FÁBIO DA SILVA **VEIGA** | FILIPPO **VIGLIONE** | VINCENZO **DURANTE**

DIRETORES

DIREITOS FUNDAMENTAIS

NA PERSPECTIVA ÍTALO-BRASILEIRA

VOLUME I

Spagi

800 ANNI 1222·2022

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

IBEROJUR
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Direitos Fundamentais na Perspectiva Ítalo-Brasileira

Fábio da Silva Veiga

Filippo Viglione

Vincenzo Durante

(Diretores)

Padova | Porto | 2021

O editor não é responsável pelas opiniões, comentários e manifestações contidas nos textos dos respectivos autores. A presente obra expõe exclusivamente a opinião de cada autor como manifestação do seu direito à liberdade de expressão e ao padrão académico-científico definido pelo parâmetro de revisão do Comité Científico. O editor se opõe expressamente a qualquer das páginas desta obra ou partes da mesma nas quais sejam utilizados resumos ou textos jornalísticos. Qualquer forma de reprodução, distribuição, comunicação pública ou transformação desta obra só pode ser realizada mediante autorização de seus titulares, salvo exceção prevista na lei. Portanto, este livro não poderá ser reproduzido de forma integral sem a autorização prévia dos editores. Os autores dos capítulos ficam autorizados à reprodução e indexação na forma eletrónica sem fins comerciais, fazendo- se menção de que os respectivos textos pertencem à integralidade do livro, desde que citados o editor e demais informações da obra. Quaisquer outras formas de cessão do uso da obra, sem a autorização prévia, por escrito, dos titulares do copyright, são consideradas proibidas.

O procedimento de seleção de originais ajusta-se aos critérios específicos de investigação, no que se indica que as admissões dos trabalhos publicados respondem a critérios de qualidade equiparáveis aos exigidos pelas revistas científicas, nomeadamente avaliação doble-blind review do Comité Científico composto por doutores em conformidade com a especialização da matéria.

Citação:

VEIGA, Fábio da Silva; VIGLIONE, Filippo; DURANTE, Vincenzo. Direitos Fundamentais na Perspectiva Ítalo-Brasileira, Porto/Padova: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Università di Padova, 2021, 541 págs. ISBN: 978-989-54869-9-1

Ficha Técnica

© 2021 Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR

Título: Direitos Fundamentais na Perspectiva Ítalo-Brasileira

Coordenadores: Fábio da Silva Veiga, Filippo Viglione e Vincenzo Durante

Diagramação: Talita Corrêa Gomes Cardim

© [Autores vários]

Suporte: Eletrónico; Formato: PDF

ISBN: 978-989-54869-9-1

1ª edição: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Università di Padova

Rua de Avilhó, 214, Matosinhos (Porto) - Portugal.

4460-282.

Setembro, 2021

Depósito Legal - Bibioteca Nacional de Portugal

486582/21

Comité Científico

Adriano Marteleto Godinho (UFPB)

Alessandro Boscati (U.Milano)

Anderson Lobato (FURG)

André Copetti (UNIJUÍ)

Angelo Viglianisi Ferraro (U.Reggio Calabria)

António Francisco de Sousa (U.Porto)

Augusto Jobim (PUCRS)

Bruna Capparelli (U.Bologna)

Carlos Alberto Lunelli (UCS)

Cleide Calgaro (UCS)

Denise Fincato (PUCRS)

Davide Casale (U.Bologna)

Doglas Lucas (UNIJUI)

Fabio Veiga (IBEROJUR)

Fabio Siebeneichler de Andrade (PUCRS)

Fabrizio Piraino (U. Palermo)

Filippo Viglione (U.Padova)

Francesca Benatti (U.Padova)

Frederico Oliveira (UNAMA)

Gianpaolo Poggio Smanio (U.Mackenzie)

Jeferson Bacelar (UNAMA)

Maria Cláudia Antunes de Souza (UNIVALI)

Maria Claudia Brauner (FURG)

Maria Creusa Borges (UFPB)

Maria de Fátima Ribeiro (UNIMAR)

Maria Giovanna Greco (U.Parma)

Mauro Grondona (U.Genova)

Nereu Giacomolli (PUCRS)

Patricia Cardoso (UFF)

Ricardo Gloeckner (PUCRS)

Riccardo Cappi (UNEB)

Renata Guadagnin (PUCRS)

Rossano Pecoraro (UNIRIO)

Vania Siciliano Aieta (UERJ)

Valter Moura do Carmo (UNIMAR)

Vincenzo Durante (U.Padova)

Wilson Engelman (UNISINOS)

Zélia Pierdoná (U.Mackenzie)

No final de janeiro de 2021 o Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR) e a Università di Padova, Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e studi internazionali, promoveram, em Pádua, Itália, o I Seminário Ítalo-brasileiro de Direitos Fundamentais.

O objetivo proposto pelo Seminário foi o de fomentar de forma crítica, metodológica e dialética, o debate jurídico-científico sobre temas que gravitam a esfera dos direitos fundamentais no âmbito europeu, italiano e brasileiro. Para atingir esses objetivos, houve a participação colaborativa entre diversos programas de mestrado e doutorado de instituições italianas e brasileiras.

Como resultado dos trabalhos apresentados, e, após a revisão rigorosa do Comité Científico, apresenta-se à comunidade académica internacional os artigos aprovados, de modo a difundir os resultados finais de pesquisas altamente relevantes sobre direitos fundamentais, assim como, apresenta-se os resultados parciais de pesquisas que buscam dar respostas a problemáticas atuais e em constante análise crítica.

Porto/Pádua

Julho de 2021

Fábio Veiga

Filippo Viglione

Vincenzo Durante

(Coordenadores)

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

Instituições organizadoras

Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR – PORTUGAL.

Università di Padova, Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e studi internazionali – ITÁLIA.

Instituições colaboradoras

Universidade Lusófona do Porto – PORTUGAL

Universidade do Vale do Itajaí, PPGCC -BRASIL

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, PPGD – BRASIL

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PPGD/ PPGCC – BRASIL

Universidade de Caxias do Sul, PPGD – BRASIL

Universidade do Rio Grande, PPGDJS - BRASIL

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, PPGD – BRASIL

Universidade Presbiteriana Mackenzie - BRASIL

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, PPGD – BRASIL

Centro Universitário Sete de Setembro, PPGD - BRASIL

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

Índice

Diritti fondamentali e ruolo della giurisprudenza nella emergenza Covid-19.

Francesca Benatti 15

Il diritto privato oggi e il ruolo del giurista

Mauro Grondona 28

Note genealogiche di filosofia e criminologia

Rossano Pecoraro 42

A responsabilidade civil dos médicos em meio a uma pandemia: é possível a responsabilização pelo dano moral decorrente do evento morte?

Lucas Girardello Faccio 64

A influência da transnacionalidade nos direitos fundamentais: uma breve abordagem

Heloise Siqueira Garcia & Vinicius de Assis 77

Novas tecnologias e o direito à privacidade no teletrabalho em domicílio: análise jurídica de um direito fundamental em ameaça

Talita Corrêa Gomes Cardim 92

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

Direitos fundamentais e as novas tecnologias com ênfase no conceito de teledemocracia

Hérica Cristina Paes Nascimento & Vithor Assunção Sousa 112

Justiça penal negocial: eficácia e devido processo legal

Mariane de Matos Aquino & Fernanda da Silva Soares 126

O acesso à educação para garantia da dignidade das futuras gerações, nos termos da Agenda 2030

Gabriela Soldano Garcez 139

Surveillance pedagógica: a gestão dos indesejáveis pela escola

José Luís Ferraro & Augusto Jobim do Amaral 152

As verdadeiras funções da pena

João Luiz Martinechen Beghetto 168

Tratamento de dados pessoais pelas empresas e o compliance

Marina Rubia M. Lôbo de Carvalho & sabella Teixeira Martins 181

A violação do direito à vida, à saúde, à alimentação e à informação ante à ausência de campanhas a respeito do consumo de carne e seus impactos para o meio ambiente

Adriana Cecilio Marco dos Santos 196

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

O compliance tributário como mecanismo preventivo à imputação de multas fiscais no Brasil

Lucienne Michelle Treguer Cwikler Szajnbok 210

As normas ISO como esquemas regulatórios para as nanotecnologias

Wilson Engelmann & Patricia S. Martins 223

Sequestro parental internacional de menores: As experiências brasileira e italiana na aplicação da Convenção de Haia de 1980

Jessica de Aguiar Vasconcelos & Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima 237

Do verde às cinzas, da vida à morte: reflexões sobre as queimadas no pantanal / Brasil e o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado

Mireni de Oliveira Costa Silva & Walkiria Martinez Heinrich Ferrer 251

Processo de harmonização dos direitos fundamentais perante os Tribunais Europeus (TJUE e TEDH)

Gésun Fernando Prestes 265

Os direitos fundamentais e a mediação digital como forma de resolução dos conflitos trabalhistas frente à pandemia do novo coronavírus covid-19

Kárita Barboza Gouveia & Nicélia Pereira Lima Ferreira 277

Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

A renda mínima no Brasil e na França

Kalinca Gonçalves Leite & Anderson Orestes Cavalcante Lobato 292

A responsabilidade sobre o fornecimento da infraestrutura necessária no regime de teletrabalho. Estudo comparado entre Brasil e Itália

Camilla Martins dos Santos Benevides 304

O problema da estrutura e da função no sistema da LGPD: a governança como resposta de confiança jurídica sistêmica.

Daniela Pellin 317

Bases histórico-normativas e perspectivas do teletrabalho no Brasil pós-pandemia

Denise Fincato 331

As decisões proferidas nos sistemas europeu e interamericano de direitos humanos e os procedimentos de fiscalização e de execução forçada a partir do direito comparado

Anne Carolinne Batista 355

A efetivação dos direitos fundamentais por meio da implementação da governança corporativa e compliance

Jaqueline Maria Ryndack 369

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

A intervenção do Estado constante na Constituição Federal Brasileira e a regulação estatal por meio da governança corporativa

Jaqueline Maria Ryndack & Fábio André Guaragni 384

A (in) compatibilidade das leis de proteção de dados pessoais e a tecnologia blockchain: reflexões iniciais sobre a responsabilidade civil de controlador

Beatriz Gontiijo de Brito & Aline França Campos 399

Direito fundamental à água e o reuso

Carlos Alberto Lunelli & Marcelo Ferreira Tognon 413

Notas sobre o poder municipal no sistema único de segurança pública instituído pela lei 13.675/2018

Giovani da Silva Corralo 430

Notas sobre o direito fundamental à boa governança e compliance na administração pública brasileira

Giovani da Silva Corralo 443

Estado de direito ambiental da ONU e a legislação verde brasileira: ainda o desafio da efetividade

Jeferson Antonio Fernandes Bacelar & Frederico Antonio Lima de Oliveira 456

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

O uso da inteligência artificial como ferramenta para garantia de uma maior eficácia pela administração pública no Brasil

Cláudio Teixeira Damilano 470

A imparcialidade do juízo sob a ótica do processo e jurisdição constitucional democrática

Fabricio Veiga Costa & Graciane Rafisa Saliba 484

Direitos fundamentais: o meio ambiente, o homem e o aumento climático

Carlos Alberto Lunelli & Ismael Telles Ferreira 499

Direito fundamental ao saneamento básico: análise da lei n.º 14.026/2020 à luz do estado socioambiental de direito

Maria Carolina de Melo Santos 513

A efetivação dos direitos sociais trabalhistas por meio de códigos de conduta em empresas transnacionais

Fabrício Veiga Costa & Graciane Rafisa Saliba 526

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

Diritti fondamentali e ruolo della giurisprudenza nella emergenza Covid-19.

Fundamental rights and the role of jurisprudence in the Covid-19 emergency

Francesca Benatti[1]

Sommario: 1. Introduzione; 2. Scienza, politica e giurisprudenza; 3.L'attuale tendenza della giurisprudenza; 4. Originalismo v. Common good constitutionalism ?; 5. Conclusioni.

Riassunto: Il presente lavoro offre una analisi del difficile rapporto tra giurisprudenza e scienza, analizzando la situazione di emergenza causata dalla pandemia Covid. Nell'ultimo anno, il potere politico ha imposto per prevenire la diffusione del contagio misure restrittive della libertà personale, economica, religiosa, di circolazione, di espressione, del diritto di istruzione. Se in un primo momento la giurisprudenza ha lasciato ampia discrezionalità al politico, nell'ultimo periodo sembra richiedere una maggiore trasparenza dei dati e una razionalità e proporzionalità delle misure rispetto agli obiettivi prefissati. Benché, infatti, il potere esecutivo e quello legislativo sono maggiormente adeguati a confrontarsi con la scienza e a compiere decisioni di policy, spetta alla giurisprudenza fissare il confine che il potere politico non può e non deve oltrepassare. Emblematica in tal senso è la decisione in materia di libertà religiosa della US Federal Supreme Court. La necessità di un controllo per prevenire abusi e arbitri pone, però, il problema della complessità di una gerarchizzazione dei valori fondamentali, dei criteri impiegati, del soggetto deputato a compierla. Sono scelte cruciali che attengono alla concezione stessa della democrazia. In particolare, il saggio si concentra sui metodi di interpretazione costituzionale originalista e del bene comune, mettendone in luce vantaggi e criticità.

Parole Chiave: Scienza; Giurisprudenza; Interpretazione.

Abstract: This work offers an analysis of the difficult relationship between jurisprudence and science, analyzing the emergency situation caused by the Covid pandemic. In the last year, political power has imposed restrictive measures on personal, economic,

1 Professoressa associata di Diritto Comparato presso Università degli Studi di Padova. Email: francesca.benatti@unipd.it

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

religious freedom, movement, expression and the right to education to prevent the spread of the infection. If at first the jurisprudence left wide discretion to the political power, in the last period it seems to require greater transparency of data and a rationality and proportionality of the measures with respect to the objectives set. Although, in fact, the executive and legislative powers are better suited to confront science and make policy decisions, it is up to jurisprudence to set the boundary that political power cannot and must not cross. Emblematic in this sense is the decision on religious freedom of the US Federal Supreme Court. The need for control to prevent abuses and arbitrators, however, raises the problem of the complexity of a hierarchy of fundamental values, of the criteria used, of the subject appointed to carry it out. These are crucial choices that pertain to the very concept of democracy. In particular, the essay focuses on the methods of originalist constitutional interpretation and the common good, highlighting their advantages and criticalities.

Key Words: Science; Jurisprudence; Interpretation.

Introduzione

La pandemia Covid che ormai da un anno quasi controlla le nostre vite ha accentuato alcune delle questioni e della problematiche irrisolte già presenti nelle nostre realtà: il ruolo della scienza e il suo rapporto con la politica e la giurisprudenza, il confronto fra giurisprudenza e legislazione, la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, ma soprattutto la loro gerarchizzazione. La crisi ha confermato come spesso la loro tutela comporti il sacrificio di altre libertà e diritti. Si impone quindi la necessità di individuare i soggetti preposti al loro bilanciamento e un criterio chiaro che possa essere impiegato. Si è assistito ad una limitazione della libertà economica, religiosa, di circolazione, del diritto all'istruzione e perfino della libertà di espressione perché il dibattito sul Covid è sempre avvenuto in forme determinate e qualsiasi dubbio sulla opportunità o razionalità delle misure è stato tacciato come ignorante o negazionista. E il dibattito sulla obbligatorietà dei vaccini o sulla introduzione

di misure premiali volte a incentivarli apre una stagione di nuovi problemi. Libertà in cambio di sicurezza è stato il patto hobbesiano tra Stato e cittadini che ha regolato questo periodo.

Appare ovvio nell' esaminare la situazione attuale come tutti i sistemi abbiano scelto di far prevalere il diritto alla salute su tutti gli altri. E si potrebbe specificare ulteriormente sottolineando come anche all'interno dello diritto alla salute siano spesso state fatte gradazioni che hanno portato al sacrificio di altri malati. E in tal senso si è comportata la giurisprudenza che ha accolto quasi tutti i provvedimenti presi lasciando al potere politico quella discrezionalità di cui gode nell' emergenza nello stato di eccezione. Peraltro come afferma Ira Katznelson[2] la differenza fra democrazia e dittatura non è che la democrazia si impedisce lo di eccezione, ma lo impone per proteggersi e non per agire impunemente e arbitrariamente. Essa richiede che le misure implementate siano temporanee e soprattutto razionali e trasparenti. Devono essere strettamente mirate all'obiettivo che nella pandemia Covid è rappresentato dalla tutela della salute e la protezione dei cittadini attraverso una prevenzione del contagio.

Scienza, politica e giurisprudenza

La questione si concentra dunque sull' impiego della scienza da parte del legislatore e della giurisprudenza perché solo la scienza può fornire gli elementi e i criteri sui quali fondare le scelte. Il tema è antico: la Corte Costituzionale tedesca ha affrontato il complesso rapporto fra i tre poteri dello stato con riguardo alla scienza nella decisione del 1978 Kalkar I relativa alla costruzione di un impianto nucleare. Nella motivazione è affermato come certe decisioni siano di natura politica e tendenzialmente sottratte ad una judicial review: "solo il futuro dirà se questa scelta di implementare la tecnologia sarà utile o dannosa. In questa situazione necessariamente incerta

2 KATZNELSON, Ira. "Fear itself: The new deal and the origins of our time". New York: WW Norton & Company, 2013.

sono innanzitutto il legislatore e il governo ad avere la responsabilità politica per prendere le decisioni che essi ritengono pragmaticamente opportune entro i confini delle loro rispettive competenze. In queste circostanze, il giudice non ha il compito di sostituire il suo giudizio a quello dei rami politici nel valutare la situazione, in quanto non esistono criteri giuridici per tali decisioni"[3].

E' evidente dunque come le Corti adottino l'approccio deferente per varie ragioni: l'impossibilità di un controllo effettivo della validità del dato scientifico, la scarsa conoscenza da parte dei giudici, la difficoltà di un bilanciamento di valori e libertà che non è meramente tecnico, ma politico. Ciò non esclude la necessità di una verifica non tanto della correttezza sostanziale, quanto della trasparenza del dato impiegato e della proporzionalità, della razionalità delle misure in relazione alle informazioni disponibili. Sia politica che giurisprudenza condividono le medesime difficoltà nel relazionarsi al dato scientifico che attengono principalmente ad una diversità di approccio. Esse infatti richiedono elementi possibilmente certi in un determinato momento per la decisione. Invece non dovrebbero mai dimenticare che, come sottolineato, "la certezza … di oggi potrebbe essere eliminata dalla prossima generazione di esperti o che la ricerca scientifica getterà luce in angoli che sono attualmente bui". D'altra parte "questo è il destino, anzi questo è il senso del lavoro della scienza, al quale esso è sottoposto ed esposto in modo del tutto specifico rispetto a tutti gli altri elementi della cultura per i quali pur vale la stessa cosa: ogni riuscita scientifica comporta "nuove questioni" e vuole essere superata e invecchiare"[4]. Per tale ragione gli appelli a seguire la scienza, a non dubitare o a dibattere alcuni dati della pandemia per ricercare maggiore chiarezza oggi appaiono sbagliati o peggio rischiosi. Sono, inoltre, smentiti dall'esperienza: l'OMS ha messo in luce, in una ennesima giravolta, pochi giorni fa la possibilità di errori nei test, se non eseguiti scrupolosamente, e uno studio americano discute della contagiosità degli asintomatici.

3 Kalkar Case I (1978) 49 BVerfGE 89.
4 In re U (A Child) [2005] Fam. 134.

E' il metodo scientifico, che la ribalta mediatica vorrebbe cambiare o, addirittura, far tacere.

Il che tuttavia implica due riflessioni. La prima è l'impossibilità per la politica di abdicare al suo ruolo nei confronti della scienza e della tecnica. Da un lato esse non sono mai neutrali ma possono servire gli scopi più diversi come intuito già da Carl Schmidt, dall'altro la decisione di far governare la scienza è una decisione profondamente politica. Nell'ultimo periodo in Italia sono usciti due importanti libri sul tema: "Il lavoro dello spirito" di Massimo Cacciari e "L'ingranaggio del potere" di Lorenzo Castellani. Il primo ci ricorda[5], richiamandosi a Weber, che il politico è chiamato a calcolare, misurare, analizzare in analogia con il metodo del lavoro scientifico, ma in quanto partecipante esplicitamente alla lotta sul terreno dei lavori sarà responsabile della sua scelta e dunque del fondo non razionale che la sua decisione comporta. Il politico deve saper rendere ragione e riconoscersi responsabile-

Lorenzo Castellani, nella prospettiva di Hayek, critica l'illusione tecnocratica, rilevando come la conoscenza dovrebbe emergere dal sistema poiché quando si impone sul sistema è prescritta da qualcuno che domina sugli altri. E quindi all' accentramento tecnocratico di esperti è preferibile la decentralizzazione del sapere[6]. In entrambi gli autori si afferma come la responsabilità del politico, che deve saper usare il dato scientifico, sia l'elemento decisivo che avvicina politica e scienza.

La seconda riflessione è che neppure la giurisprudenza debba rinunciare al suo ruolo nei confronti della politica e della scienza. Aveva ragione probabilmente Holmes quando muovendo dalla sfiducia nel diritto come modo di miglioramento della società osservava che se il diritto è politica deve scegliere il legislatore, se

5 CACCIARI, Massimo. "Il lavoro dello spirito". Milano: Adelphi, 2020, pp.57 ss.
6 CASTELLANI, Lorenzo. "L'ingranaggio del potere". Macerata: Liberlibri, 2021, pp. 201 ss.

il diritto è conflitto di interessi sono i parlamenti a dover decidere[7]. Ma alla tesi con riguardo alla pandemia può essere sollevata, innanzitutto una obiezione fattuale: i tribunali si sono espansi a tal punto che oggi il self-restraint appare più una pavida scusa che una reale giustificazione. Se questo è un argomento insufficiente, va ribadito come sia compito delle Corti fissare i limiti della discrezionalità del politico, oltre al quale non è possibile andare. La discrezionalità va accettata, ma deve avere confini chiari[8]. D' altra parte in una corretta accezione non è l'interventismo giudiziale in sè il problema, ma solo quello arbitrario, estraneo al sistema e fondato esclusivamente sulla volontà e ideologia o percezione del giudicante.

L' attuale tendenza giurisprudenzale

In tal senso è significativa la decisione Roman Catholic Dioceses of Brooklyn v. Andrew M. Cuomo[9], con il quale la Corte Suprema Federale statunitense accoglie a stretta maggioranza il ricorso presentato dalla Diocesi Cattolica e da Associazioni ebraiche (Agudath Israel) per la sospensione cautelare dell'ordine esecutivo 202.68 nella parte in cui stabilisce limiti prefissati al numero di partecipanti alle celebrazioni religiose per ridurre la diffusione del Covid-19. La motivazione di maggioranza ha sottolineato come non essendo state imposte restrizioni a tutte le attività svolte al chiuso e, quindi, non trattandosi di provvedimenti neutri e di carattere generale, debba essere verificata la loro proporzionalità. Pur con alcune differenze tra le aree di rischio, l'ordine esecutivo consentiva, infatti, a numerose attività private di ammettere al loro interno quante persone ritenessero. Tali distinzioni non sarebbero state poi motivate

7 V. l'analisi di HORWITZ, Morton. "Holmes in American Legal Thoughts" in GORDON, Robert (a cura di). "The Legacy of Oliver Wendell Holmes". Stanford: Stanford University Press, 1992, pp. 31 ss.

8 Sui possibili errori commessi, v. AXE, Douglas, BRIGGS, William, RICHARDS Jay. "The price of panic. How the tiranny of experts turned a pandemi cinto a catastrophe". Washington: Regnery, 2020.

