. 8.213/1991 (art. 120), quanto no Código Civil de 2002. Entretanto, ainda existem divergências quanto à aplicação do instituto da responsabilidade civil nas ações acidentárias que buscam o ressarcimento em face de empregadores que tenham concorrido para a ocorrência de acidentes de trabalho.

Oportuno, dessa forma, analisar a extensão da responsabilidade civil do empregador em casos de acidente de trabalho, bem como a natureza e o objetivo das ações regressivas acidentárias. É o que se pretende analisar neste breve estudo.

1 DEVER DO EMPREGADOR QUANTO À SEGURANÇA E À SAÚDE DO TRABALHADOR

1.1 O ambiente protegido

Boa parte da vida humana se desenrola no ambiente de trabalho, o que evidencia a íntima relação entre a qualidade do meio ambiente do trabalho e a qualidade de vida do ser humano. (SILVA, 2009, p. 23). O meio ambiente do trabalho ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral.(CAMARGO; MELO, 2013, p. 18) Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo, o meio ambiente se relaciona a tudo o que circunda o ser humano e abrange o meio ambiente natural, o artificial, o cultural e o do trabalho. (FIORILLO, 2013. p. 60). O trabalhador interage com o espaço, que se configura como o meio ambiente de trabalho, isto é, o espaço no qual o trabalhador desempenha suas atividades laborais.

O meio ambiente do trabalho tem foco sobre a segurança da pessoa humana em seu local de trabalho. Engloba a saúde, a prevenção de acidentes, a dignidade da pessoa humana, a salubridade e condições de exercício saudável do trabalho. Para o trabalhador, a finalidade primordial do trabalho é garantir a sobrevivência sua e de seus familiares. Não é de se esperar, portanto, que ele perca sua vida, saúde, integridade física ou sua capacidade laborativa enquanto desempenha sua atividade profissional.

O conceito de meio ambiente abrange, assim, o meio ambiente do trabalho, o qual configura bem ambiental que demanda proteção legal em prol da qualidade de vida e da dignidade da pessoa humana. Trata-se de desdobramento do meio ambiente *artificial*, (FERNANDES, 2011. p. 1049) (SILVA, 2009. p. 20) cuja relevância lhe confere tratamento especial pela Constituição Federal, que dispõe, no art. 200, inciso VIII, que o Sistema Único de

Saúde deve colaborar na proteção do ambiente, nele compreendido o meio ambiente do trabalho. A Magna Carta, ao tratar dos direitos dos trabalhadores também prevê, no art. 7º, inciso XXII, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

O meio ambiente do trabalho, para ser considerado equilibrado, deve apresentar condições de salubridade essenciais à incolumidade físico-psíquica do trabalhador, (FIORILLO, 2013. p. 65-66) independentemente de suas condições pessoais. Para isso, são essenciais as normas que disciplinam o meio ambiente do trabalho, previstas na CLT e nos regulamentos elaborados pelo Ministério do Trabalho.

Ademais, devem ser observadas as convenções internacionais que regulamentam o meio ambiente do trabalho e as condições de trabalho, a exemplo da Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981, que, dentre outras disposições, determina que os países signatários desenvolvam uma Política Nacional de Saúde, Segurança e Meio Ambiente do Trabalho. A proteção deve abranger o local de trabalho, as ferramentas e máquinas, os agentes químicos, biológicos e físicos, as operações e processos, bem como as relações entre trabalhador e o meio físico. (NASCIMENTO, 1989, p. 198) Referida convenção foi ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1992 e promulgada por meio do Decreto n. 1.254/1994; contudo, ainda não vem sendo efetivamente cumprida no plano material.

1.2 Sociedade do risco

As modificações culturais, tecnológicas e ambientais que a sociedade experimentou no último século, porém, aumentaram significativamente a exposição dos indivíduos a riscos das mais diversas ordens. O meio ambiente do trabalho deve ser estudado, tomando-se como pressuposto o modelo de sociedade em que a relação laboral se desenvolve. Nesse sentido, há de se ter em vista que se vive atualmente a chamada sociedade do risco (*Risikogesellschaft*), assim descrita por Ulrich Beck. (BECK, 2011. Passim).

A evolução técnica e científica trouxe inovações extraordinárias no Século XX. Porém, as exigências do desenvolvimento e a competição pela produtividade promoveram transformações nas relações de emprego, ocasionando a elevação da insegurança laboral. Os meios de produção multiplicaram as ameaças a que os seres humanos estão submetidos. Prova

disso é a quantidade de acidentes de trabalho que passou a ser observada. Enquanto o conceito de *sociedade industrial* ou *de classes* trata da forma como a riqueza é socialmente distribuída, a *sociedade do risco* é um novo paradigma, em que a modernidade se torna reflexiva. (BECK, 2011. p. 23-26). De acordo com Ulrich Beck:

[...] enquanto na sociedade industrial a “lógica” da produção de riqueza domina a “lógica” da produção de riscos, na sociedade de risco essa relação se inverte. Na reflexividade dos processos de modernização, as forças produtivas perderam sua inocência. O acúmulo de poder do “progresso” tecnológico-econômico é cada vez mais ofuscado pela produção de riscos. Estes somente se deixam legitimar como “efeitos colaterais latentes” num estágio inicial. Com sua universalização, escrutínio público e investigação (anticientífica), eles depõem o véu da latência e assumem um significado novo e decisivo nos debates sociais e políticos. (BECK, 2011. p. 15-16)

A fase atual da modernidade, intitulada de modernidade reflexiva, é caracterizada pelo questionamento acerca dos riscos produzidos pelas múltiplas atividades humanas, principalmente industriais. A proteção ao meio ambiente, considerado em toda a sua amplitude, se destaca como uma preocupação da sociedade, reconhecendo-se que a ciência pode se mostrar falível e apresentar impactos negativos para a vida humana. (THOMÉ, 2014. p. 8).

Nesse modelo de sociedade, em que a dimensão dos deveres se amplia, solidariedade passa a compreender direitos e deveres. Os direitos sociais adquirem um caráter de fundamentalidade com a imposição da “garantia do mínimo existencial em sua dimensão máxima”. (TORRES, 2001. p. 284) Por serem direitos em permanente construção, verifica-se a necessidade de ampliar não apenas o rol dos direitos, por meio de garantias constitucionalmente asseguradas, mas também de desenvolver novos instrumentos de garantia há muito já consolidados no sistema jurídico.

A relação de trabalho não pode ser vista simplesmente como uma relação bilateral entre empregador e empregado, pois se desenvolve em uma sociedade caracterizada pela complexidade. As questões jurídicas surgidas nesse ambiente lançam ao Direito do Trabalho, à Infortunística e ao Direito Civil novos desafios interpretativos, que sejam aptos a apaziguar os conflitos e atender às expectativas de concretização dos direitos, notadamente no que diz respeito à proteção da saúde do trabalhador.