9 592 U.S. _____, 2020 WL.

da una reale giustificazione posto che secondo lo stesso convenuto la diffusione del Covid-19 era dovuta principalmente al contagio nei luoghi di lavoro e nelle scuole. Le limitazioni rappresentavano anche misure irrazionali. La Diocesi e le Unioni ebraiche, inoltre, avevano introdotto spontaneamente protocolli molto rigidi per garantire la sicurezza e, pertanto, non si erano riscontrati casi di focolai connessi alla pratica di attività religiose

Né d'altra parte come ricorda Justice Gorsuch in una concurring opinion si straordinaria efficacia non è accettabile che le attività religiose siano state penalizzate perché non reddituali: "il Governatore ha scelto di non imporre restrizioni di capacità ad alcune attività che considera essenziali. E risulta che le attività che il Governatore considera essenziali includono negozi di ferramenta, agopuntori e negozi di liquori. Anche officine di riparazione di biciclette, alcune società di segnaletica, contabili, avvocati e agenti assicurativi sono tutti [servizi] essenziali. Quindi, almeno secondo il Governatore, potrebbe non essere sicuro andare in chiesa, ma va sempre bene prendere un'altra bottiglia di vino, acquistare una nuova bicicletta […]. Chi sapeva che la salute pubblica si sarebbe allineata così perfettamente con l'interesse secolare?"

In tal senso si è espresso anche il Consiglio di Stato francese che ha ordinato al governo di rivedere entro tre giorni il suo decreto che limita a 30 persone il numero di fedeli autorizzati a partecipare alle cerimonie religiose. Il provvedimento è stato ritenuto violare la libertà di culto e non giustificato da esigenze scientifiche[10].

La critica di irrazionalità e mancata proporzionalità è mossa anche in Italia con riguardo alle limitazioni al diritto all'istruzione. Correttamente il Tar Lombardia affronta le ragioni indicate dalla Regione nell' ordinanza per giustificare l'obbligo di didattica online per gli studenti delle scuole superiori in particolare nella parte in cui afferma che diversamente si sarebbero potuti verificare "probabili assembramenti nei pressi dei plessi scolastici, con correlato rischio

10 https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/2020/11-novembre/446930-446941-446968-446975.pdf.

di diffusione del contagio presso le famiglie". Secondo il TAR, "emerge così l'irragionevolezza della misura disposta, che, a fronte di un rischio solo ipotetico di formazione di assembramenti, anziché intervenire su siffatto ipotizzato fenomeno, vieta radicalmente la didattica in presenza per le scuole di secondo grado, didattica che l'ordinanza neppure indica come causa in sé di un possibile contagio"[11]. E' messo in luce come avrebbero potuto essere prese misure diverse finalizzate a vietare o ridurre gli assembramenti senza incidere sul diritto ad una istruzione in presenza che è anche strettamente connessa alla socialità e al benessere psicologico dei ragazzi. Ciò non significa che la didattica virtuale risulti sempre illegittima ma devono esserci dati seri e effettivi. I diritti fondamentali non possono essere sacrificati per meri rischi, per ipotesi

Analogamente una preoccupazione sulla irrazionalità delle limitazioni è stata sostenuta anche con riguardo a provvedimenti che incidono sulla libertà economica: in Germania in ottobre è stato considerato illegittimo un provvedimento che limitava la apertura dei bar fino alle 18. E in Portogallo il Tribunal da Relação di Lisbona ha sottolineato l'inattendibilità dei test RT-PCR per decretare la quarantena. Peraltro la sentenza portoghese sollevava il problema dei falsi positivi che oggi si sta discutendo.

Originalsimo v. Common good constitutionalism ?

E', dunque, apprezzabile il controllo delle Corti sulla necessità, proporzionalità e razionalità delle misure. Non si tratta, infatti, di sacrifici neutrali, ma che incidono profondamente sulla vita, sul benessere e futuro delle persone: chiudere o limitare oggi attività produttive causa difficoltà non solo economiche, che un domani potrebbero tradursi in minori possibilità di garantire cure e trattamenti, con una lesione proprio di quel diritto alla salute che si vuole garantire. Forse cinicamente ma correttamente Lord Sumption, un tempo giudice della UK Supreme Court, ha osservato

11 TAR Lombardia, Sezione I, col Decreto 13 gennaio 2021, n. 32.

come sia opportuna “un’operazione di riconciliazione e mediazione tra diversi interessi dato che “non ci sono valori assoluti nelle politiche pubbliche, né ci sono nella conservazione della vita. Ci sono solo pro e contro. Non permettiamo che circolino le auto che sono tra le armi più letali mai concepite, anche se sappiamo con certezza che migliaia di persone verranno uccise o mutilate ogni anno? Lo facciamo perché crediamo sia un prezzo che vale la pena pagare per muoversi in velocità e comodità. Ognuno di noi che guida è parte tacita di quel patto faustiano ...”

Tuttavia non si può ignorare come il controllo implichi una scelta e una gerarchizzazione di diritti e valori. E’, dunque, interessante esaminare un caso recente deciso dal V Circuito negli Stati Uniti. Un provvedimento del Governatore del Texas aveva proibito varie procedure durante il periodo di emergenza tra le quali poi erano stati inseriti gli aborti non necessari per ragioni di salute al fine di concentrarsi sulla lotta alla pandemia. Alcune strutture mediche avevano promosso una azione per chiedere l’annullamento del provvedimento. In primo grado avevano vinto, mentre il V Circuito fondando la motivazione sul leading case Jacobson v. Massachussets ha constatato come ogni libertà garantita dalla Costituzione non significhi per ogni persona un diritto assoluto ad essere totalmente libera da restrizioni, soprattutto perché “una comunità ha il diritto di proteggersi da un’epidemia”. Pertanto, “tutti i diritti costituzionali possono essere ragionevolmente limitati per combattere un’emergenza sanitaria pubblica” . La Corte ha, però, corretto il provvedimento, escludendo unicamente dal divieto di effettuare aborti i casi di aborti per motivi di salute o quando questo avrebbe impedito stante il limite legale delle 22 settimane di poterlo ancora effettuare.

La decisione è considerata espressione del common good constitutionalism per la sua affermazione del bene comune e della sua prevalenza sui diritti individuali accompaganata dalla necessità di una deferenza giudiziale . Si avverte, inoltre, in sottofondo la

constatazione di un disvalore dell'aborto. Tale filosofia giuridica elaborata da Adrian Vermeule si inserisce nel pensiero conservatore e tende a superare i limiti dell'originalismo,e del testualismo che non sarebbero in grado di tutelare efficacemente e compiutamente il bene comune concepito alla luce del diritto naturare. Pur utili nel limitare l'attivismo giudiziale non sarebbero sufficienti per ottenere risultati corretti o giusti: " has become an obstacle to the development of a robust, substantively conservative approach to constitutional law and interpretation. Such an approach—one might call it "common-good constitutionalism"—should be based on the principles that government helps direct persons, associations, and society generally toward the common good, and that strong rule in the interest of attaining the common good is entirely legitimate. In this time of global pandemic, the need for such an approach is all the greater, as it has become clear that a just governing order must have ample power to cope with large-scale crises of public health and well-being—reading "health" in many senses, not only literal and physical but also metaphorical and social" . Non si tratta di "legal positivism, meaning that it is not tethered to particular written instruments of civil law or the will of the legislators who created them. Instead it draws upon an immemorial tradition that includes, in addition to positive law, sources such as the ius gentium—the law of nations or the "general law" common to all civilized legal systems—and principles of objective natural morality, including legal morality in the sense used by the American legal theorist Lon Fuller: the inner logic that the activity of law should follow in order to function well as law" . A questa critica Justice Scalia avrebbe risposto ribadendo l'impossibilità attuale di individuare valori giusti e corretti condivisi. Ripeteva sempre di credere al diritto naturale, ma al "suo", non necessariamente a quello degli altri.

Nelle diverse posizioni di due giuristi vicini per rapporto personale, fede religiosa e visione del mondo come Justice Scalia e Adrian Vermuele si ritrova la percezione di quella tragicità del diritto

positivo sottolineata in modo profondo da Natalino Irti: “quando il diritto positivo si apre a valori assoluti, guarda oltre a sé, viene colmata la solitudine della volontà umana e riaccesa la speranza in un ordine superiore ed eterno. Dove il diritto si chiude in se stesso, labile edificio costruito in un luogo dello spazio e in un’ora di tempo, la speranza è tutta e sola nella volontà umana, nel suo istituire o destituire norme” . Il positivismo ci lascia perennemente insoddisfatti, ma il perseguimento di valori sembra aprire oggi alla scontro e alla difficoltà di ravvisarne un fondamento comune. Ma è un travaglio tipico della nostra epoca dove nulla sa più indirizzare perché nulla sembra avere la legittimità per farlo.

Conclusioni

La crisi generata dal Covid ripropone all’interprete l’antico e irrisolvibile dibattito tra positivismo e diritto naturale perché impone una scelta tra diritti e libertà che ci sono egualmente cari, assegnando una loro gerarchia. Questo mostra la illusorietà della fiducia nel metodo interpretativo e forse più in generale nel diritto stesso. I richiami alla Costituzione vivente, al pragmatismo, al common good constitutionalism , all’ originalismo al testualismo, nascondono sempre una riflessione sulla nostra visione della società e uno scontro con altri valori, altre ideologie: “il vincitore di oggi …sarà presto arso e distrutto dal vincitore di domani”[12].

Come decidere chi e cosa tutelare? Questa rimane la domanda fondamentale. La scelta possibile e inevitabile si trasforma in un tragico sacrificio. Scontrandosi con il tema diritti fondamentali, si avverte la difficoltà di una loro categorizzazione e di fondamento da parte di un politico che ha la sua legittimazione nella procedura e di una giurisprudenza che si è spesso inventata sovrana. Le tensioni evidenti hanno portato Claude Lefort nella critica a Marx ad ammettere che lo Stato democratico ha superato spesso i limiti

12 IRTI, Natalino. “Riconoscersi nella parola”, cit., p. 130.

dello Stato di diritto[13]. L'età dei diritti fondamentali ci è sembrata ed è stata un'età di accresciuta libertà e conquiste, ma rimane una verità nella osservazione marxista secondo quale la libertà dell'uomo moderno è quella di una monade isolata, ripiegata su se stessa. I diritti umani nella moderna concezione legano e slegano[14]. E in un'epoca di distanziamento sociale forse la solitudine e l'incapacità di trovare una nozione condivisa di bene comune, che sappia tutelare l'individuo senza tradursi in individualismo, appaiono particolarmente dolorose. Una risposta potrebbe venire da una rivalutazione del senso religioso perché come notava Augusto Del Noce "senza questa rinascita, il processo verso il dominio della Forza non può non continuare"[15].

Bibliografia

AXE, Douglas, BRIGGS, William, RICHARDS Jay. "The price of panic. How the tiranny of experts turned a pandemi cinto a catastrophe". Washington: Regnery, 2020.

CACCIARI, Massimo. "Il lavoro dello spirito". Milano: Adelphi, 2020.

CASTELLANI, Lorenzo. "L'ingranaggio del potere", Macerata: Liberlibri, 2021.

DEL NOCE, Augusto. "Il problema dell'ateismo". Bologna: Il Mulino, 1970.

HORWITZ, Morton. "Holmes in American Legal Thoughts" in GORDON, Robert (a cura di). "The Legacy of Oliver Wendell Holmes". Stanford: Stanford University Press, 1992, pp. 31

IRTI, Natalino. "Riconoscersi nella parola". Bologna: Il Mulino, 2020.

KATZNELSON, Ira. Fear itself: The new deal and the origins of our

13 LEFORT, Claude. "L'invention democratique". Parigi: Fayard, 1994, p. 67.

14 MANENT, Pierre. " Cours familier de philosophie politique". Parigi: Gallimard, 2001, p. 181.

15 DEL NOCE, Augusto. "Il problema dell'ateismo". Bologna: Il Mulino, 1970, p. 565.

time. WW Norton & Company, 2013.

LEFORT, Claude. “L’invention democratique”. Parigi: Fayard, 1994.

MANENT, Pierre. “ Cours familier de philosphie politique”. Parigi: Gallimard.

POSNER, Eric A., et al. “Terror in the balance: Security, liberty, and the courts”. Oxford: Oxford University Press on Demand, 2007.

SUMPTION, Jonathan. “The Lockdown Is Without Doubt the Greatest Interference with Personal Liberty in Our History”, in AIER, 9 maggio 2020. Disponibile presso https://www.aier.org/article/lord-sumption-the-lockdown-is-without-doubt-the-greatest-interference-with-personal-liberty-in-our-history. Ultimo accesso: 29 gennaio 2021.

VERMEULE, Adrian. “Beyond Originalism”. The Atlantic, 31 marzo 2020. Disponibile presso https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/ . Ultimo accesso: 28 gennaio 2021.

Il diritto privato oggi e il ruolo del giurista

Private law today and the role of the legal scholar

Mauro Grondona [1]

Sommario: 1. Premessa; 2. Uso della storia e metodologia interdisciplinare; 3. Il ruolo del giurista tra tecnica e funzione sociale; 4. La formazione del giurista: qualche problema aperto

Riassunto: Lo scritto si sofferma sulla questione del pluralismo giuridico quale portato della progressiva stabilizzazione della liberal-democrazia. Ciò fa sì che anche le tecniche di analisi giuridica e di argomentazione siano sottoposte a una complessiva riflessione critica, nel segno della interdisciplinarità. Infatti, una società democratica in senso maturo è una società pluralista. Conseguentemente, è necessario che l'ambito giuridico sia in stretta relazione con l'ambito sociale, altrimenti accade che sistema giuridico e sistema sociale rimangono mondi a sé stanti, o comunque troppo poco interconnessi. Pertanto, l'apertura del diritto alle altre scienze sociali (ma anche alle scienze umane) è fondamentale per un migliore e progressivo adeguamento del diritto alla società. L'analisi giuridica non può infatti ridursi a un'analisi normativa, ma deve essere intesa quale analisi sociale. Conseguentemente, si pone anche un problema di rinnovamento del processo di formazione del giurista. Da un lato, perché la formazione del giurista è destinata a proseguire nella fase post-universitaria; da un altro lato, perché occorre riflettere sulla modalità di accesso alle classiche professioni legali, nella prospettiva di una formazione più ampia del futuro giurista.

Parole chiave: Diritto; Giurista; Pluralismo culturale; Pluralismo giuridico; Liberal-democrazia; Interdisciplinarità.

Abstract: The paper dwells on the question of legal pluralism as a result of the progressive stabilization of liberal democracy. This means that even the techniques of legal analysis and argumentation are subjected to an overall critical reflection, in the name of interdisciplinarity. In fact, a democratic society in the mature sense is a pluralist society. Consequently, it is necessary that the juridical

1 Professore ordinario di Diritto privato. Università di Genova, Dipartimento di Giurisprudenza. E-mail: mauro.grondona@unige.it.

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

sphere be in close relation with the social sphere, otherwise it happens that the juridical system and the social system remain worlds apart, or at least too little interconnected. Therefore, the opening of law to the other social sciences (but also to the human sciences) is fundamental for a better and progressive adaptation of law to society. In fact, legal analysis cannot be reduced to a normative analysis, but must be understood as a social analysis. Consequently, a problem of renewal of the process of formation of the jurist also arises. On the one hand, because the training of the jurist is destined to continue in the post-university phase; on the other hand, because it is necessary to reflect on the mode of access to the classical legal professions, in the perspective of a broader training of the future jurist.

Keywords: Law; Jurist; Cultural pluralism; Legal pluralism; Liberal-democracy; Interdisciplinarity.

1. Premessa

È sempre una gioia poter partecipare a un incontro di studio alla cui organizzazione hanno così intensamente collaborato, insieme agli amici padovani, giuristi brasiliani, ai quali, come giuristi italiani, ci lega il nome indimenticabile di Tullio Ascarelli, che in Brasile trovò il sicuro approdo dopo la fuga sua e della famiglia dalle leggi antiebraiche adottate dal regime fascista nel 1938[2].

Nei due giorni di fervidi lavori che sono ormai alle nostre spalle (ma il ricordo è ben saldo in noi tutti) sono stati sviscerati pressoché tutti gli ambiti della scienza giuridica, con non episodiche aperture al ben più vasto ambito delle scienze umane e sociali. Il che è segno di vitalità culturale e intellettuale: quella vitalità che è la cifra di ogni studioso degno di questo nome.

In queste brevi pagine mi propongo un compito molto modesto e circoscritto: riflettere sui volti dell'attuale diritto privato e quindi sul ruolo dei giusprivatisti. E forse queste considerazioni (che

2 Su Ascarelli e il felice periodo brasiliano va ora visto il magnifico libriccino (arricchito da un ampio e inedito apparato fotografico) di STELLA RICHTER jr., Mario. Racconti ascarelliani. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020.

naturalmente guardano al contesto italiano) possono prestarsi per svolgere anche alcune considerazioni di portata più generale.

Parto dal seguente rilievo: gli studiosi italiani del diritto privato non sono del tutto indifferenti al problema della storia interna della propria disciplina[3], per almeno tre ragioni:

i) nel passato (ormai remoto), il civilista di valore era anche, e prima di tutto, romanista, e dunque, come tale, ben attrezzato culturalmente per meglio apprezzare ciò che, con espressione consueta, si connota quale sviluppo storico di un fenomeno;

ii) nel passato, ma anche nel presente, accadeva e accade che il civilista sia aperto alla filosofia del diritto e alla teoria generale del diritto – focalizzandosi la prima soprattutto sui valori sottostanti al (e soprastanti il) diritto e la seconda sul linguaggio e sul discorso del diritto;

iii) nel passato, ma anche nel presente, si davano e si danno esempi di studiosi di formazione civilistica che poi si sono progressivamente spostati su terreni diversi, apportandovi contributi originali: segnatamente, il diritto comparato, l'antropologia giuridica, la sociologia del diritto, la storia del diritto.

Ciò porta a dire che il civilista odierno, soprattutto se giovane, ha a disposizione molti strumenti per riflettere sulla storia della cultura della propria disciplina, e quindi su se stesso; il che è appunto un buon modo per affrontare un esercizio di autoanalisi culturale[4].

Il problema è se il giovane civilista di oggi ritenga (se non indispensabile, almeno) opportuno compiere questo lavoro di autoanalisi: del che è spesso lecito dubitare.

---

3 Cfr. ALPA, Guido/MACARIO, Francesco (a cura di). Diritto civile del novecento: scuole, luoghi, giuristi. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

4 Fenomeno, del resto, sempre più diffuso all'interno di altre branche disciplinari: basta pensare al grande successo riscosso dall'analisi delle ideologie sottostanti ad una disciplina altamente tecnica – e perciò spesso, a torto, considerata come assiologicamente neutra: ma basta scorrere gli indici di una rivista come Quaderni di storia per rendersi conto che non è affatto così; e v. allora, poiché si tratta del fondatore della rivista, Canfora, Luciano. Le ideologie del classicismo. Torino: Einaudi, 1980 – quale la filologia classica).

2. Uso della storia e metodologia interdisciplinare

Detto questo come premessa generale del discorso, farei due notazioni specifiche, lungo cui articolare l'intelaiatura del ragionamento, mosso da esigenze in primo luogo metodologiche.

La prima notazione attiene al significato della locuzione «uso della storia».

Non è da confondere la conoscenza storica (che inevitabilmente ha sempre a che fare con la storia delle idee, e dunque va, e deve andare, al di là di ogni limite disciplinare) con l'informazione storica, facilmente acquisibile di seconda mano e ancor più facilmente utilizzabile senza quel rigore frutto della consapevolezza (penso ad esempio alla spolverata di diritto romano che diverse monografie di diritto civile – un tempo più che oggi, per vero – contengono: qui non si ha alcuna vera ricerca storica, ma solo utilizzo di ricerche e di idee altrui).

Approcci del genere sono metodologicamente scorretti, perché guardano alla dimensione della storicità come a un fenomeno teoreticamente circoscrivibile in quanto ormai esaurito, e dunque come tale facilmente separabile dall'attualità.

Qui si apre senz'altro la questione del dialogo tra civilista e storico del diritto: un dialogo che – in quanto avviene tra giuristi – dovrebbe poter essere fruttifero per entrambi.

Ciò che si è appena osservato conduce allora, a mio avviso, alla necessità di rafforzare il profilo storico-culturale dell'approccio al diritto positivo.

Senza dover affrontare la questione del rapporto tra cultura giuridica e pensiero giuridico (locuzioni non sovrapponibili, come mostrano alcune pagine di Paolo Grossi, in specifica differenziazione dei «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico» dall'approccio impresso da Giovanni Tarello ai suoi pressoché coevi «Materiali per una storia della cultura giuridica»), è indubitabile che il fenomeno del diritto, pur avendo una propria unità interna storicamente accertabile (sotto il profilo dogmatico

e con gli strumenti della dogmatica: una ricostruzione storica dei concetti è ben possibile e chi la compie fa opera meritoria), non ha titolo (né dovrebbe avere) per rivendicare alcuna autonomia (intesa quale separatezza, non già distinzione) rispetto al contesto politico e economico, sociale e culturale di cui esso è l'effetto e non la causa.

Ciò sposta l'attenzione, per usare una formula di sintesi, sul rapporto diritto/società. Serbatoio ricchissimo, per chi voglia indagarlo e per chi si attrezzi metodologicamente allo scopo.

Che la tendenza generale, almeno delle più giovani generazioni, vada in questa direzione, è anche il prodotto di quel progressivo consolidamento democratico, che è la via più breve al pluralismo giuridico: ne consegue allora che tale pluralismo giuridico è la necessaria conseguenza di quel diffuso pluralismo culturale tipico appunto delle democrazie consolidate. Un pluralismo giuridico con il quale il giurista, proprio in quanto esperto conoscitore e analista di un sottosistema tecnico che ha il suo fondamento nel sistema sociale, deve necessariamente fare i conti, posto che il sottosistema giuridico e il sistema sociale sono come tali necessariamente convergenti, anche se non necessariamente convergenti. E una teoria democratica adeguata allo svolgimento storico conosciuto dalle democrazie e quindi all'insegna del liberalismo politico ha anche il compito di consentire al pluralismo sociale di svilupparsi senza assumere i tratti, né del particolarismo isolazionista, né dell'universalismo omologante, e quindi non rispettoso delle diversità.

Qui si registra però anche una prima difficoltà: nonostante, infatti, la proliferazione di studi culturalmente disponibili ad ascoltare la voce del pluralismo, quando poi si tratta di mettere in pratica certi insegnamenti da parte del giurista positivo, e quindi di utilizzare certi nuovi paradigmi in funzione normativa, sulla base, dunque, di un'argomentazione giuridica, l'atteggiamento tuttora piuttosto diffuso è quello della cautela e della prudenza; come se fosse preferibile separare la generica influenza culturale (ottima purché,

e anzi in quanto, innocua) del non-giuridico, dal momento della individuazione della regula iuris, che resterebbe sotto il controllo della sola tecnica giuridica, quale sottosistema autosufficiente e soprattutto isolato dal restante contesto sociale.

La seconda notazione è strettamente connessa con la prima e attiene alla questione della interdisciplinarità.

Naturalmente è vero che da tempo si sono elaborati tesi e programmi di lavoro a ispirazione interdisciplinare, ma è altrettanto vero che la reazione è stata poi di due tipi: o un netto rifiuto metodologico; oppure un apparente apprezzamento, proprio sotto il profilo metodologico, che poi però diventa – non paradossalmente – una critica (più o meno trasparente): il metodo interdisciplinare (quasi naturaliter) sarebbe particolarmente soggetto al rischio di sfociare nel sincretismo metodologico o, peggio, nell'anarchismo metodologico[5].

Si tratta, a mio avviso, di un duplice errore.

Il primo errore sta nello stesso atteggiamento mentale conservatore, e come tale sempre destinato a soccombere (tranne che, forse, nel brevissimo periodo), posto che ciò che accade è destinato a prevalere su ciò che si pensa dovrebbe accadere.

Il che non significa affatto dire, naturalmente, che un certo tasso di conservatorismo (cioè di tradizionalismo culturale e metodologico) non sia sempre storicamente presente all'interno di ogni contesto sociale (e sarebbe senza dubbio criticabile ogni tentativo diretto a coattivamente ostacolarne la possibilità di incidere nella realtà, materiale e culturale); né significa che esso non possa condizionare lo svolgimento storico del processo sociale; significa piuttosto dire che ogni programma di conservazione del presente, qualunque sia il campo, è perdente, perché rifiuta la logica e la dimensione dello sviluppo storico, dunque rifiuta la dinamica culturale, propria invece di ogni fenomeno sociale, quale appunto è il diritto.

5 Utili ora alcune considerazioni a largo raggio di LIBERTINI, Mario. "Passato e presente nel diritto commerciale (A proposito di tre libri recenti)", in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico, XLIX (2020), p. 735-771.

Il secondo atteggiamento rivela, ancora una volta, l'errore insito nell'eccessiva prudenza di chi teme che nel momento applicativo (che è, sì, momento intrinsecamente dogmatico, se però con dogmatica ci si limita a riferirsi, giusta la felice terminologia del filosofo Benedetto Croce – cui proprio Tullio Ascarelli fu particolarmente sensibile –, all'utilizzo dei concetti quali strumenti ordinatorî, che semplificano il ragionamento tecnico, e che non si applicano mai totalmente e rigidamente, ma sono soltanto strumenti di orientazione) occorra rimanere ancorati a una concezione statica (e quindi astorica, e in certa misura assolutistica) del principio di legalità e di certezza del diritto, le cui potenzialità meglio potrebbero essere invece oggi apprezzate, se collocate nella prospettiva dell'argomentazione interdisciplinare quale moderno fondamento del diritto.

3. Il ruolo del giurista tra tecnica e funzione sociale

Credo sia indispensabile notare come rimanga tuttora piuttosto difficile per il giurista (e io penso in primo luogo al civilista, naturalmente) dar vita a una proficua interazione con altre branche del sapere, giuridico e non giuridico.

È un fatto che merita di essere considerato da vicino.

In prima battuta, per inquadrare meglio la questione, si potrebbe pensare alla vicenda della filologia classica (disciplina che indubitabilmente ha delle relazioni con il diritto, in quanto linguaggio tecnicizzato e in quanto strumento di analisi dei testi volto alla ricerca di un significato, anzi 'del' significato).

Richiamo il parallelismo diritto-filologia soprattutto per questa ragione: un rapido e anche superficiale sguardo allo sviluppo storico della filologia (che ha dunque a che fare con l'analisi del modo di far filologia) mette molto ben in evidenza quale difficile rapporto possa sorgere tra il testo e il contesto.

Di qui la divisione tra chi pensa alla filologia come tecnica di comprensione del testo a partire da se stesso e senza uscire

da se stesso, e chi invece ritiene che per comprendere un testo sia indispensabile uscire da quel testo e penetrare il contesto di riferimento.

Difficile, anzi direi impossibile, affermare che il pluralismo metodologico – in qualunque settore esso operi – sia di per sé condannabile; e infatti, sempre per restare all'interno del campo della filologia, è noto che (per fissare un dies a quo) dalla seconda metà del novecento in poi essa si è avvalsa sempre più di studi e ricerche sviluppati da studiosi non propriamente filologi; e non già per abbandonare il testo ma per ritornare al testo provvisti di un quid pluris di conoscenza.

Mi sembra che il diritto sia ancora lontano, nell'abituale lavoro del giurista, da questa positiva e proficua contaminazione.

Ciò è a mio avviso un limite; e pertanto indico qui di seguito alcune possibili ragioni di una tale eccessiva cautela all'apertura interdisciplinare, nonché qualche possibile spunto propositivo.

Con l'avvertenza (e riprenderò il discorso in chiusura) che un approccio all'interdisciplinarità (presi sul serio l'uno e l'altra) può produrre effetti favorevoli anche (e forse soprattutto) nel momento della formazione del giurista.

Partirei da un dato difficilmente contestabile: nei manuali di diritto privato è assai poco diffusa (per non dire del tutto assente; oppure, se presente, non opera nel momento dell'analisi della regola giuridica) l'idea che i) il diritto è (certamente) una tecnica, ma che ha senso e funzione solo se calata in un certo contesto politico/filosofico/sociale, e che ii) il vantaggio di apprendere la tecnica giuridica sta nel saper far cose con le regole (sotto questo aspetto certamente meritano approvazione e incoraggiamento, in Italia, le iniziative di Giovanni Pascuzzi, particolarmente attente a far sì che si diventi non soltanto giuristi ma soprattutto giuristi consapevoli di

ciò che si fa, perché si sa come, e perché, lo si fa)[6].

D'altronde – se mi si permette questa notazione – è esperienza, credo, di ogni docente che il tasso di attenzione degli studenti (della maggioranza della classe) scende in modo proporzionale al tentativo dell'insegnante di collegare il cosiddetto dato normativo con problemi socio-politici più generali. Gli studenti avvertono tali tentativi come divagazioni non interessanti e non pertinenti, perché ci si trova in un corso di diritto privato e non di storia delle dottrine giuridiche (che peraltro in Italia neppure esiste).

È un fatto che giudico negativo, ma che naturalmente non dipende da una inesistente naturale refrattarietà degli studenti quanto piuttosto da una forma mentis tuttora consolidatissima (tra docenti e discenti) che fa coincidere lo studio del diritto con lo studio delle norme.

Anche qui servirebbe un poco di autoanalisi da parte dei giuristi, posto che – si sia giuristi soltanto teorici o si sia anche giuristi pratici – è comune l'esperienza di quanto margine di manovra consenta la tecnica argomentativa nel fondare una pluralità di soluzioni, l'una contrastante con l'altra.

Questo dato di fatto – lo ribadisco: un consapevole uso delle tecniche argomentative consente di mettere insieme buoni argomenti per fondare tesi diametralmente opposte – non può non essere letto nel senso che l'utilizzo del sapere concettuale, dogmatico, sistematico ha un così rilevante peso sostanziale (e quindi anche sociale) che deve essere massimo lo sforzo di assimilazione di esso, in funzione di una regolazione giuridica particolarmente sensibile alle questioni sociali che l'attualità pone e che devono essere risolte

Ma ancora troppi giuristi sono consciamente e inconsciamente convinti che la conoscenza delle tecniche giuridiche sia qualcosa di totalmente estraneo rispetto alla storia delle idee (giuridiche

6 PASCUZZI, Giovanni. Il problem solving nelle professioni legali. Bologna: Il Mulino, 2017; PASCUZZI, Giovanni. La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica. 2a ed. Bologna: Il Mulino, 2018; PASCUZZI, Giovanni. Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali. 3a ed. Bologna: Il Mulino, 2019.

e non)[7]. Di qui una metodologia giuridica generale di carattere tendenzialmente auto-isolantesi dal cosiddetto «non diritto».

Non intendo peraltro ridurre (ammesso che sia corretto parlare di riduzione) la problematicità del diritto al suo rapporto con i valori (nonostante che anche su questa pacifica relazione la discussione sia tuttora aperta, e a volte anche aspra); penso piuttosto che la dimensione (non dirò più autentica – dato che anche la dimensione strettamente dogmatica è altrettanto autentica: ogni unilateralismo è un errore metodologico e sostanziale: di qui, a fortiori, un sicuro fondamento della pluralità metodologica) più ampia, e come tale più comprensiva e quindi più opportuna, per accogliere al suo interno varianze e invarianze del diritto sia la dimensione istituzionale.

L'idea, cioè, che il diritto, in quanto fenomeno sociale, non è altro che un tassello, un componente, un frammento della società. Il diritto esiste perché esiste la società; di qui la piena appartenenza del diritto alla storia sociale e alla storia della mentalità.

Beninteso non esiste, non può e non deve esistere, un'unica prospettiva a partire dalla quale studiare il diritto; e infatti il diritto potrà anche essere soltanto studiato nella prospettiva interna (diritto come insieme di norme); resta però il fatto che il diritto, in quanto fenomeno sociale, non può essere ridotto alla prospettiva interna.

La dimensione istituzionale del diritto è a mio avviso, la più interessante, perché è la più ricca, e consente (anzi impone) allo studioso di entrare in contatto con altri settori del sapere: economico, filosofico, politico, ma ad esempio anche artistico e letterario, con indubitabili arricchimenti reciproci.

Certo, è vero che lo studioso che entra nel campo delle scienze umane e delle scienze sociali aspirando alla contaminazione, quando non addirittura all'assimilazione, ne esce profondamente rinnovato, forse anche un po' estraneo alla famiglia giuridica in senso stretto, cui precedentemente era appartenuto. Ma non credo

7 Un contributo assai rilevante – senza che si debba perciò interamente condividere – in questa direzione è il libro di DI DONATO, Francesco. La rinascita dello Stato. Bologna: Il Mulino, 2011.

che ciò sia un male, e del resto si tratta di una scelta che può anche essere ricondotta a una 'questione di gusti', e quindi alla sensibilità dello studioso.

Qui, evidentemente, mi muovo tra il piano descrittivo e quello prescrittivo: se, quindi, è verissimo che oggi il giurista, diciamo pure il civilistica, è ancora convinto che l'apprendimento della tecnica giuridica sia un qualcosa di autonomo e, nei casi più gravi, di estraneo al contesto istituzionale di riferimento, è anche vero che troverei inopportuno e soprattutto sbagliato far travolgere il tecnicismo giuridico dall'approccio interdisciplinare.

Si tratterebbe, ancora una volta, di un unilateralismo a danno di un altro unilateralismo, che impedisce il progresso della conoscenza, e che, nelle nostre materie, può tradursi come acquisizione di una migliore consapevolezza della formazione, della strutturazione e della trasformazione degli aggregati sociali.

4. La formazione del giurista: qualche problema aperto

Posto che ogni tentativo di trasformazione radicale dell'individuo, della società e di ogni altro contesto organizzato è destinato al fallimento, e sarebbe anche intrinsecamente violento, si tratta allora, più pianamente, di applicare un approccio gradualistico al tema della formazione del giurista.

Non è certo questa la sede per individuare possibili strade percorribili; segnalerò soltanto un aspetto soffermandomi un po' più a lungo su uno specifico problema.

L'aspetto sul quale richiamo l'attenzione è il seguente: per scavalcare quelle barriere tuttora molto ben presenti tra materie positive e materie cosiddette culturali (ma spesso chi usa questa espressione lo fa in deterius) si potrebbe pensare a una cooperazione tra giuristi (termine con cui intendo denotare chiunque si occupi del fenomeno giuridico: d'altronde in altri Paesi, e penso in particolare agli USA, il professor of law ben può occuparsi di materie anche

apparentemente distanti tra di esse: ma è proprio l'apparente distanza che rende proficua la riflessione e la ricerca; non per ridurre ad unità ciò che ha caratteri di differenza, ma per capire le connessioni reciproche, sempre ben presenti).

Naturalmente una cooperazione attiva tra giuristi di diverse discipline e non giuristi è impresa non facile, e al momento, in Italia, non c'è un luogo (cioè, se non altro, una rivista, cartacea o telematica) all'uopo predisposto.

Ed ecco il problema, che ha direttamente a che fare con la formazione dell'esperto di diritto – pratico e/o teorico che sia.

L'incredibile facilità con cui – grazie alle banche dati – è possibile reperire i testi integrali delle sentenze, a prima vista potrebbe far dire che si è felicemente realizzata la nota speranza di Gino Gorla, alla ricerca spasmodica della ratio decidendi delle sentenze, e quindi nella logica del precedente autentico[8]. Ma tutto ciò è possibile solo se le circostanze di fatto sono il più possibili chiare.

In realtà, non è così, perché nel senso che le riviste giuridiche sono tendenzialmente tornate (con qualche eccezione) a pubblicare le sentenze non integralmente (appunto perché il lettore che lo voglia potrà, con minimo sforzo, disporre del testo integrale).

Ora, proprio l'abbondanza telematica di materiali giurisprudenziali fa a mio avviso tornare di grandissima attualità la lezione di Gorla e le esigenze – diciamo pure teoretiche – ad essa sottostanti.

È cioè oggi indispensabile e urgente ritornare a uno studio della sentenza che consenta di ricostruire gli orientamenti giurisprudenziali, laddove si ha la tendenza, spesso, a leggere la sentenza in relazione a se stessa, senza compiere quello sforzo sistematico di collocare il precedente in un contesto più ampio (di modo che si possa evitare di attribuire un valore uguale e

8 Su questi aspetti va vista la lucida presa di posizione di LUPOI, Maurizio. "L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?", in Contratto e Impresa, 1999, vol. 15, fasc. 1, p. 234-262).

indistinto alla pronunce di Cassazione, come se ciascuna di esse costituisse di per sé un precedente; naturalmente, è molto più facile commentare una sentenza isolandola dal flusso giurisprudenziale, che non ricostruire l'orientamento giurisprudenziale a partire da una determinata sentenza).

Ma si tratta di un'operazione che il giurista – se non altro quello accademico – non può non compiere, altrimenti viene meno a un dovere fondamentale: conoscere il diritto vivente per ciò che esso è (qui viene in luce l'importanza del momento ricognitivo-descrittivo, che non può essere trascurato).

Eppure (forse anche per la progressiva eliminazione dei seminari dai corsi universitari italiani di diritto) sembra prevalere invece la tendenza (nel contesto della lezione accademica, e in particolare nei corsi avanzati), o a considerare la massima un buon surrogato della sentenza, o a pensare che la lettura di qualche sentenza per esteso possa essere soddisfacente, sotto il profilo della ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali.

Naturalmente non è così, e del resto non può essere dubbio che il modo in cui si imposta la lezione è conseguenza di ciò che si pratica come studiosi.

L'ho detto più sopra: ridicolo sarebbe un programma rivoluzionario, ma certamente è indispensabile (se non modificare, quanto meno) interrogarsi su che cosa ha da essere il giurista nella società aperta, complessa, pluralista, e su come questo giurista debba essere formato.

Sotto tale profilo, occorre anche chiedersi se non sia oggi opportuno avvicinare la funzione formativa dell'Università alla scuola superiore, nella consapevolezza che la formazione del giurista certo non si esaurisce con il termine del ciclo universitario, dovendo essere completata con la frequenza di uno o più corsi post lauream (e ciò in attesa che il reclutamento di avvocati, magistrati e notai possa essere rimesso a una selezione incentrata sulla frequenza di apposite Scuole istituzionalizzate, superando il concorso pubblico e

l'esame di Stato – entrambi largamente insoddisfacenti e inefficienti nel reclutamento delle persone effettivamente più preparate e che, anzi, mortificano l'appartenenza del diritto alle scienze sociali).

Bibliografia

ALPA, Guido/MACARIO, Francesco (a cura di). Diritto civile del novecento: scuole, luoghi, giuristi. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

CANFORA, Luciano. Le ideologie del classicismo. Torino: Einaudi, 1980.

DI DONATO, Francesco. La rinascita dello Stato. Bologna: Il Mulino, 2011.

LIBERTINI, Mario. "Passato e presente nel diritto commerciale (A proposito di tre libri recenti)", in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico, XLIX (2020), p. 735-771.

LUPOI, Maurizio. "L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?", in Contratto e Impresa, 1999, vol. 15, fasc. 1, p. 234-262).

PASCUZZI, Giovanni. Il problem solving nelle professioni legali. Bologna: Il Mulino, 2017.

PASCUZZI, Giovanni. La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 2018.

PASCUZZI, Giovanni. Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali. 3ª ed. Bologna: Il Mulino, 2019.

STELLA RICHTER jr., Mario. Racconti ascarelliani. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020.

Note genealogiche di filosofia e criminologia

Genealogical Notes of Philosophy and Criminology

Rossano Pecoraro[1]

Sommario: 1. Una manciata di punti di domanda; 2. Cenni storici sulle origini della Criminologia; 3. Elementi per una Teoria della pena; 4. Sull´essenza dell´uomo (criminale): Lombroso, Gall, Hegel; 5. Filosofia della Criminologia.

Riassunto: Lo scopo principale di questo saggio è tracciare alcune prospettive storiche e concettuali sui rapporti tra la filosofia e le scienze criminologiche del nostro tempo.

Parole chiave: Filosofia della criminologia; Storia della criminologia; Teoria della pena; Illuminismo.

Abstract: The aim of this essay is to expose some historical and conceptual perspectives on the relationship between philosophy and the criminological sciences of our time.

Keywors: Philosophy of Criminology; History of Criminology; Theory of punishment; Enlightenment.

1 Docente di ruolo del Dipartimento di Filosofia e del Dottorato in Scienze Infermieristiche e Bioscienza dell´Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Direttore del "Laboratório de Filosofia Política e Moral Gerardo Marotta" (CNPq/UNIRIO) e Direttore di "Quadranti – Rivista Internazionale di Filosofia Contemporanea". Laureato in Filosofia presso l´Università di Salerno; Dottore di Ricerca in Filosofia presso la Pontificia Università Cattolica di Rio di Janeiro (PUC-Rio); Postdottorato di Ricerca CAPES/PNPD-UFPI. È membro della "Società Italiana di Filosofia Política", della "Società Italiana di Estetica", dell´"Associação Brasileira de Estudos Sociais das Ciências e das Tecnologias" e dei Gruppi di Lavoro nazionali "Filosofia da História e da Modernidade" e "Filosofia da Técnica e da Tecnologia". E-mail: rossfilo@hotmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

1. Una manciata di punti di domanda

Appartiene alla nostra essenza – per essere più precisi, all´essenza dell´animale dotato di ragione che chiamiamo "uomo" – la capacità di riflettere e di porsi delle domande. Formiche, cani, insetti, le famose zecche del biologo Jacob von Uexküll possono anche avere un ambiente, o un mondo proprio (Umwelt) con il quale interagiscono e al quale sono perfettamente adattati. Ma non pensano secondo ragione. Non possiedono ciò che si definisce "capacità di determinarsi secondo una autonoma scelta" di fini e mezzi. Non vogliono, non scelgono, non decidono. Non sono soggetti etici né giuridici; né santi né ladri né vittime della società.

Chiediamoci, dunque: cos´è un comportamento criminale? Qual è la sua genesi? Quali sono i suoi perché? Un crimine è determinato da fattori biologici? Deve essere interpretato come il risultato di un disagio sociale? È il prodotto di una libera scelta? È un vortice nel quale si condensano istinto e ragione, rivolta e rabbia, lucidità e patologia? In che modo le categorie – nosografico-scientifiche, storico-sociali, metafisiche, assiologiche – elaborate dal pensiero occidentale da almeno due millenni e mezzo hanno contribuito a chiarire o a stravolgere il senso dell´atto criminale e, quindi, del diritto e della giustizia? Chi è colui-che-delinque? Quale sarebbe il compito, oggi, di una filosofia della criminologia – o di una filosofia del crimine?

Non è possibile costruire percorsi storici e filosofici molto intensi in un saggio di circostanza. Senza dubbio, però, alcune ipotesi di lavoro possono essere tracciate. Si tratta di prospettive, di ipotesi appunto, e non di certezze, dal momento che siamo convinti che l´impegno del pensiero filosofico, oggi più che mai, debba essere quello di investigare l´attualità con il coraggio della verità di cui parlava, per esempio, l´ultimissimo Foucault, di saper porre le domande fondamentali (che sono poi quelle più scomode e rischiose) e di individuare nuovi problemi piuttosto che star lí – a lezione o in qualche live – ad offrire risposte e soluzioni pret a porter.

2. Cenni storici sulle origini della Criminologia

La nascita della criminologia è affare recente. Un paio di secoli al massimo, dal momento che le sue radici identitarie compaiono durante l´Illuminismo – vertice dell´epoca moderna e crogiolo di valori rivoluzionari. È l´epoca della ragione e dell´incrollabile fiducia nella scienza e nella tecnica; della lotta contro le tirannie politiche e i preconcetti morali e sociali; della difesa dei diritti naturali e universali dell´uomo; della critica alla tradizione metafisico-religiosa e della radicata convinzione nel progresso spirituale e morale dell´umanità. Da questo fertile terreno sorgono nuovi metodi, nuovi oggetti d´indagine e nuove discipline tra cui la "criminologia" o "scienza criminale".

La sua formazione e evoluzione non è stata lineare né priva di polemiche, "distinguo" e strappi dovuti, non di rado, a pericolose ipertrofie dell´Es accademico. Ciò non impedisce, ovviamente, di accennare alla questione delle origini, che può essere compresa a partire dall´analisi di alcuni punti fermi. Il primo è relativo al contributo della filosofia politica, morale, sociale e giuridica del Settecento, che non si riduce ai superficiali paragrafi introduttori di molti studi scientifici in materia dove vengono citati, incidentalmente e quasi di sfuggita, i nomi di Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Kant, ecc. Per intendere appieno la portata di questo contributo un altro malinteso (di natura colposa o dolosa, fa lo stesso) dovrebbe essere affrontato e dissolto, vale a dire, che prima dell´Illuminismo – e delle opere di Cesare Beccaria e Cesare Lombroso – non esistesse criminologia. Si badi: il termine specifico, la disciplina, il settore di studi a sé stante sono, come si è detto, affare recente. Ma ciò non significa che una crimen-logia – cioè una dottrina del crimine o una trattazione del fenomeno criminale – non sia stata pensata e elaborata nel corso della storia filosofica dell´Occidente.

Non si tratta, come spesse volte capita di leggere, di una lunga epoca "prescientifica" che precede la nascita "ufficiale" della nostra

disciplina, bensí di una costellazione di idee, ipotesi e teorie[2] senza la quale qualsiasi ricostruzione (seria) del senso ultimo di ciò che definiamo "criminologia" o "scienza criminale" è destinata a fallire o, nell´ipotesi più favorevole, a restare una "figura impossibile"[3].

È noto che metodo, sperimentazione, osservazione della natura, analisi oggettiva dei fatti, laicità della ricerca, centralità dell´esperienza intesa come unico criterio valido di conoscenza, sono i cardini del concetto moderno di scienza e di scientificità. Qui il termine moderno non vuole indicare appena il pensiero del XIX secolo, ma un periodo abbastanza ampio, che va dalla Rivoluzione scientifica (Copernico, Galileo, Bacone, Newton) al rafforzamento dell´Illuminismo messo in atto, appunto, dall´Ottocento. Questa precisazione è necessaria per evitare la seduzione intellettuale di privilegiare epoche a noi più vicine in nome di una idea equivocata di progresso attraverso la quale si attribuisce un valore esagerato alle scoperte e alle "novità" metodologiche del XIX secolo rigettando e escludendo prospettive, teorie e rapporti costruiti nel corso dei secoli e considerati "sorpassati" o, peggio ancora, "prescientifici".

Si deve tener presente, del resto, che constrasti e polarizzazioni attraversano la storia della Criminologia moderna senza soluzione di continuità. La questione centrale, in molti casi, è relativa al metodo e alla natura della ricerca. Ci troviamo dinanzi a differenze sostanziali, per esempio, tra l´"approccio scientifico (biologico – medico – psichiatrico): riconducibile, oltre al (...) metodo positivo, alla nuova scienza dell'essere umano: la psicologia, grazie ai padri fondatori (...) G. Jung e S. Freud e l´approccio forense (sociologico – antropologico – giuridico): dato dalle diverse materie in orbita criminologica. In primis il diritto, coadiuvato da discipline quali

2 Esattamente in quest´ordine. Può sembrare un po´ banale ma è il caso di ricordare che "teoria" significa: "formulazione logicamente coerente di un insieme di definizioni, principi e leggi generali che consente di descrivere, interpretare, classificare, fenomeni di varia natura" (Cf., Treccani).

3 Si tratta di quelle figure, o rappresentazioni prospettiche, risultato di determinate costruzioni geometriche che, nonostante siano false, incongrue, inverosimili (poiché non corrispondono a nessun oggetto reale o comunque possibile), riescono comunque a produrre effetti.

la statistica, la sociologia del diritto, la stessa antropologia che dipingono il quadro sociale in cui si muove l'individuo, più o meno stimolato, a divenir reo in relazione al ceto d'appartenenza"[4].