A Constituição Federal, erigida a partir de valores como a segurança, o trabalho, o bem-estar e a solidariedade (CF, Preâmbulo; art. 1º, inc. IV; art. 3º, inc. I; art. 5º), inaugura um Estado Democrático de Direito em que os poderes constituídos têm o papel de promover a

efetividade dos direitos fundamentais, que compõem “um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”. (SARLET, 2010. p. 143)

Os direitos fundamentais compreendem os “direitos de proteção”, que, segundo Robert Alexy, são direitos em face do Estado que garantem que este proteja os indivíduos contra intervenções de terceiros, por meio de normas diversas, como as penais e as de responsabilidade civil. (ALEXY, 2012. p. 450-456) Robert Alexy, citando Jürgen Schwabe, afirma que a proteção contra a intervenção de terceiros se transforma em um problema estatal:

Na medida em que o Estado, ‘por meio de regulação legal, ação judicial e intervenção executiva’, protege ações privadas, ele *participa* do processo de violação, que, por isso, tem que ser a ele *imputável*. O problema da proteção em face de particulares transforma-se, assim, em um problema de defesa contra intervenções que, embora levadas a cabo por particulares, são, em última instância, estatais. (ALEXY, 2012. p. 457)

Nesse cenário, determinadas responsabilidades que antes cabiam exclusivamente ao Estado passam a ser compartilhadas com agentes privados. Os empregadores, por isso, adquirem maior responsabilidade social na manutenção do meio ambiente de trabalho equilibrado e no cumprimento das normas de segurança e higiene do trabalho.

1.3 O acidente de trabalho

A proteção constitucional ao trabalho teve início com as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919). No plano internacional, destaca-se a criação da Organização Internacional do Trabalho, fundada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes.

No Brasil, o Decreto n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919, inaugurou o direito infortunistico. O acidente do trabalho era um risco inerente à atividade profissional. A responsabilidade do empregador era objetiva. O mencionado decreto tratou dos acidentes de trabalho, fixando a responsabilidade objetiva do empregador por ações em caso de dolo ou culpa. O conceito de acidente de trabalho trazido pelo art. 1º do referido decreto já abrangia, além dos acidentes, as doenças profissionais.

No plano constitucional, foi a Constituição de 1934 a primeira a dar proteção social ao trabalhador em caso de acidente do trabalho (art. 121, § 1º, alínea “h”). A Constituição de 1946 previu expressamente em seu texto a manutenção, a cargo do empregador, do seguro obrigatório contra acidentes do trabalho (art. 157, inc. XVII).

Um dos pontos fulcrais da evolução legislativa securitária contra acidentes do trabalho no Brasil foi a edição da Lei n. 5.316, de 14 de setembro de 1967, que transferiu para a Previdência Social o seguro contra acidentes do trabalho, até então operado por seguradoras privadas (art. 1º). A partir de então, o Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT) deixou de ter características inerentes aos seguros privados. A partir desse momento, o seguro adquiriu características do direito público, tendo havido uma “aproximação à teoria do risco social, por meio da qual, contingências são previstas ensejando o pagamento de benefício quando concretizadas.” (KERBAUY, 2013. p. 106)

A Lei n. 6.195, de 19 de dezembro de 1974, estendeu aos trabalhadores rurais, por meio do Funrural, as prestações em decorrência de acidentes do trabalho. É curioso notar que, apesar de pagarem a contribuição ao SAT desde então, os segurados especiais só tiveram o reconhecimento legal do direito ao auxílio-acidente por meio da Lei n. 12.873/2013, que alterou a redação do art. 39, inc. I, da Lei n. 8.213/1991.

Com a Constituição Federal de 1988, o SAT passou a ter a natureza de um verdadeiro tributo, isto é, uma espécie de contribuição social que faz parte do gênero tributo e segue todo o regramento constitucional tributário.

A Constituição Federal de 1988 explicitou a cobertura previdenciária para os riscos decorrentes de acidentes do trabalho (art. 201). Posteriormente, a EC n. 20/1998 excluiu os riscos acidentários da proteção exclusivamente previdenciária e atribuiu à lei a disciplina da cobertura do risco de acidente do trabalho, possibilitando que o atendimento seja feito de forma concorrente pelo RGPS e pelo setor privado (§ 10).

É questionável, do ponto de vista da constitucionalidade, a alteração promovida pela EC n. 20, tendo em vista que, em sua redação original, a Constituição tutela o meio ambiente, inclusive o do trabalho, além do direito à vida e à saúde. Além disso, não seria possível transferir o encargo totalmente ao setor privado, pois caso não houvesse o pagamento do seguro pelo empregador, bastaria ao trabalhador (ou seus dependentes) requerer um benefício de natureza previdenciária, sem indicar a causa da incapacidade ou lesão.

No plano legal, o acidente de trabalho está conceituado no art. 19 da Lei n. 8.213/1991, como aquele que ocorre no exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício da atividade de segurado especial (produtor rural individual ou em regime de economia familiar), acarretando “lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”. Também são consideradas acidente do trabalho as doenças profissionais (art. 20, inc. I) e as

doenças adquiridas no trabalho, adquiridas ou desencadeadas em função de condições especiais em que o trabalho é realizado (art. 20, inc. II). Apesar de não serem propriamente acidentes de trabalho, alguns eventos são a ele equiparados para efeitos da concessão de benefícios pelo INSS (art. 21). Estes estão excluídos do âmbito da ação acidentária.

De acordo com o Boletim Fundacentro de Acidentes de Trabalho, elaborado a partir da Pesquisa Nacional de Saúde (PNS), realizada pelo IBGE em parceria com o Ministério da Saúde, em 2013, ocorreram no Brasil 4.948.000 acidentes de trabalho. (BRASIL. FUNDACENTRO). O número impressiona e, por si só, já demonstra a necessidade de se analisar o fenômeno e buscar soluções a partir de uma nova ótica.

1.4 Deveres de proteção

Os direitos e garantias fundamentais, reconhecidos na Constituição Federal, vinculam os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Com o surgimento do Estado Social e com os direitos de segunda geração (ou dimensão), houve uma ampliação da tábua dos direitos fundamentais, que vinculam a atuação dos poderes do Estado. Cabe ao legislador elaborar “normas que visem regular os direitos fundamentais que dependem de concretização legislativa”. (FERNANDES, 2011. p. 248). Assim, o Poder Legislativo não pode se omitir quanto à elaboração de leis protetivas dos direitos fundamentais. Já o Poder Executivo deve priorizar a realização dos direitos fundamentais, que exigem medidas de efetivação aptas a assegurar o seu exercício. Essas medidas deverão ser observadas tanto pelos poderes públicos quanto no âmbito das relações privadas. Caberá ao Poder Judiciário garantir o cidadão quanto a lesões ou ameaças de lesões a direitos.

A saúde e a segurança são direitos cuja realização cabe ao Estado (CF, art. 5º; art. 196). Não obstante, os empregadores também possuem responsabilidade pela saúde e segurança do trabalhador no ambiente de trabalho. As ações para a efetivação desse direito têm sido executadas por órgãos governamentais como as Delegacias Regionais do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho. Na sociedade reflexiva, entretanto, o papel do Estado deve ser analisado a partir de novas perspectivas, e por isso o Poder Público deve diversificar os meios de atuação na defesa e na efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles os direitos à saúde e à segurança dos trabalhadores (CF, art. 7º) em interação com o meio ambiente, devendo promover as mais diversas ações para preservar o seu equilíbrio, dentre elas a responsabilização

das pessoas físicas ou jurídicas que causarem danos ao meio ambiente, que também deve ser considerado sob o viés da modernidade, englobando o meio ambiente do trabalho.

Os direitos dos trabalhadores são direitos fundamentais que encontram proteção e garantias na Constituição Federal, inclusive quanto à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (CF, art. 7º, XXII). Por se tratar de direitos fundamentais, sua efetivação exige que o Estado tome as providências legislativas, protetivas e fiscalizatórias necessárias.

O oferecimento de todos dos meios e instrumentos de trabalho é uma atribuição do empregador, que também deve cumprir todas as normas de segurança e medicina do trabalho. Cabe ao empregador, inclusive, orientar seus empregados para evitarem acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais (CLT, art. 157, incisos I e II). O empregador, conforme o caso, deverá fornecer Equipamentos de Proteção Individual (EPI) e instituir a Comissão Interna de Prevenção de acidentes (CIPA), além de instituir o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) e o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO).

No entanto, o Brasil ainda possui elevados índices de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, que causam lesões, sequelas, doenças, incapacidades e até mesmo o óbito do trabalhador. Por sua vez, essas ocorrências indesejáveis acarretam a concessão de um grande número de benefícios acidentários pela Previdência Social.

Fala-se em eficácia horizontal ou vertical dos direitos fundamentais. (FERNANDES, 2011. p. 259-260; SARLET, 2010. p. 374) A eficácia horizontal diz respeito às relações privadas. Quando se está em uma relação ente o Estado e o particular, diz-se da eficácia vertical. A eficácia constitucional dos direitos fundamentais se manifesta, inclusive nas relações privadas.³ Ingo Sarlet reconhece, “no âmbito da perspectiva jurídica-objetiva dos direitos fundamentais, que todos, Estado e particulares, se encontram a estes vinculados por um dever geral de respeito” (SARLET, 2010. p. 381). Acrescenta ele que “na medida em que se faz a soma da profissão do ambiente do trabalho, que, obviamente, tem de ser direcionado, em primeira linha, aos empregadores, é evidente que aqui se precisa sustentar a eficácia direta

³ Esclarece BERNARDO GONÇALVES FERNANDES: “Sem dúvida, o Brasil vem adotando, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, a posição europeia do manuseio dos direitos fundamentais nas relações privadas. Portanto, a vinculação de particulares aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente vem sendo reconhecida. Porém, ainda não há na jurisprudência do STF uma teorização (fundamentação teórica) sobre os limites e alcances dessa aplicação, ou seja, sobre o campo de incidência dos direitos fundamentais de forma direta (imediata) ou indireta (mediata) nas relações privadas.” (FERNANDES, 2011. p. 263-264)

desses direitos fundamentais ambientais nas esferas das relações privadas.” (SARLET, 2014. p. 30)

As mudanças acarretadas na sociedade, principalmente a partir do advento do Estado Social, promoveram uma relativização dos direitos privados, que passam a ser vistos sob o viés da função social. A propriedade, o contrato e a empresa perderam seu *status* eminentemente privado e passaram a ser garantidos constitucionalmente a partir das possibilidades de realizarem o bem-estar coletivo. Sob essa ótica, a responsabilidade pela saúde e segurança do trabalhador não pode mais ser compreendida como exclusiva do Estado. Assim, os deveres do empregador vão além da mera relação trabalhista, pois há situações em que o descumprimento deles podem configurar atos ilícitos e, portanto, resultar em ações indenizatórias movidas pelos próprios empregados ou por terceiros, inclusive pelo Poder Público (INSS).

Ainda que o dever de proteção não fosse o principal argumento em favor da manutenção do meio ambiente de trabalho equilibrado, cabe notar que o custo das empresas com indenizações, além da necessidade de reposição de funcionários acidentados, supera os investimentos necessários para a proteção. Do lado do Estado, o valor gasto com saúde e com o pagamento de benefícios acidentários também é muito superior ao necessário para o financiamento de medidas para a redução dos acidentes de trabalho.⁴

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

Na antiguidade a responsabilidade civil do dano era realizada mediante a vingança privada. A propósito, argumenta Alvin Lima que a repressão do dano era realizada pela vingança privada, mediante a sua aplicação natural e espontânea, de modo que o poder público passou a permiti-la ou excluí-la em situações sem justa causa (LIMA, 1999. p. 20). Leva-se em consideração a Lei de Talião, consubstanciada na expressão “olho por olho, dente por dente”.

Constata-se, no direito romano, que a *lex aquilia de damno*, a partir das fórmulas criadas pelos pretores e pela jurisprudência acabou por influenciar na construção da estrutura da responsabilidade civil baseada na culpa, introduzindo a responsabilidade subjetiva.

⁴ Nesse sentido, OLIVEIRA, Julio Cesar de. **Ação regressiva**: proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social face as empresas: instrumento de prevenção de acidentes de trabalho. São Paulo: Grupo Conceito, 2011. p. 20.

O Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão), que influenciou inúmeros Códigos Civis, inclusive o Código Civil de 1916, teve a culpa como premissa essencial para a configuração da responsabilidade civil (art. 1.382).

A reparação do dano era prevista no art. 159 do Código Civil de 1916 e decorria da ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência. O Código Civil de 1916, ao estruturar a responsabilidade civil baseada na culpa (responsabilidade civil subjetiva), prescrevia que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano (art. 159). O mesmo também aconteceu em relação ao inadimplemento obrigacional e contratual, conforme prescrição dos arts. 865, 867, 870, 879 e 883.

Por conseguinte, nos anos de 1897 e 1936, surge o debate acerca da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva), primeiro com Raymond Saleilles e, depois, com Louis Josserand. Como observa Flávio Tartuce o estudo levantado por estes juristas fundamenta-se em duas teorias: (i) teoria do abuso de direito, sendo presumida a culpa quando o direito fosse exercido com desproporção; e (ii) teoria das faltas ou culpas negativas, inerente à omissão ou falta de conduta, surgindo, assim, uma culpa pré-constituída. Por conseguinte, Josserand chega à doutrina do risco, em que aquele que criou o risco à custa de outrem deve suportar a suas consequências, respondendo perante a outra parte. Ela espalhou por toda a Europa no final do século XIX (TARTUCE, 2011. p. 14).

Importante notar que a Constituição Federal de 1988 incluiu a responsabilidade civil sem culpa nas questões inerentes aos danos ambientais (art. 225), assim como no caso de responsabilidade civil do estado, por ato de seus agentes (art. 37, § 6º), e, mesmo tendo sido prevista em inúmeras leis, ela teve o maior avanço nas questões afetas ao direito do consumidor (Lei 8.078/1.990).

Atualmente, a responsabilidade civil contratual decorrente do inadimplemento das obrigações contratuais está prevista nos arts. 389 a 420 do Código Civil de 2002, e a responsabilidade extracontratual/aquiliana está prevista nos arts. 927 a 954 do mesmo Código, cujo ilícito que dá ensejo à sua incidência encontra-se prescrito nos arts. 186 e 187 do mesmo Código. O art. 927, parágrafo único, do Código Civil mencionado prescreveu expressamente a responsabilidade civil objetiva no caso de atividade de risco, dispensando a necessidade de demonstração de culpa do agente. A reparação civil depende da verificação dos seguintes requisitos: a) ação ou omissão voluntária; b) dano; e c) nexo de causalidade entre a conduta do

agente e o dano. Entretanto, a complexidade das relações modernas também se reflete na dificuldade de comprovação do nexo causal.

Realizadas essas breves considerações, este ensaio levará em consideração tão somente a incidência da responsabilidade civil extracontratual/aquiliana objeto da ação regressiva proposta pelo INSS em face do empregador, haja vista a inexistência de relação contratual entre essas partes.