Non è facile muoversi in questi scenari frammentati e mutevoli dai quali, però, è possibile estrarre una serie di ipotesi di lavoro per ricostruire la Storia del pensiero criminologico a partire dalla tensione costitutiva fra: 1) il discorso giusfilosofico della Modernità (più specificamente dell´Illuminismo francese e italiano), 2) la posizione di dominio delle scienze empiriche del 19º secolo, che furono in grado di spostare l´asse della ricerca sui terreni della psichiatria e dell´antropologia criminale e 3) la "nuova" frontiera contemporanea rappresentata dalle varie correnti della "criminologia radicale", dalle teorie del conflitto di stampo marxista e dalle teorie femministe. Non solo, l´impegno della criminologia del nostro tempo potrebbe essere quello di analizzare, sotto una nuova luce, le pietre miliari della sua storia recente, vale a dire, solo per fare quale esempio, le tesi della "scuola classica"; le ragioni e le conseguenze dello spostamento dell´attenzione dalla realtà fattuale del crimine all´universo biologico, sociale o psicologico del soggetto deviante; le intuizioni ma anche le pretese (ingiustificate?) delle scienze "mediche" – dalle diagnosi di Lombroso alla frenologia, dalla psichiatria forense alle neuroscienze; e, per finire, il significato di nozioni come eziologia, imputabilità, patologia, bios, persona, devianza.

3. Elementi per una Teoria della pena

Dato a Dio e alle Dee quel che è loro, è il momento di dare ai "Cesari" ciò che gli spetta iniziando dal primo, cioè da Cesare Beccaria autore del famoso Dei delitti e delle pene (1764), capolavoro del diritto e della civilità giuridica moderna nel quale l´illuminista milanese costruisce una serie di straordinari argomenti logico-filosofici contro la tortura e la pena di morte e getta le basi di

4 ESPOSITO, Francesco Paolo. Criminologia oggi: Da Beccaria ai social. Vicalvi: Key Editore, 2018, I-1.1.

una feconda teoria della pena. Il presupposto generale e indiscusso delle tesi di Beccaria è il patto, il contratto sociale tra liberi cittadini che cedono parti consistenti del loro potere e della loro autonomia al Sovrano (allo Stato) al quale spetterà il compito di proteggerli attraverso la creazione e l´applicazione di leggi giuste, che siano in grado di tradurre in realtà il principio della "massima felicità divisa nel maggior numero". La storia, però, insegna che le leggi sono state quasi sempre lo "strumento" di potere di piccoli gruppi, il frutto delle "passioni di alcuni pochi" o di una "fortuita e passeggera necessità". Il legislatore perfetto, dice purtroppo molto en passant Beccaria, dovrebbe essere "un freddo esaminatore della natura umana" capace di concentrare in "un solo punto" le azioni di un intero popolo.

Dei delitti e delle pene è un libro di un centinaio di pagine. Non è un trattato medievale né un´opera metodica con centinaia di note, citazioni e circoli argomentativi più o meno viziosi, ma un saggio vivace, diretto e preciso formato da 42 paragrafi imperniati su alcuni capisaldi concettuali. La questione della pena è tra questi. Beccaria afferma che esiste "un diritto di punire" e che si fa giustizia quando è rispettato il principio della "proporzione fra i delitti e le pene". L´unico criterio per stabilire questa proporzione e evitare errori di misura è quello del danno patito dalla nazione o dalla società. Lo status della persona offesa, l´"intenzione" di chi commette il delitto e il peso del "peccato" sono elementi soggettivi e iniqui che devono essere respinti. Beccaria, come già detto, scolpisce regole di grande civiltà giuridica che combattono le accuse segrete, la disuguaglianza davanti alla legge, la tortura e la pena di morte, la crudeltà delle pene e del carcere preventivo, la lentezza dei processi e l´arbitrio interpretativo dei giudici (Qual più crudele contrasto, scrive, "che l'indolenza di un giudice e le angosce d'un reo? I comodi e i piaceri di un insensibile magistrato da una parte e dall'altra le lacrime, lo squallore d'un prigioniero?"). In questo senso, due sono i fini della pena: 1) impedire che il reo faccia nuovi danni alla società,

2) dissuadere i cittadini a compiere lo stesso delitto. La decisione sulla “gravezza” della pena e sul metodo per applicarla deve essere guidata, pertanto, non solo dal criterio di proporzionalità, ma anche dall´analisi di ciò che provocherà una impressione “più efficace e durevole” nelle menti e negli spiriti degli uomini.

Il concetto di pena è molto meno studiato e discusso di altri pilastri del lessico filosofico e giuridico occidentale come giustiza, legge, virtù, sovranità, ecc. Non è il caso di entrare nel merito dei motivi di questo stato di cose. Un punto, però, ci sembra chiaro: si tratta di una tradizione di pensiero da recuperare, di un corpus straordinario di idee e principi che la criminologia contemporanea non può più (fingere di) ignorare. Detto ciò, é chiaro che analizzare la questione della pena implica confrontarsi con una serie di questioni decisive: Qual è il fondamento ultimo del diritto di punire? Qual è il fine, o lo scopo, della pena? Deve rispondere a quale criterio? Retributivo? Preventivo? Rieducativo? Riparativo? Pluridimensionale? In che modo deve essere valutato il rapporto tra pena, responsabilità morale, imputabilità e libertà? L´atto criminale è azione, reazione o conseguenza? In termini più filosofici: il castigo inflitto – da un´autoritità giudicante ed in nome di una legge – all´autore di un delitto si fonda nella necessità: 1) di ristabilire l´ordine della giustizia, 2) di salvare, cioè di (ri)portare sulla retta via il reo o 3) di difendere la società civile? Queste tesi, o giustificazioni teoriche, costituiscono l´orizzonte filosofico-giuridico dell´Occidente in materia di pena, ora scontrandosi ideologicamente, ora convergendo verso determinazioni miste e più eclettiche.

La concezione della pena come mezzo per fare giustizia, ovvero, per ristabilire l´ordine turbato o infranto dal crimine è la più antica. Ne parlava Anassimandro di Mileto tra il VII e VI secolo prima di Cristo affermando che immutabili e infinite sono sia le leggi che la sostanza della natura; esiste quindi un ordine cosmico che, quando violato, deve essere perfettamente ricostruito. La pena è ciò che compensa – dal latino: “pesare insieme”, “uguagliare nel peso” – la

frantumazione dell´ordine naturale del mondo; è il prezzo da pagare per bilanciare, retribuire, ristabilire l´equilibrio originario: tutte le cose, spiega il filosofo (frammento 9, Diels) nascono e muoiono "secondo la necessità" e pagano "il fio e la pena della loro ingiustizia secondo l´ordine del tempo". Nell´Etica nicomachea Aristotele riprende quest´idea in un´ottica meno astratta: la pena deve mirare a ricomporre il rapporto di uguaglianza e ristabilire proporzionalmente l´ordine concreto, "positivo", della giustizia (e della legge) infranto da un determinato atto delittuoso. Il compito dell´autorità giudicante sarà, dunque, quello di rimediare al danno subito dalla vittima infliggendo una pena che andrà a ridurre il "vantaggio" ottenuto dal reo. Il principio si mantiene nelle prospettive di stampo religioso (Agostino, La città di Dio; Tommaso d´Aquino, Somma teologica) e può essere individuato nei complessi argomenti sviluppati da Kant nella Metafisica dei costumi e da Hegel nei Lineamenti di Filosofia del diritto (§ 220) dove la pena è descritta come "verace conciliazione del diritto con se stesso"[5], sia dal punto di vista oggettivo sia dal punto di vista soggettivo dell´autore del reato, che nell´accettazione della pena reperirebbe non solo "la pacificazione (Befriedigung) della giustizia" ma anche la (ri)conciliazione con se stesso e con la legge.

Questo principio hegeliano ben riassume la seconda prospettiva della storia filosofica del concetto di pena, vale a dire, quella che si fonda sul principio della "salvezza" o "correzione" del reo la quale, evidentemente, è strettamente legata alle tesi che s´incardinano sulla necessità di ristabilire l´ordine della giustizia (le pene sono i medicinali della vita terrena, diceva Tommaso d´Aquino nella Somma; e prima di lui Platone, nel Gorgia, affermava che il

5 Scrive il filosofo tedesco: "Il diritto di fronte al delitto nella forma della vendetta (§ 102) è soltanto diritto in sé, non nella forma del diritto, cioè non giusto nella sua esistenza. In luogo della parte lesa entra in scena qui l'universale leso, che nel tribunale ha realtà peculiare, e prende su di sé la persecuzione e punizione del delitto, la quale pertanto cessa d'essere il contraccambio (Wiedervergeltung) soltanto soggettivo e accidentale attraverso la vendetta e si muta nella verace conciliazione (Versöhnung) del diritto con se stesso, in pena". HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Lineamenti di filosofia del diritto. Roma-Bari: Laterza, 1999, pp. 176-177.

giudice è come un medico e la pena è il rimedio per evitare che il crimine – cioè la "malattia dell´ingiustizia" – diventi cronico corrompendo in modo "incurabile" l´anima). Più complessa e di certo molto più influente, la terza concezione di pena mette al centro del suo discorso la necessità di difendere la società dal crimine. In questo senso la pena è un avvertimento – una specie di "persuasione morale" potenziata dalla minaccia intrinseca dell´eventuale uso della forza – o un atto giuridico (di difesa della società) attraverso il quale si stabiliscono limitazioni della libertà e misure di prevenzione dirette ad evitare la commissione di reati da parte di soggetti considerati pericolosi e così via). Per ragioni che s´incardinano sulla ricerca dell´autentica essenza della natura umana il pensiero filosofico si è occupato con più accuratezza della funzione "dissuasiva" della pena. Aristotele (Etica nicomachea) sosteneva che tutti coloro che non hanno ricevuto in sorte un´indole virtuosa (cioè la parte più numerosa dell´umanità) si astengono dal commettere un crimine solo per paura della pena; non sono la "ragione" o l´"onore" a guidarli bensì la "necessità" e lo spettro incombente della pena. Hobbes (De cive) eliminò dalla teoria le variabili relative al numero dei virtuosi e alla pluralità dei motivi dissuasori per affermare, sic et simpliciter, che tutti noi agiamo per timore (del conflitto, di azioni violente, della morte) e che il divieto stabilito da una legge positiva è inutile e inefficace se non è seguito dalla chiara e minacciosa previsione di una pena. Si tratta di tesi importanti, che saranno riprese dal movimento illuminista europeo e, più tardi, dai padri italiani della scuola positiva di diritto penale.

Per concludere questa sezione qualche breve chiarimento è d´obbligo. Ci sembra evidente che le diverse prospettive fin qui esaminate non devono essere intese come ambienti teorici chiusi alle contaminazioni con l´esterno. Al contrario, esse si trasformano e si con-fondono grazie al lavoro di intere generazioni di studiosi. Così, per esempio, è possibile affermare con Gaetano Filangieri che "né la vendetta dell'offesa recata alla società, né l'espiazione

del reato sono gli oggetti delle pene (...). Le leggi (...) son mosse dall'interesse pubblico e non dall'odio privato; esse cercano un esempio per l'avvenire e non una vendetta pel passato (...). L'oggetto delle leggi nel punire i delitti altro non può essere se non quello d'impedire che il delinquente rechi altri danni alla società, e di distogliere gli altri dall'imitare il suo esempio coll'impressione che la pena da lui sofferta deve fare su' loro spiriti"[6]. Ed é possibile riassumere in modo efficace uno dei principali dilemmi del pensiero criminologico del nostro tempo esaminando i vizi e le virtù della due logiche in lotta, vale a dire, quella "retributiva" e quella "preventiva": "Di solito i due approcci si presentano frontalmente contrapposti. Chi è fautore della dottrina retributiva accusa chi è sostenitore dell'altra dottrina di giustificare in nome dell'utilità sociale pene ingiuste (poiché funzionali alla società); chi viceversa è fautore della dottrina preventiva accusa chi è sostenitore dell'altra dottrina di rimanere legato a una concezione antiquata che affonda le sue radici in un modo di concepire il diritto che lo confonde con la morale e la religione"[7].

Ci troviamo dinanzi a questioni e problemi decisivi che dovrebbero essere affrontati senza indugio. Esaminiamo nuovamente il problema della decisione sulla gravità della pena rispetto al delitto. Il concetto di proporzionalità è un punto fermo di indiscutibile valore morale, sociale e giuridico, che potrebbe essere affiancato, in determinati casi, da un´analisi altra della categoria di gravità, cioè dell´impatto e della ripercussione sociale del crimine. Crediamo che l´orizzonte dottrinale dovrebbe essere ampliato partendo, appunto, dal principio – in una certa maniera configurabile storicamente e oggettivamente – delle conseguenze sociali del delitto. Il criterio dovrebbe essere quello del danno – in atto o in potenza – che si infligge alla società; meglio ancora della pericolosità sociale e delle effetti emulativi del gesto criminale e quindi della gravità del

6 FILANGIERI, Gaetano. La scienza della legislazione. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1984, volume I, p. 540.

7 BECCHI, Paolo. Giuristi e prìncipi. Alle origini del diritto moderno. Roma: Aracne Editrice, 2010, p. 89.

delitto, ma che dovrebbero essere valutati – si badi – sulla base di nuovi principi. Per farla breve, e nella speranza che la provocazione intellettale ci sia perdonata, chiediamoci: il comportamento criminale di un soggetto dotato di ragione che si mette al volante dopo aver bevuto un paio di drink e uccide qualcuno o di un soggetto dotato di ragione che, nel bel mezzo di una pandemia genocida e magari portatore sano, si rifiuta di usare la mascherina e partecipa a party e festini – non dovrebbe essere studiato, e valutato, nell´identico ambito etico e criminologico di un pedofilo o di un assassino seriale? L´illuminista Beccaria già spiegava che la misura, la "grandezza" della pena deve essere relativa "allo stato della nazione. Più forti e sensibili devono essere le impressioni su gli animi induriti di un popolo appena uscito dallo stato selvaggio; vi vuole il fulmine per abbattere un feroce leone che si rivolta al colpo del fucile. Ma a misura che gli animi si ammoliscono nello stato di società, cresce la sensibilità, e crescendo essa, deve scemarsi la forza della pena, se constante vuol mantenersi la relazione tra l´oggetto e la sensazione"[8]. Non sarebbe il caso di confrontarci sullo stato attuale delle nostre società?

4. Sull´essenza dell´uomo (criminale): Lombroso, Gall, Hegel

Cesare Lombroso è considerato il fondatore della criminologia (non solo italiana) e l´esponente più importante della vertente di studi che – anche grazie alle attività del giurista e sociologo Enrico Ferri e del magistrato Raffaele Garofalo (al quale si deve il libro pubblicato nel 1885 che fin dal titolo – Criminologia – sembra sancire la nascita della "nuova" disciplina) – assumerà più tardi il nome di scuola positiva di diritto penale.

Lombroso fu uno degli autori più letti, polemici e influenti d´Europa tra l´Ottocento e il Novecento. Ebbe il merito scientifico

8 BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene. Milano: Luigi Cioffi Editore, 1864, pp. 59-60. Corsivo mio.

di riprendere su nuove basi una delle domande filosofiche per eccellenza – che cos´è l´Uomo? Qual è la sua natura? – alla quale rispose teorizzando la diversità biologica, naturale, tra individui "normali" e individui "devianti" affermata attraverso l´analisi "scientifica" dei rispettivi corpi (i tratti del viso, la pelle, le "fossette" nel cranio). Fu criticato e esecrato per i risvolti razzisti e eugenetici della sua opera. Lesse Giambattista Vico, Carlo Cattaneo e Charles Darwin; studiò la "terapia" della pena e il sistema carcerario, il "delitto politico", l´anarchia e il "futuro del socialismo"; si dedicò all´analisi del "pazzo", del "genio" e dell´"uomo della storia"; dissertò sulla "donna delinquente, sulla "prostituta" e sulla "donna normale".

Dinanzi all´impossibilità di approfondire in questa sede la vasta e complessa eredità teorica di Lombroso, compito che lasciamo alla volontà e allo spirito di ricerca dei lettori più attenti[9], ci limiteremo a trattare alcuni snodi nevralgici del suo pensiero. In primo luogo quello legato più direttamente alla domanda fondamentale che (s) muove gran parte della ricerca dello studioso veronese, vale a dire, la domanda sulla natura (stavamo quasi per dire – usando un termine pericoloso – sull´essenza) dell´essere umano e dell´atto criminale. Si tratta di una questione cruciale e molto antica che la filosofia greca, attraverso i sofisti e la riflessione socratica prima e i grandi sistemi metafisici di Platone e Aristotele poi, scolpisce nell´orizzonte di senso dell´Occidente. Da buon illuminista ottocentesco, ed in piena sintonia con lo spirito del suo tempo, Lombroso riprende il problema e lo affronta con il potere di fuoco che la scienza dell´epoca gli mette generosamente a disposizione. È il momento della nascita o del primo consolidamento di nuove "discipline scientifiche", che giurano di poter dimostrare e risolvere qualsiasi tipo di problema. Sapere e conoscenza si trasformano in Scienza. È l´ora della grande rivoluzione accademica al termine della quale sorgono le famose

9 Cfr., tra gli altri, Cesare Lombroso. Gli scienziati e la nuova Italia (a cura di Silvano Montaldo). Bologna: Il Mulino, 2011; Cesare Lombroso cento anni dopo (a cura di Silvano Montaldo e Paolo Toppero). Torino: UTET, 2009. Per un primo approccio, molto generale, al pensiero di Lombroso segnaliamo i testi di Paolo Marchetti e Valeria Babini (entrambi del 2012) nell´Enciclopedia Treccani (www.treccani.it).

Scienze umane, sociali, giuridiche e perfino teologiche (con buona pace di Galileo, Giordano Bruno e affini).

La prima, fondamentale pietra dell´antropologia criminale è fornita dall´autopsia del cranio del presunto brigante calabrese Giuseppe Villella, che Lombroso esamina nel dicembre del 1870. È un episodio oscuro, che la narrativa dello studioso, costruita con maestria nel corso degli anni, transforma in una scoperta scientifica fondamentale: la presenza, nel cranio del "delinquente", di un incavo (la "fossetta occipitale interna") invece dell´usuale e normale sporgenza provocata dalla "cresta occipitale interna". Si tratta di una vera e propria rivelazione, sperimentale e empirica: la "lunga serie di anomalie ataviche" presenti nella struttura cranica di Villella – tipiche di uomini primitivi e animali inferiori come scimmie e lemuri – chiariscono e risolvono il problema della "natura e dell´origine" del delinquente. In ciò consiste l´origine della tesi della "reversione atavica" come causa del comportamento deviante. Lombroso, infatti, "vede nel criminale il ritorno del passato ancestrale e animale dell'umanità, per effetto di un blocco nello sviluppo embriogenetico. Il 'delinquente nato' è un soggetto non progredito, che riproduce nel presente i caratteri dell'uomo primitivo: vero e proprio anacronismo biostorico che compie azioni (delittuose) comunemente accettate (e dunque 'naturali') all'epoca cui corrisponde la sua struttura anatomica"[10].

L´ipotesi del nesso di casualità tra atavismo e criminalità e la discussione sul senso ultimo della normalità e della devianza non sono una novità nel dibattito ottocentesco. L´originalità di Lombroso consiste nel fatto di mettere al centro dell´orizzonte filosofico, giuridico e medico-scientifico la figura del "delinquente, la sua personalità e la sua costituzione fisica", trasformando la nozione di atavismo nel fondamento della tesi della "naturalità" del crimine. "Partito dalla volontà di distinguere tra follia e delinquenza, ma soprattutto dalla necessità pratica di far chiarezza nei casi dubbi

10 BABINI, Valeria. Cesare Lombroso. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Filosofia. Roma: Istituto dell´Enciclopedia Italiana, 2012 (www.treccani.it).

tra responsabilità e irresponsabilità giuridica, [Lombroso giunge] alla conclusione che il delinquente nato non è responsabile perché non è libero, ma non è neppure curabile o rieducabile. Anziché punirlo, la società dovrà difendersene, e la penalistica italiana dovrà confrontarsi con la rivoluzione filosofica indotta dalle nuove scienze medico-antropologiche"[11].

Insomma, criminali si nasce. La causa del delitto è di natura biologica. L´umano-che-delinque è diverso dall´umano-normale. L´analisi scientifica del corpo rivela la "verità" antropologica, sociale e giuridica fornendo alla Legge i pilastri oggettivi per la protezione e la difesa della società attraverso l´applicazione dei concetti di responsabilità giuridica e imputabilità, l´uso della forza e l´imposizione della pena. Le biblioteche sono piene di libri sui risvolti e le conseguenze logiche di questi tipi di teorie e dei metodi utilizzati per fregiarsi dell´avidamente desiderato marchio di "scientificità". Senza entrare nel merito di uno dei punti più polemici del dibattito criminologico contemporaneo. vorremmo soltanto segnalare un atteggiamento intellettuale del nostro tempo, poco esplorato a causa della militanza ideologica che lo rende immune a qualsiasi critica. Ci riferiamo alla mentalità strumentale – a volte chiamata "memoria selettiva" – che giudica una teoria, un´opera o un autore di epoche storicamente, socialmente e moralmente distanti utilizzando valori e criteri della sua contemporaneità.

In altri termini, volgere lo sguardo critico su un uomo e uno studioso dell´ottocento europeo usando lenti da lettura tardo novecentesche o, peggio ancora, postmoderne non è intellettualmente onesto. Lombroso è figlio del suo tempo, delle sue teorie scientifiche, della sua cultura e dei suoi valori. Succede a tutti o quasi. È accaduto, solo per fare qualche esempio, a Platone e Aristotele (che accettarono la "naturalità" e la necessità della schiavitù); a Emil Cioran, Carl Schmitt e Martin Heidegger (che flirtarono con il nazismo); a Friedrich Nietzsche (che scrisse pagine inquietanti e violente in nome della differenza biologica, della volontà

11 IDEM.

di potenza e della grande salute dello Stato-corpo).

In questo senso la fede nella scienza e nella tecnica intese come strumento fondamentale per il progresso materiale e morale dell´umanità è uno dei principali tratti, se non il principale, della Modernità. Atavismo e ispezione del cranio erano considerati il must della scienza dell´epoca. Non se ne parla molto, ma perfino il grande e insospettabile Friedrich Hegel ne rimase affascinato al punto di dedicare alla cranioscopia (o frenologia) – dottrina creata dal medico tedesco Franz Joseph Gall tra la fine del settecento e l´inizio dell´ottocento – un´attenzione filosofica di prim´ordine sviluppata nella V sezione ("Certezza e verità della ragione") della Fenomenologia dello Spirito (1807). Per Gall e i suoi discepoli il cervello è la sede di tutte le funzioni intellettuali, affettive e morali dell´essere umano, che sarebbero localizzate in sezioni specifiche della corteccia cerebrale. Dal momento che il cranio si sviluppa insieme al cervello ogni attività psichica lascerebbe dei segni nella scatola cranica. Gall si convince dell´esistenza di un rapporto di reciproca corrispondenza – un "nesso causale" scriverà Hegel nel § 329 (In diesem totem Sein) – tra le facoltà psichiche proprie dell´uomo e le tracce corporali (sporgenze, depressioni, linee, bozzi, cavità, ecc.) da esse provocate. Da ciò deriva, come logica conseguenza, che l´esame della superfice esterna della scatola cranica permetterebbe di identificare e comprendere scientificamente la personalità, le attitudini e le tendenze psichiche di ogni individuo.

5. Filosofia della Criminologia

Sarà pure un cliché, ma la domanda è d´obbligo: nella cartografia del pensiero criminologico contemporaneo qual è la collocazione più o meno definitiva della Filosofia? Qual è, o quale potrebbe essere, il suo contributo teorico? Difficile rispondere in questa sede. Ciò che è possibile fare, invece di proporre mappe storiche e soluzioni concettuali, è cercare di delineare alcune

prospettive o riflessioni di fondo.