2.1 Culpa em sentido amplo e estrito

Necessário analisar a culpa em sentido amplo e estrito, do ponto de vista do Direito Civil, a fim de analisar sua evolução enquanto conceito jurídico e as possibilidades de aplicação aos empregadores que praticam atos ilícitos, seja com a presença de dolo ou da culpa estrita.

A culpa em sentido amplo implica tanto a intenção de lesar outrem como também um erro de conduta ou desvio da normalidade de agir ou não, capaz em ambas às hipóteses mencionadas violar o direito subjetivo de outrem, ensejando a sua reparação. Assim, a culpa em sentido amplo contempla tanto o “dolo” (a intenção de prejudicar outrem, em razão da ação ou omissão voluntária prevista no art. 186 do Código Civil) como a culpa em sentido estrito.

A culpa em sentido estrito dispensa a presença desse ato volitivo do agente, isto é, a simples ação ou omissão sem a intenção de prejudicar outrem, mas que viola o seu direito subjetivo, é capaz de ensejar a sua reparação. José de Aguiar Dias menciona que a sua concretização ocorre pela imprudência (falta de cuidado mais uma ação), negligência (falta de cuidado mais uma omissão), e imperícia (falta de qualificação para o desempenho de uma função) (DIAS, 1944. p. 136).

Karl Larenz identifica que a culpa se verifica quando houve uma atuação injusta do agente, vez que, se tivesse diligência, atenção ou boa vontade, teria uma atuação de outra forma. (LARENZ, 1958. p. 280).

Assim, tendo sido constatada a ocorrência da culpa em sentido amplo ou estrito do empregador capaz de gerar dano ao empregado, e, via de consequência, o dever do INSS de conceder-lhe o benefício previdenciário, este poderá, com fundamento nos arts. 120 e 121 da Lei 8213/1991, em um diálogo das fontes, com os arts. 186 e 927 do Código Civil, buscar a reparação do dano junto ao empregador correspondente ao reembolso dos valores despedidos ao empregado.

A responsabilidade subjetiva decorre da culpa *lato sensu* (negligência, imprudência, imperícia ou dolo). O art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal adota a responsabilidade subjetiva do empregador em razão de acidente de trabalho do empregado. Haverá ação regressiva acidentária mesmo quando o empregador não houver formalizado a relação de emprego, isto é, mesmo se ele não tiver vertido contribuições patronais ao INSS.

2.2 Investigação do nexó de causalidade

O nexó de causalidade, conforme explica Sérgio Cavalieri Filho, corresponde à relação de causa e efeito existente entre a conduta do agente e o dano causado (CAVALIERI FILHO, 2007. p. 46). Ou seja, a exata conexão entre uma conduta e a ocorrência do dano.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de asseverar que

a imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexó causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito. (STJ, set. 2008)

Em razão da evolução da responsabilidade objetiva, o aplicador da lei deve ter maior atenção em relação ao nexó de causalidade, notadamente quando temos várias causas que possam ter contribuído para a ocorrência do dano, o que justifica a aplicação da teoria da causalidade adequada, isto é, se várias causas concorrerem para determinado resultado, deve-se levar em consideração tão somente a mais adequada para esta finalidade.

O elemento formador da causalidade na responsabilidade subjetiva é a verificação da conduta do agente e o prejuízo causado a outrem, enquanto na responsabilidade objetiva essa conduta é qualificada por lei, ou em hipóteses de “atividade de risco” – termo jurídico indeterminado – previsto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Ou seja, na responsabilidade objetiva é dispensada a análise da culpa, mas não o nexó de causalidade, o qual deve existir tanto na responsabilidade subjetiva como na objetiva.

Contudo, apesar de toda a evolução legislativa inerente ao avanço da responsabilidade objetiva, nos casos previstos em lei e nas hipóteses de atividade de risco, a culpa ainda será

indispensável para verificar se o empregador deve ou não ter que indenizar na ação regressiva, em razão da expressa previsão do art. 120 da Lei 8213/1991.⁵

A comprovação do nexo entre a incapacidade e o acidente, bem como que este decorreu de dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) é fundamental para fixar a responsabilidade do empregador.

2.3 Dano

O dano não pode ser hipotético ou presumido, nos termos dos arts. 186 e 403 do Código Civil. Deve ser real e efetivo.

A ausência de prova do prejuízo efetivo implica a impossibilidade de indenizar, pois o art. 403 do Código Civil é expresso ao prescrever que “...ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os **prejuízos efetivos** e os lucros cessantes por efeito direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Essa é a orientação do Superior Tribunal de Justiça ao explicar que

[...] o suposto prejuízo sofrido pelas empresas possui natureza jurídica dupla: danos emergentes (dano positivo) e *lucros cessantes* (dano negativo). Ambos exigem efetiva comprovação, não se admitindo indenização em caráter hipotético, ou presumido, dissociada da realidade efetivamente provada. (STJ, 2014)

O INSS deve produzir a prova constitutiva do seu direito, isto é, deve demonstrar o nexo de causalidade e a ocorrência do dano, nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil. Esta prova também deve se estender à extensão do dano, nos termos do art. 944 do Código Civil.

Houve alteração relevante no Código Civil sobre a possibilidade de o magistrado calibrar o valor do dano, visto que o art. 944, parágrafo único, do Código Civil permitiu reduzir equitativamente a indenização se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

A caracterização do dano deve ser feita mediante a realização de exame pericial, a cargo do INSS. Um dos impasses verificados na prática, conhecido como “limbo jurídico”, ocorre quando a empresa, por meio de seu médico do trabalho, discorda da conclusão do INSS quanto

⁵ Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

à (in)capacidade do segurado ou quanto ao nexo de causalidade entre a incapacidade e o acidente.

O interesse do empregador está em poder se valor das hipóteses de isenção de responsabilidade, a fim de evitar a obrigação de indenizar o INSS, tais como: (i) culpa exclusiva da vítima; (ii) fato de terceiro; e (iii) caso fortuito e força maior.

3 APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA

Conforme a lição de Pontes de Miranda, todo direito pode ser violado por ato ilícito. Em análise à responsabilidade extracontratual da época (premissas que permanecem vigentes), acrescenta o citado autor que ordenamento pátrio permite que haja a reparação por lesão a bens que não são direitos subjetivos, sem excluir que os bens da vida (vida, integridade física e psíquica, liberdade, igualdade, verdade, honra, nome) sejam direitos subjetivos, e conclui que

o ato ilícito absoluto pode ir contra direitos subjetivos, contra direitos não-subjetivados e pois contra interesses juridicamente protegidos sem a categoria de ‘direitos subjetivos’; de jeito que as expressões ‘causar prejuízo a outrem’, que vem após ‘violar direito’, revelam que o sistema jurídico brasileiro adotou a extensão maior de bens da vida, abrangendo bens da vida de que cogita a lei penal e de que cogitam outras leis de direito público. (MIRANDA, 2012. t. II. P. 270-271)

Com relação ao trabalhador, o risco é profissional. Decorre da relação de trabalho e, por isso, é um risco social. No entanto, também exige a participação do empregador no custeio, por meio do pagamento do SAT.

A extensão da proteção ao meio ambiente do trabalho se dá por diversas formas. A ação civil pública é uma delas. O STJ já reconheceu a legitimidade do Ministério Público para propor ações coletivas que visem à defesa do meio ambiente de trabalho. (STJ, 2002, p. 247). A competência para julgamento é da Justiça do Trabalho. Entretanto, reiteradamente os empregadores não cumprem as normas de proteção ao trabalhador. Necessário, portanto, ampliar as modalidades de efetivação do direito.

As modificações culturais, tecnológicas e ambientais que a sociedade experimentou no último século, porém, aumentaram significativamente a exposição dos indivíduos a riscos das mais diversas ordens. A proteção do trabalhador não se limita aos direitos trabalhistas. Em caso de acidente de trabalho, inaugura-se uma relação jurídica entre o segurado acidentado e o INSS, que possui natureza de direito público. A autarquia federal faz pagamentos mensais ao segurado

que, em decorrência de acidente de trabalho, passe a sofrer incapacidade para a sua função habitual ou para qualquer outra. As prestações da autarquia são: a) a aposentadoria por invalidez; b) o auxílio-doença; c) o auxílio-acidente e também o serviço de reabilitação profissional.

Cabe às Delegacias Regionais do Trabalho e ao MP a fiscalização do cumprimento às normas de higiene e segurança do meio ambiente do trabalho. Porém, isso não impede que outros agentes (PGF) possam atuar na defesa de um direito fundamental dos trabalhadores. Necessário, dessa forma, questionar a extensão da responsabilidade civil à relação público-privada.

As responsabilidades do empregador perante o trabalhador e o INSS são distintas. Ocorrido o dano e demonstrados o nexo e a culpa do empregador, este deverá indenizar o trabalhador, independentemente da prestação previdenciária recebida do INSS. O empregado recebe uma prestação de natureza alimentar, paga pelo empregador, cumulativa com a prestação social acidentária, mantida pelo INSS, sem indagar de quem foi a culpa pelo acidente. Já a parcela reparatória paga pelo empregador à autarquia previdenciária se destina às seguintes finalidades: a) o ressarcimento da Previdência Social, garantindo o equilíbrio atuarial em face do não cumprimento das normas de prevenção pelo empregador (indenizatória); b) também se reconhecem “objetivos sancionatórios e pedagógicos, eis que o empregador negligente estará sujeito a tantas sanções quanto forem necessárias até conscientizar-se da necessidade de investir em medidas de segurança e saúde do trabalhador” (CAMARGO, 2012. p. 280; ALVES, 2011. p. 220); c) prevenção contra acidentes e proteção do meio ambiente de trabalho (ZIMMERMAN, 2010. 229-234); d) instrumento de política de efetivação da saúde do trabalhador.

3.1 Extensão da responsabilidade civil à relação público-privada

No Código Civil de 1916, o contrato de seguro foi regulado no art. 1.432 e previa a indenização resultante de riscos futuros, previstos no contrato, mediante o pagamento de um prêmio.

O contrato de seguros busca a redução dos riscos pelo meio negocial. O contratante paga um prêmio contratado a partir de cálculos atuariais e evita riscos que não poderia pagar sem prejuízo à manutenção de suas atividades particulares ou empresariais.

As seguradoras buscam o lucro explorando a disseminação dos riscos em nossa sociedade. Quanto maior a quantidade de acidentes e desastres, maior o lucro, pois o cálculo do valor do prêmio a ser pago depende da probabilidade de ocorrência dos riscos.

Já no seguro social, em que no lugar do prêmio há o pagamento de um tributo, não pode haver o lucro, pois isso importaria a cobrança desnecessária de tributos onerando os contribuintes. Assim, a lógica do seguro social é minimizar a ocorrência de riscos à menor quantidade possível. Como afirma Luís Kerbauy:

A repartição é inerente ao mecanismo do seguro. Alguns poderão nunca incorrer no sinistro e outros experimentarão deste dissabor repetidas vezes. De toda forma, ainda que intermediados pela seguradora, todos contribuirão para o alento daquele que foi alvo do infortúnio. (KERBAUY, 2013. p. 44)

O acidente de trabalho é um evento que acarreta consequências que não importam somente ao trabalhador acidentado. Os acidentes de trabalho e as doenças ocupacionais podem trazer diversas consequências para o empregador, que podem alterar as contribuições para o custeio da seguridade social pagas pela empresa (SAT) e ainda a responsabilidade do empregador em relação aos demais trabalhadores, evitando novos eventos semelhantes (Ex.: Vale) e também a responsabilidade regressiva em face do INSS.

A grande quantidade de acidentes de trabalho que tem ocorrido na atualidade é uma característica da nova realidade socioambiental (sociedade do risco), que demanda a implementação de mecanismos de proteção que tenham características precaucionais (THOMÉ, 2014. p. 11), buscando evitar a ocorrência e o agravamento de danos. Nesse contexto, cabe investigar a possibilidade ou não de aplicação do instituto da responsabilidade civil à relação público-privada que aparece a partir de um dever social e legal de o empregador propiciar que o trabalho se desenvolva em um meio ambiente adequado e garantir a saúde e a segurança do trabalhador. Cabe questionar se o descumprimento desse dever poderá acarretar a responsabilização pelos danos causados ao trabalhador e também pelos prejuízos suportados pelo INSS em razão do pagamento de benefícios acidentários.

No que diz respeito a essa relação público-privada, o êxito da ação regressiva depende da análise das possibilidades de responsabilização sob a ótica do Direito Civil e depende, ainda, da comprovação dos elementos caracterizados da responsabilidade, que são a culpa, o nexo causal e o dano.

Uma vez presente o elemento culpa em sentido amplo, o nexo de causalidade e a prova do dano, isto é, sendo demonstrado pelo INSS a ocorrência do ato ilícito praticado pelo

empregador, nos termos do art. 186 do Código Civil, ele deverá reparar o dano correspondente ao reembolso pelos valores despendidos pelo INSS, nos termos do art. 927 do mesmo Código.

Constata-se que o art. 186 do Código Civil vigente utiliza as expressões “violar direito e causar dano a outrem”, de modo que o nosso ordenamento jurídico, conforme ensina Pontes de Miranda, adotou a extensão maior de proteção aos bens da vida.

Portanto, a responsabilidade civil está ligada ao desvio de conduta e a ocorrência de dano, isto é, sempre que houver a violação de um dever jurídico preexistente, o nexo de causalidade e o dano, haverá a obrigação de indenizar. A violação do dever jurídico preexistente para caracterizar o ato ilícito precisa tão somente da existência do nexo de causalidade e a ocorrência do dano, pois o art. 186 do Código Civil não fez nenhuma restrição à expressão “violar direito”, como, por exemplo, utilizar a expressão “violar lei”, de modo que para a sua caracterização poderá ser a violação prevista na lei ou na própria ordem jurídica, permitindo, assim, alcançar situações novas ainda não positivadas, mas que possam ser enquadradas como violação da ordem jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.431.150-RS entendeu que o ajuizamento da ação regressiva pelo INSS deve ter o seu fundamento nos arts. 186 e 927 do Código Civil, permitindo, com isso, a plena incidência da responsabilidade civil na relação público-privada (STJ, 2017).

O direito de ação de regresso está expressamente previsto nos arts. 120 e 121 da Lei 8.213/1991. Existe, assim, um verdadeiro diálogo das fontes entre o Código Civil e a Lei 8.213/1991 como forma de assegurar o INSS a buscar reparação do dano decorrente do ato ilícito praticado pelo empregador, em razão da responsabilidade civil extracontratual.