Il gradino da cui cominciare è senza dubbio quello relativo all´analisi della "devianza", del "comportamento deviante". Le scienze sociali del Novecento si sono occupate di queste nozioni sanando un vuoto storico e metodologico importante. Deve essere ricordato, però, che prima che il potere di fuoco della sociologia imponesse la sua terminologia e il suo lessico, erano la filosofia morale e l´etica (in vari momenti anche attraverso una serie di soffocanti legami con la teologia) ad indagare questi fenomeni all´interno dei sistemi culturali e sociali della storia occidentale. Non si parlava di devianza (né di crimine), ma di "peccato", "male", "colpa", "immoralità", "disordine". I monopoli, compresi quelli accademici, sono sempre dannosi. Per questo una rilevante ipotesi di lavoro per la filosofia del XXI secolo (intesa come filosofia rivoluzionaria capace di emanciparsi dall´impianto oppressivo e violento del pensiero di quello che abbiamo descritto in altre sedi come "postmodernità tardia") sarebbe quella di confrontarsi criticamente con le teorie elaborate dalle scienze sociali con l´obiettivo di riprendere, chiarire e riformulare una serie di temi e problemi decisivi per il dibattito criminologico contemporaneo. Si tratta, insomma, di studiare filosoficamente i macromodelli dell´ordine sociale, le teorie della subcultura, l´idea della "normalità" e di una certa "positività" del crimine tracciate dal funzionalismo di lingua inglese; e anche le cosidette teorie della reazione sociale (in primis, i contribuiti della teoria dell´interazione sociale e della teoria dell´etichettamento) che, prendendo spunto da angolazioni ontologiche diverse e eterogenee, hanno dato luogo, come riassume Stanley Cohen[12], a una "concezione relativistica della devianza, soggettivamente o politicamente aperta piuttosto che effettivamente data; espressione di diversità piuttosto che di patologia, e di complessità piuttosto che di semplicità". Da questo punto di vista la variabile fondamentale nelle ricerche sulla devianza non è più "l´uomo delinquente" (o – con

12 Cfr., COHEN, Stanley. Sociologia della devianza. Roma: Enciclopedia Italiana - V Appendice (1995) (www.treccani.it).

un significativo cambiamento terminologico – "l´attore") né l´atto o l´azione in se, ma la pubblica opinione. Decisiva non è più l´indagine sul patrimonio genetico e sulla personalità del reo e neppure la pericolosità e l´impatto sociale dell´atto delittuoso, ma piuttosto l´interpretazione da parte della società (o meglio da parte dei settori della società dotati di potere) di ciò che è o deve essere considerato "deviante".

Un altro importante filone di ricerca è relativo alla costruzione di una "politica della criminologia", che ha in Michel Foucault e in alcuni teorici italiani della biopolitica la sua maggior fonte d´ispirazione. Si tratta di mettere in questione e di "destabilizzare" la criminologia intesa come scienza e sapere specifico nel tentativo di produrre, appunto, una "politica della criminologia" (nel senso foucaultiano di una "politica della filosofia") che, come spiega Augusto Jobim do Amaral, va oltre i possibili legami di una "politica criminologica" e vuole mantenersi decisamente lontana sia da una "politica criminale" (cioè del fondamento ultimo di ogni progetto di governo contro la criminalità) sia da una "criminologia politica" (intesa come "scienza oggettiva" disposta a fornire dati e teorie per la messa in pratica di determinate politiche criminali da parte dello Stato)[13].

Altri spunti di discussione ci vengono proposti dalla tradizione filosofica greco-moderna. Per esempio il rapporto, o meglio, la tensione costitutiva che avvolge logos e krino. Il concetto di logos è una nostra vecchissima conoscenza. Lettori francofortesi, postmoderni, nicciani allegri, tuttologi e affini lo hanno accusato delle peggiori nefandezze del Novecento e condannato senz´appello per associazione a delinquere di stampo nazifascista. Ora, crediamo che sia giunta l´ora di riaprire il processo e cercare di capire a cosa ha portato la criminalizzazione di questo termine (di questo concetto) che, come sappiamo, indica non solo parola, discorso, ma anche e sopratutto il procedere del pensiero, la ragione, la

13 Cfr. AMARAL, Augusto Jobim do. Politica da criminologia. San Paolo: Tirant Lo Blanch, 2020.

facoltà di pensare, il principio di razionalità universale (o almeno universalizzabile). Come sosteniamo da qualche tempo in vari saggi, interventi culturali, ecc. il populismo, i movimenti negazionisti e le fake news, il fascismo sociale, il narcisismo della sinistra e il fallimento dei suoi progetti di governo nel XXI secolo, l´ascensione delle forze conservatrici e di estrema destra e l´esplosione delle violenze razziali e di genere – sono la diretta conseguenza della ridicolizzazione e della distruzione del logos nella mentalità sociale e culturale dell´occidente. Per quanto riguarda il termine greco krino – dal quale deriva il nostro "crimine" – deve essere ricordato che esso denota non l´atto criminale (e neppure le sue conseguenze), ma solamente il fatto di esaminare qualcosa e di decidere su qualcosa. Da krino deriva il neutro latino crimen, che significa propriamente "oggetto di decisione giudiziaria", che, a sua volta, subisce l´influenza di cernĕre ovvero distinguere, decidere.

Seguendo queste scie interpretative arriviamo ad un´altra coppia di termini, vale a dire, themis e dike. È noto che la discussione circa il significato, i limiti e il fondamento della legge avvolge fin dalle origini il pensiero occidentale. Il fondamento della legge morale, in primo luogo. E, in seguito, della legge intesa come norma giuridica positiva, codificata; che – sulla base di un determinato fondamento non giuridico – definisce ciò che è lecito, o permesso, e ciò che non lo è e stabilisce procedure, sanzioni, ecc.

Ma il diritto non è la giustizia. Lo diceva Jacques Derrida un paio di decenni fa in Forza di legge. E lo si nota fin dalle origini. Fin dalla trasformazione dello status giuridico e della vita pubblica nella Grecia antica a causa dell´avvento prima di themis – la legge e l´ordine affidate a re e tiranni – e poi di dike – il risultato del processo, ciò che si riceve alla fine del processo, ciò che è dato dal "giudice", ciò che è detto e che ristabilisce l´equilibrio delle origini. Legge e giustizia non sono la stessa cosa. Ricordando le parole di Werner Jaeger in Paideia. La formazione dell´uomo greco: mentre la prima, themis, si riferisce all´autorità del diritto, alla sua legalità e validità,

la seconda, dike, significa fare giustizia – nel senso di attribuire a ciascuno ciò che gli è dovuto.

Mettiamo da parte per un po´ il mondo greco e dedichiamoci alla civitas romana e al lessico latino. Nel terzo e quarto capitolo del libro secondo del Vocabolario delle istituzioni indoeuropee Émile Benveniste si occupa del diritto, o meglio, del termine ius e della questione del giuramento a Roma e, in seguito, del prefisso "*med" e della nozione di misura. Non potendo condividere qui la richezza semantica, storica e categoriale di queste pagine, ci limiteremo a riprendere una delle conclusioni dello studioso parigino relativa alla tensione tra ius, iustitia e directum. Durante la sua storia millenaria ius si è rivelato totalmente incapace, spiega Benveniste, di "fornire qualsiasi tipo di derivato". La ragione risiede nel fatto che "il diritto va considerato esclusivamente come un corpo di formule, e l´esercizio del diritto come una tecnica, (esso) si è fissato in un codice, in un insieme di detti, di ricette da conoscere e applicare (...) Il diritto è una cosa da mostrare, da dire, da pronunciare"[14]. Il diritto non è la giustizia; non lo è mai stato. Eppure – attraverso uno "dei grandi cambiamenti nelle lingue e nelle istituzioni dei diversi popoli indoeuropei" – esso riesce a "superare il suo apparato tecnico" e in questo modo, conclude Benveniste, "si costituisce in nozioni morali", avvicinandosi al concetto di giustizia e finendo per identificarsi con ciò che é giusto. È necessario e urgente chiedersi il come e il perchè di questo processo che non ha nulla di "naturale", che non appartiene all´ordine delle cose e che, pertanto, non è altro che il frutto – umano, troppo umano – di strategie di potere, di dominio e di controllo sociale, etico e politico.

L´ultima riflessione del nostro saggio è dedicata al concetto di persona a partire dall´indagine di Roberto Esposito sviluppata nel libro Le persone e le cose. La mossa iniziale del filosofo napoletano consiste nel mettere in evidenza il principio che organizza fin dalle origini la civiltà occidentale, vale a dire, quello della "divisione

14 BENVENISTE, Émile. Il Vocabolario delle istituzioni indoeuropee. Torino: Einaudi, volume II, 2001, pp. 382-383.

tra le persone e le cose". È un quid così radicato non solo nella nostra esperienza ma anche nella nostra "coscienza morale" al punto da apparire naturale, chiaro, distinto e indubitabile: siamo delle persone perché non siamo delle cose! Sembra che non ci sia molto da aggiungere a questo postulato autoevidente. Eppure ciò che in questo modo ci appare è "l´esito di un lunghissimo processo di disciplinamento che ha percorso la storia antica e moderna modificandone i contorni"[15]. Si tratta di un rapporto tradizionale tra persone e cose, che viene profondamente trasformato in epoca moderna dalla centralità attribuita al corpo, la quale rimette in discussione lo statuto e la portata categoriale di entrambe. Questo è il primo punto, di carattere generale, che dovrebbe essere approfondito dalla criminologia sviluppando in tutte le sue sfumature non solo le nozioni sorte nell´universo giuridico romano e poi diffuse in tutto l´occidente, ma anche il pensiero filosofico che si è occupato di questo rapporto – da Cartesio a Kant, da Spinosa a Nietzsche, dal pensiero cristiano-medievale alla biopolitica.

Un esempio della ricchezza di questa prospettiva è dato dai passi del libro dedicati al filosofo John Locke, il primo a rompere il rapporto che nella tradizione del diritto romano legava la persona al corpo individuale, "la maschera giuridica al volto dell´uomo su cui è posta". Locke dissolve completamente "il nesso con il corpo vivente e lega la persona al principio di attribuzione". Ossia: "perché ci si possa definire persona, bisogna poter provare, a sé e agli altri, di essere l´autore delle proprie azioni e dei propri pensieri"[16]. È un cambiamento cruciale giacché tutti gli altri tipi di vincoli o rapporti di stampo sociale o religioso sono messi fuorigioco. A partire da questo momento ciò che veramente conta è che l´attribuzione sfocia nell´imputabilità; ciò che veramente conta è la capacità poter essere giudicato, di rispondere, non solo giuridicamente, delle azioni commesse assumendosene la responsabilità. Da questo punto di vista, la "persona" si trasforma nel concetto moderno di

15 ESPOSITO, Roberto. Le persone e le cose. Torino: Einaudi. 2014, p. VII.
16 IDEM, pp. 24-25.

"persona", che indica l´individuo libero, razionale e "consapevole delle conseguenze dei propri gesti". Tale passaggio, però, non cancella il dualismo, lo sdoppiamento della tradizione. Anzi finisce per riproporlo in una maneira ancora più intensa. Esposito ci spiega il motivo: "Perché il soggetto possa formulare un giudizio su se stesso, deve sapersi separare da sé, assumendo la doppia parte dell´imputato e del giudice. La categoria di attribuzione è connessa con quella di imputazione (...). Anzi ciò che qualifica nel suo senso più proprio l´idea lockiana di persona è appunto la capacità giuridica, da parte di un tribunale o anche di stesso, di imputare a qualcuno le azioni da lui commesse. Non per caso il filosofo definisce quello di persona un 'termine forense che attribuisce le azioni e i loro meriti'. Essa è ciò che, rendendo possibile il giudizio, consente l´eventuale condanna"[17]. Locke introduce nel soggetto una nuova e più complessa scissione. Una volta riconosciuto come "agente morale", infatti, esso diventa immediatamente e allo stesso tempo "soggetto di legge e oggetto di giudizio – a un tempo giustificabile e giustiziabile". Cosicché, conclude Esposito, "il paradigma filosofico di persona, orientato a ricostituire l´identità individuale minacciata dalla dispersione diviene il luogo di una divisione ancora più marcata tra due piani della coscienza destinati a non poter mai del tutto coincidere"[18].

Riferimenti Bibliografici

ALLAND, Denis e RIALS Stéphane (a cura di). Dictionnaire de la culture juridique. Paris: PUF, 2003.

ABBAGNANO, Nicola. Dizionario di Filosofia. Torino: UTET, 2013.

AMARAL, Augusto Jobim do. Politica da criminologia. San Paolo: Tirant Lo Blanch, 2020.

BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene. Milano: Luigi Cioffi

17 IDEM.
18 IDEM.

Editore, 1864.

BECCHI, Paolo. Giuristi e prìncipi. Alle origini del diritto moderno. Roma: Aracne Editrice, 2010.

BENVENISTE, Émile. Il Vocabolario delle istituzioni indoeuropee. Torino: Einaudi, 2001.

ESPOSITO, Francesco Paolo. Criminologia oggi: Da Beccaria ai social. Vicalvi: Key Editore, 2018.

ESPOSITO, Roberto. Le persone e le cose. Torino: Einaudi. 2014.

FILANGIERI, Gaetano. La scienza della legislazione. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1984.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Fenomenologia dello spirito. Torino: Einaudi, 2008.

_____. Lineamenti di filosofia del diritto. Roma-Bari: Laterza, 1999.

LOMBROSO, Cesare. L'uomo delinquente studiato in rapporto all'antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie. Bologna: Il Mulino, 2012.

PINATEL, Jean. Criminologia. Enciclopedia delle scienze sociali, 1992 (www.treccani.it).

A responsabilidade civil dos médicos em meio a uma pandemia: é possível a responsabilização pelo dano moral decorrente do evento morte?

Doctors civil responsibility in the middle of a pandemic situation: they can be held responsible for the moral damage resulting from death?

Lucas Girardello Faccio[1]

Sumário: 1. Panorama geral da atual condição da responsabilidade civil do médico; 2. O dano moral decorrente do evento morte e a sua adoção pelo judiciário brasileiro; 3. Como fica a situação do médico diante de uma pandemia?; 4. Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho busca analisar a responsabilidade civil do médico pelo dano moral em ricochete decorrente do evento morte. A fim de contribuir para o desenvolvimento do tema, faz-se uma breve abordagem dos principais aspectos da responsabilidade civil do médico. Enfatiza-se a existência de uma relação contratual ou não entre médico e paciente, a fim de se identificar qual espécie de responsabilidade deve-se aplicar ao caso: a responsabilidade contratual ou extracontratual. Utiliza-se a doutrina italiana, amplamente reconhecida pelo estudo dos danos não patrimoniais, para apontar possíveis equívocos da doutrina brasileira no tratamento da matéria. Destaca-se o dano autônomo desenvolvido pelo direito italiano chamado de dano pela perda da relação parental. Distingue-se o dano pela morte sofrido pela vítima do dano que seus parentes, aqueles próximos ao seu convívio sofrem pela sua morte. Ademais, identifica-se a aplicação dessa espécie de dano na jurisprudência brasileira. Critica-se a dificuldade dos julgadores brasileiros em reconhecer o devido grau de autonomia dessa espécie de dano do dano moral comum. Em face dessa abordagem, faz-se algumas reflexões acerca da

1 Lucas Girardello Faccio, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Civil em cursos preparatórios. Advogado. E-mail: lucas.g.faccio@hotmail.com. Currículo: http://lattes.cnpq.br/3589522984074011. Orcid: https:// orcid.org/0000-0003-40

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

viabilidade de reparação desse dano no caso de falecimento de paciente contaminados pelo Covid-19, especialmente pelo atual contexto de esgotamento físico e mental desses profissionais da saúde.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Dano moral; Morte

Abstract: The present work, analysis of the doctor's civil liability for moral damage in ricochet due to the death event. In order to contribute to the development of the topic, a brief approach is made to the main aspects of the physician's civil liability. It emphasizes the existence of a contractual relationship or not between doctor and patient, an objective of identifying which type of responsibility should be applied to the case: contractual or non-contractual liability. Italian doctrine, recognized by the study of non-patrimonial damages, is used to point out possible errors of Brazilian doctrine in the treatment of the matter. We highlight the autonomous damage developed by Italian law called damage due to the loss of parental relationship. The damage caused by the death suffered by the victim is distinguished from the damage caused by his relatives, those close to his life condemned by his death. Furthermore, the application of this type of damage is identified in Brazilian jurisprudence. The Brazilian judges' difficulty in recognizing the due degree of autonomy of this kind of damage from common moral damage is criticized. In view of this approach, some reflections are made about the feasibility of dissipating this damage in the event of the death of a patient infected by Covid-19, especially due to the current context of physical exhaustion and mental health professionals.

Keywords: Civil responsibility; Moral Damage; Death.

1. Panorama geral da atual condição da responsabilidade civil do médico

O instituto da responsabilidade civil tem como elementos de configuração a existência de uma conduta humana voluntária, de um dano injusto sofrido por um sujeito, dano que pode ser tanto extrapatrimonial, como patrimonial, e um nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Acrescenta-se, também, a sua divisão em

natureza subjetiva, na qual o elemento culpa lato sensu é analisado (aqui insere-se a responsabilidade civil do médico), e em natureza objetiva, a qual dispensa o elemento culpa, como a teoria do risco, por exemplo.

Não obstante os elementos gerais acima descritos se aplicarem à responsabilidade civil pela conduta médica, há algumas peculiaridades que exigem apontamentos introdutórios a fim de que se possa compreender melhor a temática. A natureza da relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente gerou inúmeras discussões na doutrina brasileira. Não havia uma definição se essa natureza seria contratual ou extracontratual.

A primeira posição concreta adotada pela doutrina é de que a responsabilidade civil do médico seria originada exclusivamente de relação contratual, pois existiria um acordo de vontades entre o médico e o paciente anterior à prestação do serviço. Além disso, nos casos em que o paciente não fosse capaz de expressar a sua vontade, essa poderia ser manifestada pela família. Fosse tácita, fosse expressa a manifestação do paciente, era certo que a natureza jurídica era contratual[2].

Deve-se, entretanto, distinguir duas situações diferentes de possível relação entre médico paciente. A primeira, consiste – como apontado acima - na realização de um acordo de vontades entre paciente e médico, firmando-se, assim, um devido contrato pelo serviço médico. A segunda abrange outras hipóteses de atuação: pense-se, por exemplo, no caso do médico de plantão na emergência de um hospital público que precisa atender um sujeito ferido em um acidente. No primeiro caso, é indiscutível a existência de relação contratual; já no segundo, a despeito da ausência de um prévio acordo entre médico e paciente, há o dever do médico de prestar o melhor serviço possível para socorrer o

2 WEBER, Márcia Regina Lusa Cadore. Responsabilidade civil do médico. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, São Paulo, v. 5, n. 235, p. 655 – 676, out. 2011. Disponível em: http://rtonline.com.br. Acesso em: 14 jul. 2020.

sujeito ferido, consistindo, assim, em relação extracontratual[3]. Com isso, defende-se que não é possível determinar um sistema unitário na questão da responsabilidade pela conduta médica, pois ora a relação originária será contratual, ora extracontratual.

O segundo destaque deve ser dado à distinção entre relação de meio e de resultado. Entende-se por obrigação de meio aquela em que um indivíduo aceita realizar um serviço comprometendo-se a fazê-lo com máxima dedicação, zelo e diligência, em conformidade com suas capacidades técnicas. Por obrigação de resultado, tem-se aquela em que o sujeito assume o compromisso de alcançar um fim específico. No contexto médico diz-se que ocorre nos casos de transfusão de sangue, ou até mesmo em cirurgias plásticas dependendo do que for estabelecido pelas partes.

O tema torna-se relevante quando há o descumprimento do contrato, pois se a obrigação descumprida for de resultado, é suficiente que o lesado aponte a existência do contrato e o resultado que fora prometido, mas não fornecido. Por outro lado, a questão é um pouco mais complicada se o caso for de obrigação de meio, pois o lesado precisará demonstrar que houve um agir ilícito da outra parte, como a não observância dos deveres de cuidado e zelo referidos acima[4].

Cumpre salientar, ainda, a questão dos deveres do médico, especialmente do dever de informação/esclarecimento e de assistência. O dever de informação, em realidade, é uma evolução do antigo dever de aconselhar[5]. Era comum no meio médico que os profissionais omitissem da família ou do paciente a real situação quando o caso era extremamente grave a fim de evitar um choque

3 WEBER, Márcia Regina Lusa Cadore. Responsabilidade civil do médico. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, São Paulo, v. 5, n. 235, p. 655 – 676, out. 2011. Disponível em: http://rtonline.com.br. Acesso em: 14 jul. 2020.

4 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 718, n. 581, ago. 1995, p. 33 – 53. Disponível em: http://rtonline.com.br. Acesso em: 14 jul. 2020

5 Sobre o tema, ver: FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo (Org.). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 192

muito grande. Como evolução dessa prática, desenvolve-se o dever de informar, que impõe ao médico a obrigação de fornecer ao paciente e sua família a real situação da doença e as possíveis consequências do tratamento, por exemplo. Ao lado desse dever surge a noção de consentimento informado, - hoje positivado no art. 15 do Código Civil brasileiro – relacionado com o princípio da boa-fé objetiva, tem-se que o médico deve informar o paciente acerca da sua condição e de modo que o sujeito seja capaz de compreender de fato o seu estado de saúde. Diz-se que com isso o sujeito possui um papel ativo no seu processo de cura[6].

Seja o cumprimento do dever de informar, seja a observância ao consentimento informado, são fatores essenciais para a posterior avaliação da responsabilidade do médico por eventual dano. Um paciente bem informado, ciente do seu estado e dos riscos de um eventual tratamento não pode responsabilizar o profissional que apesar de atuar com a sua melhor capacidade técnica não conseguiu restabelecer a saúde do indivíduo. Mas, para isso, para reduzir os riscos de ser responsabilizado por uma eventual ineficácia do tratamento, o médico deve cumprir com o dever de informação e respeitar o consentimento informado.

Já o dever de assistência e cuidado estabelece certos padrões mínimos de conduta que o médico deve adotar no tratamento de seus pacientes. Nesse ponto, discute-se a questão da recusa de atendimento, do chamado "abandono" do paciente. O exercício da medicina é livre, ninguém é obrigado a aceitar um paciente num consultório particular (salvo, obviamente, em caso de necessidade de urgência no atendimento). Todavia, não se pode ignorar que o profissional médico que atua num hospital público, por exemplo, não pode negar-se a prestar atendimento ao cidadão que precisa, devendo cumprir com seu dever de assistência[7].

Cabe ainda referir que se o serviço médico for oferecido como

6 PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. 12. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 193.

7 PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. 12. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 193.

serviço público de saúde, entende-se que o direito comum regulará eventual caso de responsabilidade[8]. Por outro lado, se o serviço for prestado em ambiente particular, como hospitais ou clínicas particulares, estará configurada a relação de consumo.

Observe-se que em se tratando de profissional liberal, incide na espécie a previsão do CDC, em seu artigo 14, § 4º, que estabelece que sua responsabilidade será apurada mediante culpa.

Nesse cenário, analisa-se a situação de eventual responsabilização do médico pelo dano morte, tema que ganha maior importância no atual cenário de pandemia pelo Covid-19.

2. O dano moral decorrente do evento morte e a sua adoção pelo judiciário brasileiro

A reparação pelo dano moral, ou melhor, a reparação de lesões que não tenham cunho estritamente patrimonial, é um dos temas mais debatidos no meio jurídico nos últimos tempos. Por isso, a importância de se fazer o seguinte esclarecimento, pois ainda existe confusão com relação aos significados de dano moral e dano extrapatrimonial. Ocorre que não são expressões usadas para identificar o mesmo objeto, em verdade, o dano moral consiste numa das espécies de dano não patrimonial ou dano extrapatrimonial.