3.2 O Seguro contra Acidentes de Trabalho (SAT)

Necessário também identificar a natureza jurídica do Seguro contra Acidentes de Trabalho (SAT). É comum as empresas alegarem que pagam o referido seguro e por isso estariam isentas de responsabilidade regressiva perante o INSS. Em caso de acidente de trabalho, somente estariam sujeitas a ação regressiva acidentária se não estivessem com o pagamento do SAT em dia. Porém, o mencionado instituto jurídico (SAT), que certamente nasceu com a natureza de um seguro, foi alvo de uma publicização que alterou sua natureza jurídica para a de um verdadeiro *tributo*. Perdeu, portanto, a natureza securitária; o pagamento é uma imposição compulsória da União que não depende de qualquer contrapartida do ente

público para a empresa-contribuinte. O fato de a receita ser vinculada ao custeio da seguridade social também não libera o empregador de sua responsabilidade em caso de dolo ou culpa. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar que o valor a ser ressarcido ao INSS não pode ser deduzido do montante pago a título de SAT, haja vista que esta contribuição se destina a assegurar a indenização ao trabalhador vítima de dano cujo evento causador não tenha tido origem na negligência do empregador, a que alude o art. 120 da Lei 8.213/91 (STJ, 2017).

A progressividade de alíquotas operacionalizada pelo Fator Acidentário de Prevenção (FAP) individualiza a contribuição, como forma de isonomia, equilíbrio na carga tributária e solidariedade no custeio. O FAP tem a finalidade de equacionar a tributação e não de majorá-la ou reduzi-la.⁶ Porém, não afasta a possibilidade de ação regressiva contra a empresa. O aumento do risco pela culpa do empregador não é um evento coberto pelo SAT.

Assim, diante da impossibilidade de utilizar o SAT para a liberação do dever de indenizar, o caminho que se abre para o empregador é buscar a celebração de contrato de seguro, pois, em razão deste, o empregador não terá a sua situação arruinada para a reparação do dano ocasionado ao INSS. O contrato de seguro não é uma prática habitual em nosso país, ao contrário de outros, como nos Estados Unidos, em que o contrato de seguro é extremamente utilizado e permite a distribuição do encargo de reparar o dano para a coletividade, em razão dos avanços gerados na indústria e a recorrência de acidentes. Apesar disso, o seguro privado poderá ser uma alternativa viável para remediar o desequilíbrio gerado em razão da violação de um dever preexistência com a ocorrência de dano.

3.3 Questões controvertidas sobre a ação regressiva acidentária

3.3.1 Conceito

Uma vez paga qualquer prestação acidentária pelo INSS, surge para o instituto a pretensão de ressarcimento contra o empregador que tenha agido com dolo ou culpa, para obter a recomposição do patrimônio público. Essa pretensão é que dá origem à ação regressiva acidentária.

⁶ Nesse sentido, KERBAUY, Luís Rodrigues. **Ação regressiva**: um paralelo com o seguro do direito privado. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. p. 98.

A ação regressiva é uma ação judicial que tem o objetivo de obter do Poder Judiciário prestação jurisdicional consistente em indenizar a Previdência Social dos valores gastos com o pagamento de benefícios previdenciários.⁷ No caso específico da ação regressiva acidentária, pressupõe-se que a Previdência Social não deve suportar o ônus do pagamento de benefícios concedidos em decorrência de acidente oriundos de dolo ou culpa do empregador.

As ações regressivas, previstas no art. 120 da Lei de Benefícios, começaram a ser propostas pelo INSS a partir de 2007. Em 2009, já havia sido distribuída a milésima ação na Justiça Federal (ATAIDE JUNIOR, 2017. p. 459). Essas ações, todavia, não buscam apenas o mero ressarcimento dos valores, pois têm um papel pedagógico importante, na medida em que se traduzem em ações que buscam a proteção do direito fundamental à saúde do trabalhador e sua divulgação se reflete na conscientização dos empregadores quanto aos seus deveres sociais, demonstrando que o Estado está atento às violações a esse direito e irá tomar medidas de diversas ordens para protegê-lo, inclusive na esfera da responsabilidade civil.

3.3.2 Legitimidade

O INSS é parte legítima para propor a ação regressiva acidentária. O orçamento da seguridade social pertence ao orçamento da União. De outro lado, o SAT, após a criação da Super-Receita (Lei n. 11.457/2007), é pago diretamente à União. O INSS é uma autarquia que atua na distribuição dos recursos.

A legitimidade do INSS para ajuizar a ação regressiva se justifica não apenas por ser o ente que realizou o pagamento da prestação social acidentária ao segurado, mas também por ser um dos atores do Poder Público a quem cabe efetivar os direitos do trabalhador, como o direito à saúde e ao meio ambiente de trabalho equilibrado, ao lado de outras entidades, como o Ministério Público e as Delegacias do Trabalho.

O direito de regresso pode ser exercido por meio de ação autônoma ou por denúncia da lide (CPC 2015, art. 125). A denúncia da lide será possível somente se o INSS não tiver

⁷ Além das regressivas acidentárias, a Procuradoria-Geral Federal, desde 2011, passou a ajuizar ações regressivas de trânsito, que buscam obter o ressarcimento de infratores que, por culpa, provocaram acidentes de trânsito dos quais resultou o pagamento de benefício previdenciário. Posteriormente, também passaram a ser propostas ações contra os condenados por violência doméstica, as chamadas ações regressivas “Maria da Penha”, em referência à Lei n. 11.340/2006. O STJ, no REsp n. 1431150, concluiu que “o INSS possui legitimidade e interesse para postular o ressarcimento de despesas decorrentes da concessão de benefício previdenciário aos dependentes de segurado, vítima de assassinato.” (STJ, REsp 1431150/RS, 2ª Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 2 fev. 2017).

concedido o benefício ao trabalhador na via administrativa, pois pressupõe ação judicial em que o denunciante haja sucumbido.

Com relação à denúncia da lide, cabe questionar seu cabimento, pois a ação acidentária é ajuizada na Justiça Estadual, que, entretanto, não possui competência para julgar ações cujo autor é a União Federal ou suas autarquias.

3.3.3 Competência

No que diz respeito à competência para a ação regressiva acidentária, é preciso observar a diversidade de instâncias envolvidas na proteção à saúde do trabalhador. A Justiça do Trabalho é competente para dirimir os conflitos de origem trabalhista, dentre eles a indenização individual requerida pelo trabalhador em face do empregador (CF, art. 7º, inc. XXVIII). No entanto, apesar da ampliação da competência da Justiça laboral realizada pela EC 45/2004, não lhe cabe julgar a ação regressiva acidentária.

De outro lado, a Justiça Estadual possui competência para julgar as demandas relativas à concessão de benefícios acidentários, por exclusão da competência federal determinada na no art. 109, inc. I, Constituição Federal. A competência estadual, entretanto, se esgota na decisão quanto ao direito do segurado a uma das prestações de natureza acidentária.

A competência para processar e julgar a ação regressiva acidentária proposta pelo INSS é da Justiça Federal, por envolver interesse da União, não fugindo à regra geral fixada no art. 109, inc. I, da Constituição Federal.⁸

3.3.4 Prescrição

Um dos pontos controversos quanto à ação regressiva acidentária diz respeito ao prazo prescricional.