Nesse sentido, Pier Giuseppe Monateri explica:

> Con la nozione di danno morale si allude al dolore, ai patemi dell'animo, alle sofferenze spirituali, mentre con la locuzione danni non patrimoniali si intende ogni conseguenza peggiorativa che non tollera, alla stregua di criteri oggettivi, di mercato, una valutazione pecuniaria rigorosa. Con la locuzione danni morali si deve, allora, fare riferimento ai perturbamenti dello stato d'animo del soggetto, ingiustamente cagionati da

8 É consolidado na doutrina que não configura relação de consumo o serviço oferecido gratuitamente pelo Estado.

un fatto […].[9]

Destaca-se, ademais, que o dano moral não decorrerá, necessariamente, de uma conduta imoral, haja vista que o respeito aos preceitos morais é algo que deve ser espontâneo de cada indivíduo[10]. A despeito de não haver uma conceituação unânime do dano moral, é interessante o conceito exposto pelo brasileiro Nehemias Domingos de Melo, que conceitua a lesão à moral como "[…] toda agressão injusta aos bens imateriais, tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica, assim como da coletividade, insusceptível de quantificação pecuniária, porém indenizável […]"[11].

Nessa linha introdutória, a situação do dano pelo evento morte também é causa de uma equivocada confusão. No Brasil fala-se em dano moral pelo evento morte, enquanto em países como a Itália, onde a temática da reparação de danos é consideravelmente mais desenvolvida, tem-se o dano chamado de perdita del rapporto parentale (dano pela perda da relação familiar ou parental), como uma espécie pertencente ao gênero danos não patrimoniais. Há uma certa proximidade dessa espécie com os danos morais e os danos existenciais, algo reconhecido até mesmo pela doutrina italiana.

Outra confusão que normalmente se faz é com relação ao dano morte, isto é, o dano sofrido pela pessoa que acaba falecendo e o dano pela perda da relação familiar cujos sujeitos são os parentes que sobrevivem. Imagine-se a situação de um acidente de carro em que uma família (pai, mãe e dois filhos) são atingidos por um caminhão dirigindo no sentido contrário que invade a pista e por

9 "Com a noção de danos morais se remete a dor, às perturbações de ânimo, ao sofrimento espiritual, enquanto que com o termo dano não pecuniário entende-se toda consequência pejorativa que não tolera, medida em critérios objetivos, de mercado, uma rigorosa avaliação pecuniária. Com o termo danos morais refere-se, portanto, às perturbações do estado de espírito do sujeito, injustamente causadas por um fato." [traduziu-se] (MONATERI, Pier Giuseppe. Le fonti delle obbligazioni: la responsabilità civile. Torino: UTET, 1998, p. 296).

10 DELGADO, Rodrigo Mendes. O valor do dano moral: como chegar até ele. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JH Mizuno, 2011, p. 223.

11 MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral: problemática, do cabimento à fixação do quantum. 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2012, p. 8.

consequência o pai acaba falecendo. É inegável que os filhos e viúva poderão pleitear judicialmente a indenização pelo dano sofrido pelo falecido, sucedendo-lhe nesse direito, mas, além desse dano, também poderão postular a reparação pela lesão extrapatrimonial que sofreram pela perda do pai e marido, haja vista a circunstância em que se deu a morte.

Perceba que são lesões diferentes, com titularidades diferentes e isso é crucial para este trabalho, pois o objeto dessa pesquisa é analisar o uso pelo Judiciário brasileiro da reparação do dano pela perda da relação familiar, isto é, da lesão suportada por aqueles que permanecem neste plano e tem de seguir a vida sem aquele ente querido. Adianta-se que sim, os juízes brasileiros reconhecem essa espécie de dano, mas não como uma categoria autônoma como os italianos, mas sim como um dano moral em ricochete (reflexo) pelo evento morte.

Questiona-se, então, como identificar essa espécie de dano. Bom, uma das maneiras certamente é entendendo as suas consequências. Nessa linha, cumpre referir a doutrina de Maura Tampieri:

> La perdida di un familiare, oltre al dolore tragico per la scomparsa causata dall'illecito altrui, determina la definitiva compromissione del rapporto familiare e un radicale cambiamento delle abitudini di vita sia all'interno sia all'esterno del nucleo familiare, che varia da individuo a individuo e può avere intensità diversa. L'illecito altera profondamente l'assetto familiare provocando una rimarchevole dilatazione dei bisogni, un annullamento delle positività che derivano dal rapporto parentale, uno sconvolgimento delle abitudini di vita che si concretano nel vuoto costituito dal non potere più godere del rapporto con chi è venuto meno e perciò nella distruzione di un sistema di vita basato sull'affettuvutà, sula condivisione, sulla quotidianità dei rapporti tra moglie e marito, tra genitori e figlio, tra fratelli, nel non poter più fare ciò che si era soliti fare, come pure nel cambiamento che si

produce anche nelle relazione sociali superstiti.[12]

É inegável que com o corte abrupto da relação parental, os familiares sobreviventes (esposa, esposo, companheira, companheiro e filhos), que de fato demonstrarem a existência de um vínculo afetivo com o falecido, terão direito à reparação. Segundo a jurisprudência italiana, essa reparação só será justa e devidamente alcançada, quando forem consideradas a perda afetiva e o comprometimento da integridade familiar. É nesse sentido que a Corte de Cassação italiana se posicionou no julgado n. 5.770, de 10 de março de 2010, mesmo julgado em que reconheceu o caráter autônomo dessa espécie de dano[13].

Como já referido, o judiciário brasileiro aceita a reparação do dano pela morte de um familiar[14], utilizando-se a nomenclatura de dano moral por ricochete em decorrência de evento morte. Há um julgado em destaque do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual é bem clara a posição do desembargador pela impossibilidade

12 Tradução livre: A perda de um familiar, além da dor trágica pelo desaparecimento causado elo ilícito, determina o definitivo comprometimento da relação familiar e uma radical mudança dos hábitos de vida seja internos, seja externos do núcleo familiar, que varia de indivíduo a indivíduo e pode ser de intensidade diversa. O ilícito altera profundamente a organização familiar provocando uma considerável dilatação das necessidades, um anulamento da positividade que derivava da relação parental, uma mudança dos hábitos de vida que se concretizam no estágio de não poder mais gozar do convívio com aquele que faleceu e de destruição de um sistema de vida baseado na afetividade, na divisão de rotinas, na frequência das relações entre mulher e marido, entre pais e filhos, entre irmãos e no não poder mais fazer aquilo que era feito constantemente, como na mudança que se faz também nas relações sociais que seguem .TAMPIERI, Maura. Il danno non patrimoniale: la lesione di valori costituzionalmente tutelati. Lavis: Wolters Kluwer, 2015, p. 45

13 TAMPIERI, Maura. Il danno non patrimoniale: la lesione di valori costituzionalmente tutelati, p. 47

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta turma. Recurso Especial n. 1734536/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado: 06-08-2019. DJe: 24-09-2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/júri sprudencia/toc.jsp?livre=%22DANO+-MORAL+POR+RICOCHETE%22+E+%22MORTE%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 07, jul., 2020.

de autonomia do dano-morte, como ocorre na Itália[15].

3. Como fica a situação do médico diante de uma pandemia?

Dos temas abordados acima, cabe mencionar a existência de duas situações: do médico que presta serviço em hospital público, isto é, como agente público; e do que presta serviço em hospital particular, configurada a relação de consumo. Todavia, para a responsabilização pelo dano pela perda da relação parental, pelo dano morte objeto desse trabalho, é indiferente o regime de responsabilidade civil a que se sujeita o profissional, pois, configurada a situação ensejadora do dano haverá o dever de indenizar. É importante que isso fique claro, especialmente na atual conjuntura em que se encontram os médicos brasileiros atuantes no combate ao Covid-19.

Em verdade, esse tópico visa a instigar no leitor a reflexão acerca da responsabilização do médico pelo dano da perda da relação parental num contexto de pandemia. Basta acompanhar de maneira mínima os noticiários brasileiros, desde março de 2020, para ter uma pequena ideia da situação enfrentada pelos médicos que estão tratando os pacientes com o novo Coronavirus. Seja o profissional que realiza a triagem inicial, seja o que atende o paciente em estado mais grave na UTI, todos estão atuando num contexto de elevada pressão em que o menor erro pode causar a morte do paciente. Deve-se reconhecer que tratar com o desconhecido é desconfortável para qualquer um, em maiores proporções deve ser o sentimento dos médicos que combatem um vírus cuja cura o mundo inteiro busca, mas até o momento não há certeza alguma.

15 "O direito do autor à indenização moral em decorrência da morte de seu filho é pelo dano por ricochete, sendo descabida outra indenização, autônoma, pelo "dano-morte", que seria devida ao próprio falecido e que teria sido transmitida ao autor, seu sucessor". BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 9ª Câmara Cível. Apelação Civil n. 70073850067/ RS. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado: 28-06-2017. DJe: 30-06-2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia. Acesso em: 07, jul., 2020.

Nesse cenário, questiona-se: se por alguma ação ou omissão do médico o paciente vier a óbito, como fica a sua responsabilidade? Imagine-se, um paciente que teve o diagnóstico negligenciado e não recebeu o tratamento no tempo certo falece, caberá responsabilização do médico? A princípio sim, ao contrário, por exemplo, de situações em que a despeito de todos esforços do profissional suceda o óbito. A fim e instigar a reflexão do leitor, indaga-se e se este médico, na época do primeiro diagnóstico do paciente, estivesse trabalhando há 24 horas ininterruptas num hospital de campanha, seria exigível deste profissional o mesmo cuidado e zelo de um contexto mais tranquilo?

Num segundo exemplo, poderia o médico responder se ainda que o diagnóstico do paciente tivesse sido feito no tempo certo e todo tratamento acessível utilizado, o paciente falecesse? Ao contrário do primeiro caso, é inegável a ausência de responsabilidade do profissional neste caso. E isso deve ficar bem claro para os operadores do direito que têm o costume de banalizar a responsabilidade por danos extrapatrimoniais e buscar uma indenização em qualquer contexto.

Por fim, como última reflexão, deve-se atentar que, até mesmo nos casos em que haja algum erro médico no tratamento dos pacientes contaminados pelo vírus (Covid-19), eventual responsabilização exigirá do magistrado uma análise detalhada do contexto no qual aquele profissional se encontrava no momento em que sucederam os erros que levaram ao óbito do paciente.

4. Conclusão

Na presente pesquisa buscou-se abordar a temática do dano pela perda da relação parental (conhecido como dano moral em ricochete pelo evento morte) através do estudo da responsabilidade civil do médico e da sua análise no contexto de pandemia enfrentado no ano de 2020.

Fez-se, inicialmente, uma breve exposição acerca da responsabilidade civil do médico, seja do que atua no âmbito particular, seja no âmbito público, com a relevante distinção entre obrigações de meio e de resultado.

Passada essa contextualização, adentrou-se no tema central do artigo, no dano moral pela perda da relação parental. Nesse contexto, inicia-se a abordagem com um esclarecimento de importância ímpar, o equívoco dos doutrinadores brasileiros que ainda associam dano moral e dano extrapatrimonial como expressões sinônimas. Como expõe-se, não o são.

Ainda, buscou-se amparo na doutrina italiana, a fim de contribuir para o fim de outro equívoco, a confusão realizada pelos doutrinadores brasileiros de que o dano pela perda da relação parental seria o mesmo dano moral já conhecido, mas em ricochete pelo evento morte. Como exposto, os autores italianos bem esclarecem que são espécies autônomas de danos, distinção essencial para que os autores de ações indenizatórias fundamentarem corretamente seus pedidos e, consequentemente, aumentarem suas chances de êxito.

Posto isso, encerra-se o trabalho com algumas reflexões acerca da responsabilidade do médico por eventual dano pela perda da relação parental no atual contexto de pandemia enfrentado em 2020, com o fim único de instigar o leitor a questionar-se sobre o tema.

Referências bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 718, n. 581, ago. 1995, p. 33 – 53. Disponível em: http://rtonline.com.br. Acesso em: 14 jul. 2020

BRASIL. Lei nº 10.402, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 9ª Câmara Cível. Apelação Civil n. 70073850067/ RS. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado: 28-06-2017. DJe: 30-06-2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia. Acesso em: 07, jul., 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta turma. Recurso Especial n. 1734536/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado: 06-08-2019. DJe: 24-09-2019. Disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/júri sprudencia/toc.

A influência da transnacionalidade nos direitos fundamentais: uma breve abordagem

The influence of transnationality on fundamental rights: a brief approach

Heloise Siqueira Garcia[1]

Vinicius de Assis[2]

Sumário: 1. Os direitos fundamentais no Estado Constitucional Moderno; 2. Transnacionalidade e direitos fundamentais: Qual a relação?; 3. Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo realizar uma breve abordagem acerca da influência da transnacionalidade nos direitos fundamentais. Direitos fundamentais entendidos enquanto garantias em face do Estado e, contemporaneamente, em face de empresas e terceiros, e a Transnacionalidade enquanto fenômeno que leva à superação das fronteiras nacionais tendo em conta as relações mundiais complexas mantidas na atualidade. Para tanto se faz uso de fontes bibliográficas que expõem os aspectos de causalidade que envolvem a temática, as quais demonstram que com o advento da transnacionalidade, derivada da globalização, as interações na sociedade mudaram profundamente, consequentemente afetando o Direito. Aponta-se, inclusive, para um novo ramo marcado pelas relações que ultrapassam as fronteiras nacionais, qual seja o Direito Transnacional, que trata de assuntos sem distinção clara entre Direito Público e Privado e faz uso de fontes abertas e flexíveis. Percebeu-se, pois, que a transnacionalidade revela a figura de um Estado permeável, que tem sua soberania relativizada

1 Pós-doutoranda com bolsa concedida pela CAPES. Doutora e mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ – UNIVALI. Doutora em Derecho e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante – Espanha. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela UNIVALI; e em Ensino e Tutoria a Distância pela Faculdade AVANTIS. Graduada em Direito pela UNIVALI. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ da UNIVALI; e dos cursos de Direito do Centro Universitário Avantis - UNIAVAN e da Faculdade Sinergia. Advogada. E-mail: heloisegarcia@univali.br

2 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Professor do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Católica de Rondônia (FCR); Advogado. E-mail: vinicius.assis@fcr.edu.br

ISBN 978-989-54869-9-1

e é influenciado pelos valores do capitalismo e do neoliberalismo, vindo a partir disto realizar reformas antipúblicas, retrocedendo em termos de direitos fundamentais. Diante disto, importa se ater as mudanças do contexto em que hoje se inserem os direitos fundamentais, a fim de compatibilizá-las com a garantia dos direitos fundamentais, sem fragilizá-los. A metodologia utilizada baseia-se no método indutivo e nas técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Globalização; Transnacionalidade; Direito transnacional.

Abstract: This article aims to provide a brief approach on the influence of transnationality on fundamental rights. Fundamental rights understood as guarantees vis-à-vis the State and, at the same time, vis-à-vis companies and third parties, and Transnationality as a phenomenon that leads to the overcoming of national borders, taking into account the complex world relations maintained today. To this end, bibliographic sources are used that expose the aspects of causality that involve the theme, which demonstrate that with the advent of transnationality, derived from globalization, interactions in society have changed profoundly, consequently affecting the Law. It also points to a new branch marked by relations that go beyond national borders, namely Transnational Law, which deals with matters without a clear distinction between Public and Private Law and makes use of open and flexible sources. It is clear, therefore, that transnationality reveals the figure of a permeable state, which has its sovereignty relativized and is influenced by the values of capitalism and neoliberalism, coming from this to carry out anti-public reforms, going back in terms of fundamental rights. In view of this, it is important to stick to changes in the context in which fundamental rights are inserted today, in order to make them compatible with the guarantee of fundamental rights, without weakening them. The methodology used is based on the inductive method and the techniques of the referent, the category, the operational concepts, the bibliographic research and the record.

Keywords: Fundamental rights; Globalization; Transnationality; Transnational law.

1. Os direitos fundamentais no Estado Constitucional

Moderno

O poder constituinte brasileiro incluiu no bojo da Constituição de 1988 diversos dispositivos que têm o intuito de resguardar os atributos essenciais e de maior importância ao ser humano, bem como impor limites ao poder do Estado. São os chamados direitos fundamentais[3]. Canotilho dispõe:

> (...) os direitos fundamentais constituem-se de uma "norma de fattispecie aberta", abrangendo, para além das objetivações, "todas as possibilidades de 'direitos' que se propõe no horizonte da ação humana", o que permite "considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais[4].

São escolhas da comunidade política derivadas da dignidade da pessoa humana, que garantam um mínimo existencial[5], "com capacidade irradiante para toda a ordem jurídica e vinculante de qualquer atuação estatal"[6]. Nesse contexto, a consagração de tais direitos demonstra o exercício da soberania do Estado, que elege na carta constitucional normas que irão regular e ordenar as ações e relações que ocorrerão em seu território[7].

---

3 LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. A influência da transnacionalização do direito e do neoconstitucionalismo na atuação da nova hermenêutica constitucional. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 307-331, jan./jun. 2018, p. 326.

4 FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 167.

5 Sobre mínimo existencial: "Esse mínimo existencial há que ser identificado em duas dimensões distintas: de um lado, o direito de não ser privado do que se considera essencial à conservação de uma existência minimamente digna; e, de outro, o direito de exigir do Estado prestações que traduzam esse mínimo". (GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; GARCIA, Heloise Siqueira (org). Dimensão Social do Princípio da Sustentabilidade: Uma análise do mínimo existencial ecológico. UNIVALI, 2014. p. 46)

6 NETTO, Luísa Cristina Pinto. O princípio da proibição de retrocesso social. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 37.

7 LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. A influência da transnacionalização do direito e do neoconstitucionalismo na atuação da nova hermenêutica constitucional. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 307-331, jan./jun. 2018, p. 327.

A relação entre Estado de Direito e direitos fundamentais é, portanto, estreita, uma vez que estes pretendem garantir liberdades em face do Estado e superar de uma vez por todas o Absolutismo, razão pela qual assumem posição central no ordenamento jurídico, tendo como pano de fundo a dignidade da pessoa humana, a separação de poderes e a superioridade da lei. O Estado aqui é entendido como Estado de juridicidade[8].

É de ressaltar, contudo, que a mera positivação dos direitos fundamentais não basta, já que só isso não garante a satisfação deles, deve existir mecanismos de aplicabilidade e proteção que impossibilitem retrocessos[9].

Nesse sentido, em um contexto de uma sociedade globalizada, com economia e empresas transnacionais, influenciadas por ideais neoliberais, é de se atentar para a imposição de reformas estruturais antipúblicas, que são comuns nesse meio, em busca da liberalização do mercado e a desregulamentação do capital[10].

A globalização e a transnacionalidade desequilibraram o balanço de poderes entre empresas e o Estado, vulnerabilizando a capacidade do Estado em garantir o bem-estar social, sobretudo por transferir para organizações financeiras e corporações o poder para decidir acerca de questões sociais e econômicas[11].

Como se verá adiante, "países cujo poder político permanecia centralizado no Estado-Nação, que detinha total controle sobre as esferas política, econômica e social, cederam à nova ordem

8 ASSIS, Vinicius de. A proibição de retrocesso social em matéria de direitos sociais dos trabalhadores: análise da (in)constitucionalidade da reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 5-6.

9 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 anos de Constitucionalismo Democrático – E agora? Porto Alegre – Belo Horizonte, 2009, p. 163-206.

10 ASSIS, Vinicius de. A proibição de retrocesso social em matéria de direitos sociais dos trabalhadores: análise da (in)constitucionalidade da reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 50.

11 ASSIS, Vinicius de. A proibição de retrocesso social em matéria de direitos sociais dos trabalhadores: análise da (in)constitucionalidade da reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 50-51.

mundial"[12]. Com isso, se enfraquece o Estado e modifica-se a dinâmica social.

Dessa forma, o Estado de Direito não pode assim ser denominado apenas por respeitar as leis, é preciso que realize outros princípios, como o da dignidade da pessoa humana. Abandona-se o positivismo clássico, sendo necessário na contemporaneidade garantir-se direitos fundamentais a fim de resguardar o cidadão não apenas do Estado, mas também de terceiros e de empresas[13].

Afinal, os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, vêm sendo relativizados perante o poderio econômico das empresas, o que provoca uma espécie de erosão da soberania do Estado e de suas capacidades regulatórias e se torna um obstáculo a efetividade prática de tais direitos.

Tem-se, então, "um novo entendimento do Estado de Direito, de uma noção material e conformadora, fundado em uma natureza positiva, em um comportamento ativo (prestacional), orientador, influenciável, dentre outras, por questões socioeconômicas"[14].

2. Transnacionalidade e direitos fundamentais: Qual a relação?

Com o advento de uma sociedade mundialmente inter-relacionada as interações entre os povos e entre os Estados mudaram, especialmente no âmbito econômico-comercial, o que, consequentemente, impacta diretamente na ordem política e social, e, em particular, no Direito.

As relações internacionais que antes eram reguladas de

12 FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; ROSSIGNOLI, Marisa. Constituição Federal e direitos sociais: uma análise econômica e social do atual estado brasileiro. Revista Argumentum – RA. Marília/SP, v. 19, n. 1, p. 27-50, Jan.-Abr. 2018, p. 36.

13 ASSIS, Vinicius de. A proibição de retrocesso social em matéria de direitos sociais dos trabalhadores: análise da (in)constitucionalidade da reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 51-52.

14 ASSIS, Vinicius de. A proibição de retrocesso social em matéria de direitos sociais dos trabalhadores: análise da (in)constitucionalidade da reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 63.

modo simplório pelo Direito Internacional hoje possuem estruturas mais complexas que exigem uma nova compreensão. Sujeitos, empresas e organizações entram em cena no âmbito das relações externas, para além dos Estados, contexto em que fala-se em Transnacionalidade[15].

Trata-se de um fenômeno econômico, político e ideológico[16], decorrente da globalização, tido enquanto um processo de "desterritorialização" e de "descentralização" das relações, que transcendem as fronteiras nacionais e são fortalecidas pelo sistema capitalista[17], "é a nascente de um terceiro espaço, inconfundível com o espaço nacional ou internacional[18]". Traduz a ideia de Estado permeável, por isso, necessita de "un derecho versátil, adaptable y flexible que poco o nada tiene que ver con esa apariencia de cientificidad del sistema jurídico completo, unitario y coherente de la modernidad"[19], que seja capaz de regulá-las e dar vazão a essas demandas.

Se dessas relações advém um conflito, a exemplo de uma quebra contratual relativa a um negócio jurídico mantido entre países diversos, caberá a estes Estados encontrarem meios para solucionar a desavença, sem que isso comprometa por completo suas soberanias e independências[20]. Nesse ponto já se passa a falar

15 JESSUP, Philip. Direito Transnacional. Portugal: Ed. Fundo de Cultura, 1965, p. 11-12.

16 PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do Direito Transnacional e da Transnacionalidade. In: PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio; BALDAN, Guilherme Ribeiro (Org). Transnacionalidade e sustentabilidade: possibilidades em um mundo em transformação. Rondônia: Emeron, 2018, p. 10.

17 LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. A influência da transnacionalização do direito e do neoconstitucionalismo na atuação da nova hermenêutica constitucional. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 307-331, jan./jun. 2018, p. 313.

18 STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. Direito e transnacionalidade, Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.

19 CERVANTES, Aleida Hernandez. Capítulo terceiro: La producción de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional. Ciudad de México, 2014, p. 111-112.

20 LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. A influência da transnacionalização do direito e do neoconstitucionalismo na atuação da nova hermenêutica constitucional. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 307-331, jan./jun. 2018, p. 309.

em Direito Transnacional[21]. Três são os elementos caracterizadores do Direito Transnacional: "1) assuntos que transcendem as fronteiras nacionais; 2) assuntos que não comportam uma clara distinção entre Direito Público e Privado; 3) assuntos que comportam fontes abertas e flexíveis, como o soft law"[22].

Nele todas as normas reguladoras, de todos os tipos, de fatos ou atos que ultrapassam as fronteiras nacionais devem ser levadas em conta, revelando o desprendimento de conceitos e institutos tradicionais estáticos e contando com uma fonte abundante de normas como guia[2324], vez que, em resumo, é direito híbrido que mescla o direito nacional com o direito internacional e considera o ordenamento como um todo[25].

Assim, é nítido que, em que pese não desapareça, a soberania dos Estados-Nação é relativizada nesse contexto de fluidez que fragiliza o Estado Constitucional Moderno, fruto da soberania exercida no território nacional, em particular pelos impactos do mercado. Dito de outro modo, "(...) o Estado Moderno passa a contestar a sua invencibilidade soberana de outrora e a sua capacidade exclusiva de ordenamento dos relacionamentos entre os sujeitos que o cercam"[26].

Nas palavras de Renata Albuquerque e Átila de Alencar, "a

21 JESSUP, Philip. Direito Transnacional. Portugal: Ed. Fundo de Cultura, 1965, p. 12-13.

22 PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do Direito Transnacional e da Transnacionalidade. In: PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio; BALDAN, Guilherme Ribeiro (Org). Transnacionalidade e sustentabilidade: possibilidades em um mundo em transformação. Rondônia: Emeron, 2018. p. 10.

23 JESSUP, Philip. Direito Transnacional. Portugal: Ed. Fundo de Cultura, 1965, p. 12-13.

24 JESSUP, Philip. Direito Transnacional. Portugal: Ed. Fundo de Cultura, 1965, p. 11-12.

25 KOH, Harold Hongju. Why Transnational Law Matters. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int'l L. Rev. 752 2005-2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 28 fev. 2017.

26 LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. A influência da transnacionalização do direito e do neoconstitucionalismo na atuação da nova hermenêutica constitucional. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 307-331, jan./jun. 2018, p. 314-315.

tensão posta é como se criar instrumentos que possam viabilizar esse intento ao mesmo tempo em que se adotam fórmulas padronizadas de solução de conflitos de caráter transnacional sem fragilizar a supremacia constitucional local"[27]

A própria criação de organizações transnacionais por si só relativiza a soberania estatal, isso porque desse contexto derivam normas que incidirão sobre nações diferentes, e, de certa forma, o Estado admite o controle dos seus atos por organismos internacionais e contrai obrigações externas[28].

Devido a globalização, finanças, comércio e indústria de informações globais,

> (...) todos têm interesses adquiridos nos 'Estados fracos' – porque estes, continuam sendo Estados e, de forma deliberada ou inconscientemente, esses interestados, instituições supralocais permitem o agir com o consentimento do capital mundial; os Estados fracos são precisamente de interesse da Nova Ordem Mundial para sustentar e reproduzir a realização de negócios das empresas globais[29].

Molda-se, à vista disso, um novo cenário do Estado Constitucional Moderno que, apesar de tradicionalmente ter como pilar os princípios da democracia e da soberania nacional[30], se vê diante uma nova realidade em que "a globalização da economia elimina os compromissos do Estado Social, porque inerente ao

27 LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. A influência da transnacionalização do direito e do neoconstitucionalismo na atuação da nova hermenêutica constitucional. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 307-331, jan./jun. 2018, p. 309-310.

28 LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. A influência da transnacionalização do direito e do neoconstitucionalismo na atuação da nova hermenêutica constitucional. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 307-331, jan./jun. 2018, p. 316.

29 NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna do; GONÇALVES, Sérgio Luiz. Democracia e transnacionalidade: a democracia como paradigma de garantia dos direitos fundamentais através da solidariedade no século XXI. Revista Brasileira de Direito, 10(2): 85-101, 2014, p. 91.

30 LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. A influência da transnacionalização do direito e do neoconstitucionalismo na atuação da nova hermenêutica constitucional. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 307-331, jan./jun. 2018, p. 316.

capitalismo”[31].

Questionamentos acerca do modelo de Estado Constitucional alicerçado na soberania interna e no monopólio de produção legislativa, portanto, surgem,

> (...) visto que os ideais de supremacia no âmbito interno e independência na ordem externa não acompanharam as transformações sociais (...). Na perspectiva da soberania externa, o Estado perde seu poder em detrimento de “supersoberania supranacional”[32]

O ordenamento jurídico interno vem sendo, nessa toada, cada vez mais universal e internacionalizado e transnacionalizado, ainda que de modo gradual, a exemplo da previsão na Emenda Constitucional nº 45 de participação do Brasil no Tribunal Penal Internacional[33],

> (...) assim, é preciso a conciliação entre os novos objetos de estudo e o método coerente a ser utilizado. Os novos métodos que devem ser buscados pelo sistema jurídico, a partir do fenômeno da globalização, devem ser apontados para o mercado internacional, crises econômicas, blocos econômicos, relação entre homem e mercado, entre outros[34].

Há, dessa maneira, íntima relação entre as mudanças sociais e as novas relações constituídas a partir da transnacionalidade que refletem e influenciam diretamente no catálogo de direitos fundamentais previstos no bojo da Constituição Federal.

Essa influência impõe aos Estados políticas determinadas,

31 NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna do; GONÇALVES, Sérgio Luiz. Democracia e transnacionalidade: a democracia como paradigma de garantia dos direitos fundamentais através da solidariedade no século XXI. Revista Brasileira de Direito, 10(2): 85-101, 2014, p. 91.

32 LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. A influência da transnacionalização do direito e do neoconstitucionalismo na atuação da nova hermenêutica constitucional. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 307-331, jan./jun. 2018, p. 319.

33 LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. A influência da transnacionalização do direito e do neoconstitucionalismo na atuação da nova hermenêutica constitucional. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 307-331, jan./jun. 2018, p. 319-320.

34 LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. A influência da transnacionalização do direito e do neoconstitucionalismo na atuação da nova hermenêutica constitucional. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 307-331, jan./jun. 2018, p. 320.

aliadas a decisões econômicas e políticas mundiais, dificultando ainda mais a tomada de decisões individualizadas/abstratas e que acabam favorecendo o monetarismo, a desregulação, o livre comércio e o fluxo de capitais da esfera pública a privada[35].

Dessa tendência emana a característica da policentricidade, a qual designa uma multiplicidade de centros de decisão jurídica a nível global oposta a ideia do Estado-nação que tem no Direito um único centro, tendo como exemplo as normas emanadas da ONU e da União Europeia. Vê-se aí claro reflexo no Direito de normativas supranacionais[36]. Neste ponto,

> todo el engranaje que implicó este principio del monopolio estatal de la producción jurídica, propició la construcción de la base teórica del paradigma dominante en la ciencia jurídica moderna: el ius positivista. (...) en el Estado, que es el derecho, radica la soberanía. En tanto que supremo, el sistema jurídico excluye cualquier otro sistema; no sería supremo si existiera otro ordenamiento normativo superior o del mismo nivel que le hiciera competencia[37].

A partir disto, assumem os centros econômicos de produção jurídica transnacional participação cada vez mais crescente nesse cenário, os quais reúnem as seguintes características: "1. Realizar sus operaciones a nivel global (...); 2. Producir normatividad que aspire: a) Ser incorporada en las legislaciones nacionales, b) Ser acatada por los Estados, c) Ser adoptada por particulares, sin importar su jurisdicción nacional"[38].

Nisso percebe-se, segundo Aleida Hernandez, um vazio de direito público que passa a ser ocupado pelos centros de decisão

35 CERVANTES, Aleida Hernandez. Capítulo terceiro: La producción de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional. Ciudad de México, 2014, p. 112.

36 CERVANTES, Aleida Hernandez. Capítulo terceiro: La producción de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional. Ciudad de México, 2014, p. 112-115.

37 CERVANTES, Aleida Hernandez. Capítulo terceiro: La producción de la globalización económica. Direitos Fundamentais & Justiça. Ciudad de México, 2014, p. 117.

38 CERVANTES, Aleida Hernandez. Capítulo terceiro: La producción de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional. Ciudad de México, 2014, p. 145.

política e jurídica transnacional, gerando um pluralismo jurídico marcado pela participação ativa de organizações transnacionais e flexibilização do direito estatal, dentre uma operação do direito em meio a redes jurídicas simultâneas[39].

Disso tudo, pois, deriva a importância de se dar a devida atenção ao Direito Transnacional e ao contexto em que os direitos fundamentais estão insertos na atualidade, tendo em conta a influência considerável dos fenômenos da globalização e da transnacionalidade em leis e políticas nos Estados, especialmente quando originalmente internacionais e depois internalizadas, e no uso do direito internacional na interpretação do direito interno[40]. Eis, portanto, uma conjuntura que exige adaptações e soluções desafiadoras.

Eliana Maria de Senna do Nascimento e Sérgio Luiz Gonçalves citam as palavras de Paulo Márcio Cruz nessa linha, que dispõe que "(...) o grande desafio para o século XXI será a construção de uma Sociedade Democrática transnacional, respeitadora das diferentes de concepções humanas, baseada na paz, na preservação da vida, na justiça social e no acesso de todos ao bem-estar"[41].

Por fim, é de se destacar que um ordenamento jurídico de governança transnacional não é utopia, desde que assegure o desenvolvimento sustentável e o interesse geral, universalizando direitos fundamentais e fazendo uso da globalização e transnacionalidade em favor dos cidadãos, sob pena de retrocesso.

Considerações Finais

39 CERVANTES, Aleida Hernandez. Capítulo terceiro: La producción de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional. Ciudad de México, 2014, p. 164-165.

40 KOH, Harold Hongju. Why Transnational Law Matters. Penn State International Law Review, v. 24, n. 4, p. 745-753, 2006, p. 748.

41 NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna do; GONÇALVES, Sérgio Luiz. Democracia e transnacionalidade: a democracia como paradigma de garantia dos direitos fundamentais através da solidariedade no século XXI. Revista Brasileira de Direito, 10(2): 85-101, 2014, p. 94.

A Constituição de 1988 elencou um extenso rol de direitos fundamentais em seu texto, vinculantes e irradiantes, a princípio com o intuito principal de resguardar o cidadão contra eventuais arbitrariedades do Estado, dado o receio remanescente de um Estado Absolutista.

Essa positivação resguarda liberdades e assume importância crucial especialmente no Estado contemporâneo, cuja proteção volta-se também em face de terceiros e empresas. Revela-se a conexão para com o Estado de Direito e o exercício de sua soberania, sendo cabível ressaltar, no entanto, que a positivação, por si só, não é suficiente, necessitando de mecanismos que vedem retrocessos.

Assim, a preocupação que surge a partir deste ponto reside nas adaptações necessárias no ordenamento jurídico em face do enredo de uma sociedade com reflexos dos fenômenos da globalização, da transnacionalidade, do capitalismo e dos ideais neoliberais que acabam por fragilizar a soberania do Estado e em certa medida dar margem para realização de reformas com retrocessos no âmbito dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, a globalização e a transnacionalidade alteram a dinâmica das interações sociais e acabam por transferir decisões que antes eram tomadas pelos Estados para empresas, organizações financeiras e corporações, fragilizando a capacidade do Estado de assegurar o bem-estar social.

Aqui tratando em particular da transnacionalidade, compreendeu-se como fenômeno econômico, político e ideológico derivado da globalização que se caracteriza pela “desterritorialização” e “descentralização” das relações que ultrapassam as fronteiras nacionais.

Nisso, tem-se um Estado permeável que carece de um direito mais flexível e adaptável às constantes modificações sociais da sociedade que não são mais compatíveis com um sistema jurídico encarado como “completo” em si mesmo, que ignora relações

transnacionais. Nesse contexto, verifica-se o Direito Transnacional, sendo um ramo do Direito que possui três elementos identificadores, quais sejam: demandas transnacionais; assuntos que não envolvem Direito Público e Privado sem uma distinção precisa; uso de fontes abertas e flexíveis.

Nesse meio constata-se a grande atuação de centros econômicos de produção jurídica transnacional e, com isso, a fragilização da soberania do Estado Constitucional que não possui mais o monopólio da produção jurídica e se vê diante um cenário de policentricidade, oposta ao modelo de Estado-nação tradicional.

Dessa forma, considerando a impossibilidade de negar os efeitos e influência da transnacionalidade no Direito, especialmente em relação aos direitos fundamentais, o desafio é compatibilizar tais direitos com as novas interações sociais. Nesse sentido, chama-se atenção ao fato de que, apesar das alterações necessárias, o ordenamento sempre há de ser pautado sob o viés da dignidade da pessoa humana, do bem comum, do desenvolvimento sustentável, do bem-estar social e da vedação ao retrocesso.

Logo, clama-se pelo uso das repercussões da globalização e da transnacionalidade de forma a adequar os efeitos positivos e frear os efeitos negativos no ordenamento jurídico, sem ceder para toda e qualquer influência advinda de tal contexto.

Referências bibliográficas

ASSIS, Vinicius de. A proibição de retrocesso social em matéria de direitos sociais dos trabalhadores: análise da (in)constitucionalidade da reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CERVANTES, Aleida Hernandez. Capítulo terceiro: La producción de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional. Ciudad de México, 2014.

FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco

jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; ROSSIGNOLI, Marisa. Constituição Federal e direitos sociais: Uma análise econômica e social do atual estado brasileiro. Revista Argumentum – RA. Marília/SP, v. 19, n. 1, p. 27-50, Jan.-Abr. 2018.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; GARCIA, Heloise Siqueira (org). Dimensão Social do Princípio da Sustentabilidade: Uma análise do mínimo existencial ecológico. UNIVALI, 2014.

JESSUP, Philip. Direito Transnacional. Portugal: Ed. Fundo de Cultura, 1965.

KOH, Harold Hongju. Why Transnational Law Matters. Penn State International Law Review, v. 24, n. 4, p. 745-753, 2006.

KOH, Harold Hongju. Why Transnational Law Matters. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int'l L. Rev. 752 2005-2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 28 fev. 2017.

LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. A influência da transnacionalização do direito e do neoconstitucionalismo na atuação da nova hermenêutica constitucional. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 307-331, jan./jun. 2018.

NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna do; GONÇALVES, Sérgio Luiz. Democracia e transnacionalidade: a democracia como paradigma de garantia dos direitos fundamentais através da solidariedade no século XXI. Revista Brasileira de Direito, 10(2): 85-101, 2014.

NETTO, Luísa Cristina Pinto. O princípio da proibição de retrocesso social. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do Direito

Transnacional e da Transnacionalidade. In: PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio; BALDAN, Guilherme Ribeiro (Org). Transnacionalidade e sustentabilidade: possibilidades em um mundo em transformação. Rondônia: Emeron, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: Contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 anos de Constitucionalismo Democrático – E agora? Porto Alegre – Belo Horizonte, 2009, p. 163-206.

Novas tecnologias e o direito à privacidade no teletrabalho em domicílio: análise jurídica de um direito fundamental em ameaça

New technologies and the right to privacy in home telework: legal analysis of a fundamental right under threat

Talita Corrêa Gomes Cardim[1]

Sumário: Introdução. 1. Teletrabalho em domicílio na era digital, o novo normal. 2. A proteção do direito a privacidade no ordenamento jurídico internacional e Português. 3. Questões jurídicas. Poder de vigilância e controlo do empregador no teletrabalho. 3.1. Gravação de imagens e som através do instrumento de trabalho. 3.2. Instrumentos de trabalho e instalação de programas. 3.3. Inviolabilidade virtual do domicílio. 4. Conclusão. Bibliografia.

Resumo: O objetivo do presente trabalho consiste em elencar algumas das principais problemáticas jurídicas encontradas na defesa do direito fundamental à privacidade do trabalhador no teletrabalho em domicílio em Portugal. As novas tecnologias constituem um desafio de primeira ordem para o direito do trabalho do futuro. O primeiro capítulo busca introduzir o impacto das novas tecnologias nas relações de trabalho e conceituar o teletrabalho em domicílio, sintetizando o contexto em que nos inserimos. Em seguida, será abordado o direito à privacidade no ordenamento jurídico internacional português. No terceiro capítulo serão apresentadas as questões jurídicas advindas do confronto com o direito de controlo e vigilância do empregador sem uma efetiva regulamentação e a necessidade de normatização de um novo conceito jurídico nestes casos em concreto. O trabalho à distância subordinado favorece a ocorrência da invasão de privacidade do trabalhador e assim se torna necessário uma regulação com normas e regras que respeitem os poderes de organização do trabalho pelo empregador e também a privacidade do trabalhador. A metodologia

1 Mestranda em Direito das Empresas e do Trabalho pelo Instituto Universitário de Lisboa- ISCTE, Portugal. Pesquisadora membro do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos- IBEROJUR. Advogada especializada na área Trabalhista Empresarial. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/0018509136718050 Endereço eletrônico: talita.cardim.adv@gmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

utilizada para o desenvolvimento do artigo é a sistêmica, bem como se utiliza a pesquisa bibliográfica para o estudo.

Palavras-chave: teletrabalho, direitos fundamentais, novas tecnologias, direito à privacidade.

Abstract: The objective of this work is to list some of the main legal problems encountered in the defense of the fundamental right to privacy of workers in teleworking at home in Portugal. New technologies are a first-rate challenge to the labour law of the future. The first chapter seeks to introduce the impact of new technologies on work relationships and conceptualize telework at home, synthesizing the context in which we are located. The right to privacy in the international legal system in the international legal system will then be Portuguese. In the third chapter, the legal issues resulting from the confrontation with the employer's right of control and surveillance without effective regulation and the need to regulate a new legal concept in these specific cases will be presented. The subordinate distance work favors the occurrence of the employee's invasion of privacy and thus it is necessary to regulate with rules and rules that respect the powers of organization of work by the employer and also the privacy of the worker. The methodology used for the development of the article is systemic, as well as the bibliographic research is used for the study.

Keywords: telework, fundamental rights, new technologies, right to privacy.

Introdução

Com o início da quarta Revolução Industrial surgiu a sociedade digital da era do conhecimento, havendo uma disruptura na sociedade com a introdução das novas tecnologias que alteraram completamente conceitos existentes até então nas relações de trabalho[2].

A expansão das novas tecnologias transformou tanto a economia mundial, quanto a maneira como vivemos e trabalhamos,

2 SCHWAB, Klaus; NICHOLAS Davis. Moldando a quarta revolução industrial. pref. Satya Nadella, Pedro Pina Tradução Rui Candeias. Levoir, 2019. P. 13.

trazendo inúmeras novas questões que ainda não foram tuteladas pelo Direito. Acompanhando Regina Redinha, "perante esta realidade, os juslaboralistas defrontam, constantemente, novas questões, para as quais os ordenamentos positivos, sobretudo os de matriz legislativa, nem sempre dispõe de resposta sensível e imediata."[3]

Surge com a nova realidade tecnológica, não só novas profissões e modalidades laborais, como também novas questões para o Direito do Trabalho. No teletrabalho em domicílio nos deparamos com a problemática da ameaça ao direito fundamental à privacidade em colisão com o poder diretivo do empregador. Propõe-se assim, a reflexão sobre esta questão jurídica de extrema importância, a privacidade do trabalhador que presta sua atividade em seu domicílio com o uso de TICs.

1. Teletrabalho em domicílio na era digital, o novo normal.

O trabalho à distância por meio de tecnologias da informação e comunicação não é novidade, mas não possui uma vasta regulamentação. [4]

Portugal foi o primeiro país europeu a regular este regime jurídico para o setor privado e o teletrabalho foi inserido pela primeira vez no Código do Trabalho de 2003 tendo por base o Acordo-Quadro Europeu de 16.07.2002, como um contrato de trabalho especial.[5] A regulamentação possui inúmeras lacunas e é prevista em poucos artigos que não esgotam a matéria, tendo sido

3 REDINHA, Maria Regina. Utilização de Novas Tecnologias no Local de Trabalho – Algumas Questões, in IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Coordenador António Moreira. Coimbra: Almedina, 2002. Pág. 115.

4 E a atual pandemia determinou a maior experiência mundial de teletrabalho e isto foi possível em razão do uso das NTIC. Este fato foi um divisor de águas no direito do trabalho, excetuando a normalidade.

5 GIL, Susana I. P. Ferreira dos Santos. Algumas notas sobre o eterno mundo novo: o Teletrabalho. Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes / coord. Bernardo da Gama Lobo Xavier. Nova Causa, Vol. 2, 2017. Pp. 639-673.

ultrapassada por recentes legislações como a espanhola.

O legislador português define o teletrabalho como a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e comunicação, conforme prevê o artigo 165º do CT.

Leal Amado destaca dois elementos que caracterizam o teletrabalho, o elemento geográfico que é o trabalho prestado a distância e o elemento tecnológico, no qual se utilizam ferramentas de trabalho a partir de tecnologias de informação e de comunicação[6] e há três modalidades de teletrabalho, o realizado em domicílio, centros satélite e teletrabalho móvel.[7]

E como o contrato de trabalho individual é configurado pela subordinação jurídica[8] por parte do trabalhador, incidindo o poder de controlo do empregador, aqui temos o primeiro choque. Como o empregador poderá exercer o poder de controlo no domicílio do trabalhador? Lobo Xavier refere-se a esta lacuna como a "crise do conceito da subordinação"[9] e o direito do trabalho deve superar esta "crise" no direito, respeitando todos os direitos fundamentais.

2. A proteção do direito a privacidade no ordenamento jurídico internacional e Português

6 AMADO, João Leal. Contrato de Trabalho: Noções Básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 121.

7 Neste estudo abordaremos apenas questões da privacidade no teletrabalho em domicílio. Sobre os demais regimes: MOREIRA, Teresa Coelho. Estudos de direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2016. Pp. 132 e ss.

8 "A subordinação jurídica consiste numa relação de dependência necessária da conduta pessoal do trabalhador na execução do contrato face às ordens, regras ou orientações ditadas pelo empregador, dentro dos limites do mesmo contrato e das normas que o regem. quanto mais o trabalho se refina e assume caráter intelectual, mais difícil é estabelecer uma nítida diferenciação, porque a subordinação tende a atenuar-se cada vez mais, na relação de trabalho subordinado, e a avizinhar-se daquela genérica supervisão, por parte do empregador, que se encontra também na relação de trabalho autónomo e que corresponde a um direito do comitente." FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019. Pp. 145 e 146.

9 XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Manual do direito do trabalho. 3ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2018, P. 386 e ss.

O direito à privacidade é tão importante que é objeto de proteção quase na totalidade das Constituições europeias[10]. Os direitos fundamentais da pessoa humana previstos em Constituição possuem plena eficácia no âmbito da relação de trabalho, sendo que apenas interesses legítimos e relevantes de controlo do empregador impõe limites aos direitos fundamentais, devendo esses limites "limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".[11]

Qualquer restrição aos direitos fundamentais do trabalhador deve respeitar os princípios da necessidade, adequação e proibição do excesso, não podendo ser realizada de forma inadequadas, desnecessária ou excessiva, sob pena de se contrariar o art. 18, 2 da CRP.

No direito internacional[12] há garantia da privacidade no art. 12 da Declaração Universal de Direitos do Homem, art. 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção do Conselho da Europa para a proteção de dados pessoais automatizados e as Linhas Diretrizes Regulamentadoras da OCDE da proteção da vida privada e dos fluxos de dados pessoais e ainda o art. 7º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia criou um catálogo de direitos fundamentais que favorece a segurança jurídica e constitui um passo muito importante no respeito à vida

10 Há Constituições, como a italiana, que não preveem expressamente o direito à privacidade, contudo, consagram o direito à dignidade da pessoa humana, a tutela da liberdade física e a liberdade moral do indivíduo. Na Itália, há também à proteção ao domicílio, à correspondência e a outras formas de comunicação, atendendo assim um meio para garantir a tutela da vida privada. A primeira lei neste país surgiu em 1996, lei nº 675, regulando a proteção da vida privada. Posteriormente, publicou-se em 01.0.2004 o Codice sulla privacy. Atualmente, pode-se defender que o direito à privacidade faz parte dos direitos constitucionais, entendido como um direito de terceira geração, ou como um novo direito. Para um estudo mais aprofundado sobre o direito à privacidade na Itália, MOREIRA, Teresa Coelho. A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador. Coimbra, Almedina, 2010. Pp. 253 e ss.