A autarquia federal defende que regra aplicável para a ação regressiva é a da prescrição quinquenal, com fundamento no artigo 1º do Decreto n. 20.910/32. De outro lado, há julgados

⁸ Nesse sentido, os Tribunais Regionais Federais têm reiteradamente decidido que a competência para julgar a ação regressiva acidentária proposta pelo INSS é de competência da Justiça Federal. Cf. TRF1, AI 0073339-07.2012.4.01.0000, 6ª Turma, Rel. Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufann, julg. 23 abr. 2018, Dje 4 maio 2018; TRF2, AC 0002224-96.2010.4.02.5001, Vice-Presidência, Rel. Des. Fed. Marcelo Pereira da Silva, julg. 10 fev. 2017, DJe 15 fev. 2017; TRF3, AC 0003262-77.2011.4.03.6102, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, julg. 3 set. 2018, DJe 12 set. 2018.

que entendem que deve ser aplicada a prescrição trienal prevista no artigo 206, parágrafo 3º, incisos IV e V, do Código Civil.

A prescrição trienal foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário nº 669.069/MG (STF, 2016) (tema nº 666), cujo suporte fático era o ressarcimento de danos materiais promovido com fundamento em acidente de trânsito. O voto proferido pelo relator, Ministro Teori Zavascki, asseverou que deve ser aplicado a regra comum decorrente do ilícito civil, cujo prazo prescricional é o trienal e está previsto no art. 206, § 3º, IV e V, do Código Civil. Porém, é importante ressaltar que, quando do julgamento do mencionado recurso, os Ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli ponderaram que a discussão era tão somente para dizer se a questão era ou não prescritível, porque a questão inerente ao prazo prescricional é uma questão infraconstitucional e não poderia ser delineada pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por exemplo, tem reiteradamente adotado o entendimento delineado no voto do Ministro Teori Zavascki para considerar o prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil (TRF2, 2017).

De outro lado, em relação à prescrição quinquenal, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do recurso especial nº 1.251.993/PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, assentou a orientação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública é quinquenal, conforme previsto no art. 1º do Decreto-Lei 20.910/1932, e não trienal, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CC/2002. Em razão disso, e em observância ao princípio da isonomia, o Superior Tribunal de Justiça, passou a entender que o mesmo prazo deve ser aplicado nos casos em que a Fazenda Pública é autora, como nas ações de regresso acidentárias (STJ, 2014). Este entendimento também tem sido adotado, por exemplo, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1, 2018).

Admite-se, portanto, em razão do princípio da especialidade e do princípio da isonomia, nos termos dos arts. 2º, § 2º, 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do art. 5º da Constituição Federal, que deve prevalecer o prazo quinquenal previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/32 em detrimento do prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, IV e V, do CC/02 nas ações de regresso acidentárias.⁹

⁹ Nesse sentido, ALVES, Marcus Alexandre. Ação regressiva acidentária e a prescrição da pretensão indenizatória do Instituto Nacional do Seguro Social. **Revista da AGU**, Brasília, DF, v. 10, n. 28, p. 215-242, abr./jun. 2011. p. 238.

A partir do momento em que se reconhece que o INSS deve efetuar o primeiro pagamento do benefício acidentário, surge-lhe a pretensão de ressarcimento perante o empregador causador do acidente laboral, em observância ao princípio da *actio nata*, previsto no art. 189 do Código Civil, levando-se em consideração a prescrição quinquenal. (STJ, 2017)

3.3.5 Natureza

A ação regressiva acidentária proposta pelo INSS é uma ação típica de ressarcimento (direito de regresso) de natureza civil,¹⁰ prevista na Lei de Benefícios (Lei n. 8.213/1991, art. 120).¹¹ Em sentido contrário, Ataíde Junior afirma que não existe direito de regresso da Previdência Social em face do empregador. Pontua que não há um liame direto entre o dispêndio econômico do INSS e o responsável indireto pelo infortúnio (ATAÍDE JUNIOR, 2017. p. 466-468).

Por seu turno, José Antônio Savaris entende que o INSS, ao conceder o benefício, efetiva a proteção social ao segurado: “ao conceder o benefício previdenciário, o INSS não está a reparar nenhum dano sofrido pela vítima do ilícito, mas a atender ao seu mister de proteção social” (SAVARIS, 2013. p. 481).

A pretensão deduzida pelo INSS na ação regressiva acidentária, para Luís Kerbauy conclui que contraria a lógica do seguro, “que pressupõe que a indenização seja mantida pela seguradora, encarregada por administrar o prêmio.” (KERBAUY, 2013. p. 226).

Cabe notar, entretanto, que o vínculo entre o empregador e a responsabilidade pela indenização ao INSS é de natureza legal. Além da obrigação constitucional e legal de manter equilibrado o meio ambiente de trabalho, está previsto na legislação previdenciária (LB, art. 120). Ademais, indenização trabalhista individual (CF, art. 7º, inc. XXVIII) é cumulativa com o benefício acidentário.

¹⁰ Código Civil de 2002, art. 934: “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.” A jurisprudência do STJ reconhece a natureza civil da ação regressiva acidentária. Nesse sentido: STJ, CC 59970/RS, 2ª Seção, Rel. Min. Castro Filho, DJ 19 out. 2006, p. 237; AgRg no REsp 931438/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe 4 maio 2009.

¹¹ Nem seria necessária a previsão do art. 120 da Lei de Benefícios, pois as normas sobre a responsabilidade previstas no Código Civil seriam bastantes para permitir o direito de regresso do INSS (ALVES, Marcus Alexandre. Ação regressiva acidentária e a prescrição da pretensão indenizatória do Instituto Nacional do Seguro Social. **Revista da AGU**, Brasília, DF, v. 10, n. 28, p. 215-242, abr./jun. 2011. p. 219.

Não se pode negar que a existência de dano (redução da capacidade laborativa) é um dos requisitos legais necessários para a concessão de benefício acidentário. Além disso, também na ação regressiva, está o INSS a atender a essa mesma proteção de caráter social, pois o intuito da ação regressiva não é arrecadatório, mas ressarcitório e pedagógico.

Como o direito à saúde e ao meio ambiente têm como atores da proteção tanto o Estado quanto a sociedade, nesta incluídos principalmente os empregadores, não se pode afirmar que o SAT é um salvo-conduto para o empregador praticar todas as espécies de ilicitudes e faltar com seus deveres de proteção do ambiente de trabalho e cuidado com a saúde e a segurança dos trabalhadores.

Logo, o pagamento de benefícios acidentários não é somente uma imposição do dever de prestar os direitos decorrentes do sistema de seguridade social. O INSS, na sociedade do risco, embora responda perante os segurados de forma objetiva, não pode arcar sozinho com o incremento do risco gerado pelo empregador. Daí a ação regressiva nos casos de dolo ou culpa do empregador. Encaixa-se perfeitamente na noção de ação de regresso.

A ação regressiva não é uma fonte de custeio, embora possa ser utilizado para o pagamento de benefícios, mas sim uma forma de buscar o (re)equilíbrio do sistema e a proteção do trabalhador. A ação regressiva exerce, pois, essa função de forçar o cumprimento das normas protetivas. Não se trata de função fiscal.

O dano buscado com a ação regressiva decorre do fato de a ação ou omissão do empregador gerar uma perda patrimonial ao fundo previdenciário em hipóteses que, se atendidas as leis protetivas, esse pagamento não ocorreria. Quando o benefício é concedido sem culpa da empresa, há também uma diminuição patrimonial para o INSS, mas nesse caso não há ação regressiva, em razão da falta de um de seus requisitos, que é o nexo causal.

Assim, não se pode negar que da conduta ilícita da empresa culpada pelo acidente de trabalho surge para o INSS um dano não previsto do ponto de vista atuarial, a não ser que se aceite que o seguro compulsório (SAT) dá ao empregador o direito de violar a lei. O pagamento do SAT é feito pela empresa, porque ela se beneficia do trabalho. O seguro, porém, é do trabalhador e não da empresa.

Nessa mesma linha de raciocínio, o pagamento do seguro DPVAT pelo motorista que dirige embriagado e provoca acidente com vítimas não o exime de eventual ação regressiva do INSS.

O ato ilícito é passível de tutela jurídica de vários ramos do direito, como o penal, o administrativo, o tributário, o trabalhista e, inclusive, o direito civil. A ação regressiva é tema do direito civil, não obstante sua previsão na Lei de Benefícios e ter como legitimado o INSS.

Para Ataíde Junior, a ação regressiva acidentária é espécie de “obrigação *ex lege* e *atípica* de ressarcimento ao erário” que constitui *nova fonte de custeio* formalmente inconstitucional, pois sua introdução no ordenamento não respeitou a exigência de lei complementar (Constituição Federal, art. 195, § 4º). (ATAÍDE JUNIOR, 2017. p. 477).

Não se pode concordar, porém, que a ação regressiva acidentária seja nova fonte de custeio, pois teria como fato gerador a conduta dolosa ou culposa do empregador e tal contribuição, nesse caso, seria uma sanção pelo ato ilícito, não se encaixando no conceito de tributo (CTN, art. 3º). Além disso, a manutenção da Previdência não é realizada apenas por meio de contribuições.

O direito social previsto no art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição não se limita ao aspecto individual do direito à indenização. Aliás, difícil encarar os direitos sociais do ponto de vista exclusivamente individual. Dessa forma, a indenização a que o empregador está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa abrange a ação regressiva acidentária, que tem por objetivo ressarcir os danos causados à Previdência Social, cujo patrimônio, em última análise, é do próprio trabalhador, que dele se beneficiará na aposentadoria.

CONCLUSÃO

Na sociedade reflexiva, caracterizada pela multiplicidade dos riscos, os empregadores, por isso, adquirem maior responsabilidade social na manutenção do meio ambiente de trabalho equilibrado e no cumprimento das normas de segurança e higiene do trabalho.

Não existe um abismo entre os direitos previdenciário, financeiro, tributário e civil, que são diferentes perspectivas por meio das quais é possível analisar a Previdência Social. Quando os benefícios são pagos em razão de dolo ou culpa do empregador, há um prejuízo patrimonial para a Previdência, isto é, um desequilíbrio injusto, cuja reparação é feita por meio da ação regressiva acidentária. Não é, portanto, nova fonte de custeio, pois não há acréscimo patrimonial.

O papel do Estado não se esgota com a efetivação do direito à saúde do trabalhador. No que se refere à proteção contra acidentes de trabalho, também pode ser efetivado por meio do ajuizamento da ação regressiva contra o empregador responsável pelo acidente, limitando-se,

entretanto, àqueles que concorreram com dolo ou culpa. A responsabilidade do empregador, portanto, é subjetiva.

O direito de regresso, além de expressamente previsto nos arts. 120 e 121 da Lei 8.213/1991, está assegurado nos arts. 186 e 927 do Código Civil, havendo um verdadeiro diálogo das fontes como forma de assegurar ao INSS a reparação do dano decorrente do ato ilícito praticado pelo empregador, em razão da responsabilidade civil extracontratual.

Deve prevalecer o prazo quinquenal previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/32 em detrimento do prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, IV e V, do CC/02 nas ações de regresso acidentárias, em observância ao princípio da especialidade e do princípio da isonomia, nos termos dos arts. 2º, § 2º, 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do art. 5º da Constituição Federal, de modo que, a partir do momento em que o INSS efetuar o primeiro pagamento do benefício acidentário, surge-lhe a pretensão de ressarcimento perante o empregador, em observância ao princípio da *actio nata*, previsto no art. 189 do Código Civil.

As ações regressivas não procuram apenas o mero ressarcimento dos valores, pois têm um papel pedagógico importante, na medida em que buscam a proteção do direito fundamental à saúde do trabalhador e sua divulgação se reflete na conscientização dos empregadores quanto aos seus deveres sociais, demonstrando que o Estado está atento às violações a esse direito e irá tomar medidas de diversas ordens para protegê-lo, inclusive na esfera da responsabilidade civil. O direito de regresso do INSS configura etapa essencial para evitar o prejuízo ao erário e, conseqüentemente, o desequilíbrio do orçamento da Seguridade Social. Assim, a ação regressiva acidentária se justifica como meio de coibir condutas do empregador contrárias à manutenção do meio ambiente do trabalho salutar e equilibrado.

Na sociedade do risco, impõe-se a atuação do Poder Público de forma estratégica e pedagógica, evitando que os efeitos das novas tecnologias e da crescente industrialização acarretem danos à saúde e à segurança dos trabalhadores, e, conseqüentemente, mantendo-se equilibrado o meio ambiente em que se desenvolve o trabalho humano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. FUNDACENTRO. **Boletim Fundacentro de Estatísticas de Acidentes de Trabalho**. Disponível em:

<<http://www.fundacentro.gov.br/arquivos/projetos/estatistica/boletins/boletimfundacentro1vfinal.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2019.

EM TEMPO

ISSN – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVES, Marcus Alexandre. Ação regressiva acidentária e a prescrição da pretensão indenizatória do Instituto Nacional do Seguro Social. **Revista da AGU**, Brasília, DF, v. 10, n. 28, p. 215-242, abr./jun. 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Ações regressivas previdenciárias como ações de ressarcimento *sui generis*. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; FOLMAN, Melissa (Coord.). **Interloquções entre o direito previdenciário, o direito tributário e a economia**. Porto Alegre: Paixão, 2017. p. 457-482.

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. A ação regressiva acidentária do INSS, sua natureza jurídica e os tribunais. **Revista da AGU**. Brasília, Advocacia-Geral da União, ano 11, n. 34, p. 275-301, out./dez. 2012.

CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de; MELO, Sandro Nahmias. **Princípios de direito ambiental do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 18.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KERBAUY, Luís Rodrigues. **Ação regressiva**: um paralelo com o seguro do direito privado. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Atualizada por Ovídio Rocha Sandoval. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. II.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

EM TEMPO

ISSN – 1984 – 7858 DIGITAL

v. 21 n. 01

OLIVEIRA, Julio Cesar de. **Ação regressiva**: proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social face as empresas: instrumento de prevenção de acidentes de trabalho. São Paulo: Grupo Conceito, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável. **Revista do TST**, Brasília, vol. 80, n. 01, jan.-mar. 2014.

SAVARIS, José Antônio. A ilegalidade da ação regressiva do INSS decorrente de ato ilícito não acidentário. **Revista de Previdência Social**. São Paulo: LTr, v. 391, p. 477-485, jun. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**: a teoria do risco concorrente. São Paulo: Método, 2011.

THOMÉ, Romeu. **O princípio da vedação de retrocesso socioambiental**: no contexto da sociedade de risco. Salvador: Juspodivm, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZIMMERMAN, Cirlene Luiza. **A ação regressiva acidentária como instrumento de tutela do meio ambiente do trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito). Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 2010.