11 ABRANTES, José João. Direitos Fundamentais como limites dos poderes empresariais. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Pedro Romano Martinez, Luís Gonçalves da Silva. Coimbra: Almedina, 2020. P. 18

12 Serão citadas apenas as normas mais importantes na União Europeia, não esgotando as normas existentes.

privada.

O artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é talvez um dos mais importantes na União Europeia, já que todas as questões levadas ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem[13] são decididas considerando esta disposição. O direito à privacidade na jurisprudência do TEDH é analisado com fundamento no art. 8º da CEDH e o que se identifica é o princípio da licitude, da finalidade, do consentimento e o do fundamento legal do tratamento de dados.

As novas tecnologias criaram um novo risco para alguns dos direitos fundamentais dos trabalhadores, principalmente para a sua privacidade e em muitos casos encontra-se uma dificuldade natural em se fazer uma clara distinção se as atividades do trabalhador se relacionam ou não com a sua vida profissional. Neste sentido, há uma importante decisão deste Tribunal referente a vida privada no âmbito laboral, trata-se do processo "Niemitz contra a Alemanha"[14].

Em Portugal, houve a primeira proteção sobre a intimidade da vida privada no CC de 1966 e posteriormente constou expressamente no art. 26 da CRP de 1976.

No ordenamento jurídico português, a proteção da privacidade não é restrita ao Direito Constitucional, sendo garantida expressamente também no Direito civil, penal e laboral e está sempre acompanhado do direito à dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, justificando-se a sua proteção no

13 O TEDH é o órgão de garantia da CEDH e tem como objetivo assegurar à proteção dos direitos nela reconhecidos. A noção de vida privada pelo Tribunal é muito ampla, não adotando uma definição exaustiva, utilizando assim o Tribunal o método interpretativo com diferentes fases para chegar a uma decisão.

14 Esta decisão foi um marco na proteção da inviolabilidade do domicílio, pois o Tribunal reconheceu a existência de um âmbito de privacidade, inclusivamente no contexto das atividades comerciais e profissionais, com uma concepção ampla de vida privada e de domicílio. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2213710/88%22],%22itemid%22:[%22001-57887%22]}>, acesso em 21.11.2020.

Direito do Trabalho[15].

O CT quando da atualização em 2003, incluiu nos arts. 14 a 22 expressa proteção aos trabalhadores perante as realidades relacionadas com o desenvolvimento tecnológico, mas não há previsão específica para as problemáticas atuais. Ainda, o artigo 170 dispõe sobre a privacidade do trabalhador no regime de teletrabalho. Este artigo, embora careça de maiores disposições, visa assegurar a proteção da intimidade e vida privada, que se encontram mais ameaçados no caso de teletrabalho em domicílio[16],, sendo necessário estabelecer a separação entre a vida privada e a vida profissional, que antes eram ocorriam em locais distintos e agora confundem-se no mesmo local.

As tecnologias têm um alcance praticamente ilimitado para vigilância e principalmente para a recolha de informações pessoais dos trabalhadores e o uso destas informações poderá ferir a privacidade.

Desde o momento em que se passou a usar em grande escala as NTIC, tornou-se possível uma recolha, armazenamento e gestão de dados sem precedentes, iniciando assim o que pode ser considerado como uma "nova" organização do trabalho que eliminou a barreira entre tempo e espaço com grandes alterações nas relações jurídicas.

Mas este o direito à reserva da privacidade não é absoluto e possui limitações, podendo ser limitado em resultado da sua harmonização com outros direitos constitucionalmente garantidos

15 "Os trabalhadores, enquanto cidadãos, não deixam de o ser quando entram na organização empresarial, tendo pelo direito a exercer os seus direitos fundamentais. Mas pelo fato de celebrarem um contrato de trabalho e estarem numa situação de subordinação jurídica, submetendo-se ao poder diretivo do empregador, os trabalhadores podem ter alguns problemas quanto ao exercício de uma série de direitos que, por não serem especificamente laborais, correm o risco de serem ignorados na organização empresarial.", Gloria Rojas Rivero apud Moreira, Teresa Coelho. Op. cit. P. 333.

16 Neste mesmo sentido: "este artigo concretiza o direito à reserva da intimidade da vida privada, menciona limites a visita ao domicílio, contudo ainda assim carece de maiores previsões normativas que remetam expressamente a outros tipo de violação e controle a distancia". MARTINEZ, Pedro Romano. Código do trabalho: anotado. 9a ed. Coimbra: Almedina, 2013. P. 427.

e protegidos, garantindo assim o princípio da proporcionalidade[17].

Neste sentido, a Espanha através do Real Decreto-Lei 28/2020 sobre trabalho remoto, art. 17, 1 e 3, já se adequou a nova realidade e certamente é um bom contributo para o direito português, com a ressalva de que não parece que deixar a cargo das empresas estabelecer critérios para a utilização dos meios digitais seja o meio mais adequado para garantir a efetividade dos direitos do trabalhador.

3. Questões jurídicas. Poder de vigilância e controlo do empregador no teletrabalho

O controlo jurídico está sempre relacionado com parâmetros previamente definidos pelo empregador e conhecidos dos trabalhadores e o juízo de adequação do objeto controlado aos parâmetros sobre os quais se verifica o controlo. Este controlo, desde que respeitador da dignidade humana, é primordial na organização da empresa. Analisando-se as normas principiológicas colidentes, quais sejam, da intimidade e da privacidade do trabalhador e da propriedade, da liberdade contratual e da livre iniciativa do empregador, verifica-se que de fato existe uma colisão entre elas nos casos concretos em que os meios eletrônicos são utilizados no trabalho em domicílio.

Da subordinação do trabalhador que está inserido em uma organização de trabalho, em que pese à distância, decorre o poder de vigilância e controlo do empregador, sendo que o controlo é necessário para o bom andamento da empresa e para formas de execução do contrato de trabalho. Contudo, a ligação permanente entre a ferramenta de trabalho da empresa e dos trabalhadores potencializa o poder de direção e o controle da vida privada do trabalhador por parte do empregador. Os direitos da personalidade, a proibição de qualquer forma de controlo contrárias a dignidade do

17 Nestes termos é a decisão do Ac. n.º 368/2002/T. Processo n.º 577/98. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/1291207>, acesso em 21.11.2020.

trabalhador e a separação da vida privada em relação ao trabalho devem ser inexoravelmente observados, com ressalvas ao poder diretivo do empregador[18].

A questão do controlo colocada aqui, constitucionalmente legítima, não é problematizada ou questionada em relação a sua existência, mas sim quanto a sua limitação e equilíbrio para a não violação a direitos fundamentais.

Ainda que o empregador não tenha intenção de controlar o desempenho ou invadir a esfera privada do trabalhador e queira prevenir riscos, a simples invasão "virtual" ao domicílio esbarra também na questão da inviolabilidade do domicílio e da esfera da vida privada que se confundiu com a vida profissional. [19]

O art. 20 do CT proíbe meios de vigilância a distância no local de trabalho mediante o uso de equipamento tecnológico, com exceções[20]. Acompanhando Gloria Rebelo[21], questiona-se se no caso do teletrabalho em domicílio se colocam e em quais circunstâncias, essa necessidade de proteção. De imediato não parece esta exceção enquadrar-se no caso do teletrabalho em domicílio, em que a atividade com uso das TIC necessite de proteção do trabalhador ou de bens.

18 VEIGA, Fábio da Silva. "O poder directivo do empregador" versus" o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador." Jus Societas-JS 2, no. 1, 2011, p. 85-96

19 Há uma extensão do âmbito da subordinação para a esfera privada do trabalhador e nesta modalidade existem maiores dificuldades de controlo do respeito pelo trabalhador pelo cumprimento das normas de segurança e saúde e a proteção à vida privada no trabalho, horas extras, suplementares, etc. Nos dias de hoje, não há mais espaço para conceitos indeterminados sobre vigilância e controlo com o uso das NTIC no domicílio.

20 Que não serão objeto de estudo neste trabalho. Seria o caso de estabelecimentos de venda ao público, bancos, postos de abastecimentos, entre outros, caso seja informado ao trabalhador que esta sob vigilância visando a proteção e segurança de pessoas e bens, quando à natureza da atividade o justifique.

21 REBELO, Glória. Teletrabalho e privacidade: contributos e desafios para o direito do trabalho. 1a ed. Lisboa: RH, 2004, P. 70

3.1 Gravação de imagens e som através do instrumento de trabalho.

Importa de início trazer a decisão do Ac. STJ, 8.02.2006, sobre câmaras de videovigilância nos postos de trabalho, com registo permanente das tarefas executadas:

> "a colocação de camaras de vídeo em todos o espaço em que os trabalhadores desempenham as suas tarefas, de forma a que estes se encontrem no exercício da sua atividade sob permanente vigilância e observação, constitui, nestes termos, uma intolerável intromissão na reserva da visa privada, na sua vertente de direito à imagem, e que não se mostra de nenhum modo justificada pelo simples interesse económico do empregador de evitar o desvio de produtos que ali são manuseados. (...) Em qualquer caso, a instalação de câmaras de vídeo, incidindo diretamente sobre os trabalhadores durante o seu desempenho profissional, não é uma medida adequada e necessária ao efeito pretendido pela entidade patronal, além de que gera um sacrifício dos direitos de personalidade que é inteiramente desproporcionado relativamente às vantagens de mero cariz económico que se visava obter. Assim, independentemente da autorização concedida pela Comissão Nacional de Protecção de Dados (...) a efectiva utilização de Câmaras de vídeo nos termos descritos nos autos é ilícita (...)."[22]

Atualmente, surgem a cada dia novas e sofisticadas tecnologias que são utilizadas para a recolha de dados e vigilância à distância, possibilitando ao empregador controlar totalmente os passos da vida do trabalhador, agora em seu domicílio, e já não falamos mais nos meios tradicionais de vigilância e controlo conhecidos até então como a instalação de câmaras no local de trabalho direcionadas para a mesa dos trabalhadores, GPS no veículo, entre outros. Atualmente, quando o empregado está observando o monitor de trabalho, este está ao mesmo tempo observando o trabalhador em tempo real, não é mais preciso uma câmara exposta virada aos

22 MARTINEZ, Pedro Romano Código do trabalho: anotado. 9a ed. Coimbra: Almedina, 2013. P. 163.

trabalhadores.[23] A decisão ora transcrita, não está ultrapassada e o mesmo conceito deve ser utilizado por analogia adequando-se para a vigilância por câmaras e áudio nos computadores em domicílio.

As empresas precisam ter acesso a determinadas informações sobre o desenvolvimento do trabalho, segurança e saúde no labor e a fiscalização nestes casos se tornou uma questão muito difícil, eis que mesmo que o empregador estivesse diante de uma possibilidade autorizada por lei, aqui se tem o conflito com a privacidade e inviolabilidade do domicílio. É preciso encontrar um equilíbrio entre o poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do ser humano e do trabalhador em conflito.[24]

De pronto, é unânime que a videovigilância oculta no computador viola o art. 20, 1 e 3 do CT. A vídeo e a áudiovigilancia - e aqui falamos do controlo por camaras e som do instrumento de trabalho na residência do trabalhador, representam um instrumento que atenta contra a privacidade, até porque o aparelho não irá distinguir a captação de uma conversa e imagem no horário de trabalho e não trabalho.

Com o uso das TIC, é preciso dispor expressamente sobre os novos meios de controle, como softwares, gravações e realização de reuniões de trabalho por plataformas digitais que captam sons e imagens, inclusive com ativação da câmara de forma remota.

Há outra questão que se refere a gravação de reuniões on-line e conservação de dados pessoais, das imagens gravadas e sua manutenção no tempo. No período da reunião poderá haver a invasão do domicílio por vídeo? Se esta reunião de trabalho é autorizada pelas partes a ser gravada, qual o período de guarda deste vídeo? Não se pode dar uma resposta única, na medida em

23 "O controlo periférico, descontinuo e parcial, realizado pelo homem, está a ser substituído por um controlo centralizado, objetivo, incorporado na máquina que se verifica em tempo real, originando o surgimento de um novo tipo de controlo que consiste na reconstrução do perfil do trabalhador." MOREIRA, Teresa Coelho. Estudos de direito do trabalho. Coimbra : Almedina, 2011. Pg. 34.

24 Ler, ABRANTES, José João. Op. Cit. P. 7 a 18.

que as imagens nos termos da lei hoje poderiam ser guardadas pelo tempo necessário para cumprir a finalidade pretendida, nos termos do art. 21, 3, CT, mas não se deve deixar de obedecer a norma superior constante no artigo 35 da CRP.

Não se pode desconsiderar ainda que imagens e sons recolhidos no local de trabalho são dados pessoais quando permitem a identificação das pessoas que nela aparecem e a captação de imagens e sons do trabalhador em seu domicílio vai muito mais além da questão da privacidade do trabalhador, atingindo a privacidade de terceiros que residem no mesmo local, que fatalmente também terão sua imagem e som eventualmente captados.

Em que pese a confidencialidade, esta não admite o trabalhador a utilizar os meios de comunicação da empresa para fins estranhos a ela e a atividade prestada e deve-se limitar a videovigilância e gravação de imagens, tendo em consideração a aplicação do dever de boa-fé nas relações laborais.

Teresa Coelho defende a licitude quando observado o princípio da proporcionalidade e da boa fé constante nos arts. 102 e 126, CT e 762 do CC, com o conhecimento prévio por parte dos trabalhadores. A escolha dos meios de controlo por parte do empregador deverá obedecer aos princípios da necessidade, suficiência, razoabilidade, da proporcionalidade e da boa-fé, devendo o empregador comprovar que escolheu as formas de controlo que têm menor impacto sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores e que atenda interesses que não ultrapassem os limites da subordinação técnica e através de programas regulados.[25]

O princípio da proporcionalidade possui tríplice dimensão, sendo constituído pelos critérios ou máximas da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação. Do contrário, este controlo estaria sendo realizado diretamente sobre

25 RODRIGUES, Patrícia Pinto. O teletrabalho: enquadramento jus-laboral; Estudos de direito do trabalho. org. António Monteiro Fernandes. 1a ed.: Coimbra Editora : Wolters Kluwer Portugal, 2011. Pp. 116.

o trabalhador invadindo a privacidade deste. Tem-se a dificuldade de encontrar um fim lícito para a vigilância através destes novos meios de controlo. Não basta qualquer interesse declarado como lícito do empregador e nãos e pode esquecer que não é o controlo que lesa a dignidade do trabalhador e sim o modus operandi e atualmente, o local de operação.

3.2. Instrumentos de trabalho e instalação de programas

Com as NTIC concentra-se no mesmo instrumento de trabalho a atividade produtiva e o meio de controlo, assim, ao mesmo tempo que o trabalhador realiza as atividades para as quais foi contratado, o empregador através de programas específicos recolhe neste mesmo período uma grande quantidade de dados.

Sempre existiu uma enorme quantidade de programas que permitem controlar todos os passos dos trabalhadores não só no local de trabalho, como fora dele e a grande questão é que agora, o local de trabalho é o mesmo local de não trabalho do indivíduo, qual seja, o domicílio. E, se tradicionalmente a vigilância necessitava de intervenção do homem e o consentimento e conhecimento pelo trabalhador, atualmente há formas cada vez menos invasoras e ocultas de controlo, como a captação de imagens e som no computador sem que o indivíduo que opera aquele instrumento tenha conhecimento.

Os novos meios de controlo, muitas vezes silenciosos, convertem-se em um substituto aos meios tradicionais, podendo originar o desaparecimento da privacidade.

O empregador tem o direito de verificar e controlar, a atividade laboral dos trabalhadores e de apurar as faltas passíveis de justificar procedimentos disciplinares e é muito difícil fazer uma separação desta recolha de dados e aí que a legislação deve regular melhor o uso de tais programas e regular os que já passaram por uma avaliação de que não ferem princípios constitucionais e que

poderiam ser assim utilizados.

E há mais uma questão: se o trabalhador utiliza instrumentos e equipamentos pessoais, a esta situação se aplicaria na integra o direito de confidencialidade do art. 22, do CT? Com o trabalho em domicílio e as NTIC, não é possível distinguir com clareza as atividades de um individuo que fazem parte da sua vida profissional ou comercial das que não fazem. Ao trabalhar com instrumentos próprios, não pode o empregador obrigar o trabalhador instalar programas de controlo.

Quando há utilização de instrumento particular do empregado, não é legítima a intromissão de qualquer forma de vigilância ou controlo. A intromissão na esfera íntima do empregado, justificada pelo exercício do poder de direção, apresentar-se-ia como um verdadeiro abuso do direito de fiscalizar. E atualmente a vigilância e controlo eletrónico tem ocorrido através da instalação de software específico que permite recolher, tratar e arquivar todos os dados e adquirir perfis dos trabalhadores[26]. A potencialidade e licitude ou ilicitude do controlo está associada ao tipo de programa instalado para controlo e a quais dados são recolhidos e como são utilizados. “Nem tudo que é tecnicamente possível é juridicamente admissível”.[27]

A regulamentação atual não foi pensada de forma alguma para o regime do teletrabalho em domicílio e novamente a Lei espanhola traz um contributo ao prever expressamente esta questão, bem como a Lei Argentina, que é ainda mais específica.

O Real Decreto-Lei 28/2020 espanhol, artigo 17, 2, dispõe que a empresa não pode exigir a instalação de programas ou aplicativos em dispositivos de propriedade do trabalhador, ou o uso desses dispositivos no desenvolvimento de trabalho remoto.

26 Algumas empresas já utilizam programas informáticos vendidos livremente no mercado que além de captarem dados referente ao exercício profissional, acabam por revelar também dados que deveriam ser protegidos pela esfera da intimidade e vida privada. A venda destes programas de software com uma tecnologia extremamente avançada triplicou.

27 MOREIRA, Teresa Coelho. Estudos de direito do trabalho. Coimbra : Almedina, 2011. P. 84.

O ordenamento argentino, Lei no 27.555/20 regula a proteção de dados e impede o uso de software para vigilância que viola a privacidade do trabalhador. Em seus arts. 15 e 16 dispõe que os sistemas de controle que visam proteger os bens e informações de propriedade do empregador devem ter participação sindical de forma a resguardar a privacidade da pessoa que trabalha na modalidade de teletrabalho e a privacidade de seu domicílio, bem como o empregador deve tomar as medidas cabíveis, especialmente no que se refere ao software, para garantir a proteção dos dados utilizados e processados por quem trabalha na modalidade de teletrabalho, não podendo utilizar software de vigilância que viola a privacidade.

O fato de o desenvolvimento tecnológico de softwares permitir realizar o controlo não significa que o seu uso seja lícito tendo em atenção os princípios fundamentais do sistema jurídico. Pode-se falar de um eventual "direito à privacidade do trabalhador sobre o "espaço virtual" na memória do computador ou servidor da empresa."[28]

3.3. Inviolabilidade virtual do domicílio.

Em particular no que se refere ao teletrabalho no domicílio, problemas específicos inerentes à atividade laboral preocupam as autoridades de inspeção do trabalho nos países da UE. Não obstante a legislação que possa existir, fixar regras é uma coisa e respeita-las é outra, e será muito difícil organizar as inspeções de trabalho se o domicílio se torna o local de trabalho.[29]

Durante muito tempo a inviolabilidade do domicílio foi predominantemente considerada apenas do prisma do processo

28 MOREIRA, Teresa Coelho. A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador. Coimbra, Almedina, 2010. P. 639.

29 Não podemos deixar de lado que o empregador deve controlar os tempos de trabalho, sendo obrigatório conforme decisão do Ac. do TJUE nº 55/18 de 14.05.2019, para evitar a porosidade de acidentes de trabalho e invasão da fronteira de tempo de vida pessoal e tempo de trabalho. REBELO, Glória. Teletrabalho e privacidade: contributos e desafios para o direito do trabalho. 1a ed. Lisboa: RH, 2004, P. 81

penal e em estreita conjugação com as regras sobre prisão. Neste sentido, temos o Ac. nº 128/92 sobre direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, com o direito de ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheais, que pode ter seu conceito estendido ainda para o âmbito laboral por analogia a quem estaria invadindo o domicílio.[30] A tutela do domicílio abrange um domínio mais vasto, tanto na justiça civil, como na justiça do trabalho.

E essa proibição é plenamente justificada, afetando a dignidade e privacidade do trabalhador, ainda mais quando se trata de equacionar o acesso ao domicílio do teletrabalhador.

Não é qualquer direito do empregador que pode sacrificar o direito a inviolabilidade do domicílio. E, ainda que o art. 170 do CT permita a visita física do empregador em certo horário, sendo lícito para certos fins de prevenção. diante das NTIC considera-se que o acesso por vídeos e câmaras de computador a todo tempo seria uma forma violação do domicílio a qualquer horário sem justificativa. Ainda que o empregador não adentre fisicamente no mesmo, a invasão é realizada virtualmente.

Como bem pontua Menezes Leitão,

"a autorização do trabalhador para ser vigiado electronicamente não elide a proibição desta disposição, nos casos em que não haja justificação para a vigilância. Efectivamente, essa autorização deverá considerar-se uma restrição dos direitos de personalidade nula por contrária à ordem pública, conforme art. 81, 1, CC."[31]

É necessário regular o conceito de invasão virtual ao domicílio e à privacidade.

O controle através da NTIC do teletrabalhador colide com o direito fundamental da inviolabilidade do domicílio. Para complementação do artigo 170 do CT, deverá ser estabelecido um

30 Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9722b7a5b3df07c-280256d4300267243?OpenDocument>, acesso em 24.11.2020.

31 LEITÃO, Luís Menezes. Temas laborais: estudos e pareceres. 1a ed. Coimbra: Almedina, 2006. P. 103.

limite geográfico na residência da zona efetivamente de trabalho, observando os princípios já aqui mencionados, sendo um controlo apenas preventivo[32], mas que não está regulado para esta situação de teletrabalho a domicílio.

Pode-se utilizar por analogia decisões que reconhecem que a vigilância em locais onde não se executa o trabalho nas instalações físicas da empresa são ilícitas. A exemplo, temos o Ac. do Tribunal Constitucional nº 98/2000, de 1 de abril. O que não se pode permitir é que o teletrabalho com o uso das NTIC seja uma invasão da vida privada do trabalhador em seu próprio domicílio.

4. Conclusão

Quanto a vida privada e utilização das novas tecnologias, o CT fica longe do que seria desejável e possível, dando um contributo muito tímido, insuficiente, pois já deveria ter fixado princípios orientadores sobre a forma e os meios do alcance sobre o controlo da utilização dos meios de vigilância à distância em domicilio.[33] Após análise da matéria em debate, uma solução adequada para garantir direitos e deveres de ambas as partes da relação de trabalho, é a aplicação do princípio da intromissão mínima[34], implicando assim a menor captação possível de imagem do trabalhador em relação ao fim legitimo da gravação em uma reunião online por exemplo.

Ainda, o princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação de interesses são instrumentos para resolver colisões entre princípios nos casos concretos. Necessário regular uma sistematização dessas hipóteses, com vistas a possibilitar a solução dos casos de colisão entre as normas em debate.

O processo de ponderação deve começar pela estipulação

32 É o mesmo caso por analogia de acesso ao e-mail do empregado e constatar que este utiliza de forma diversa da que deveria, mas ainda assim não pode abrir a mensagem do e-mail por configurar violação de correspondência e de privacidade. Neste sentido, Ac. STJ, 05.07.2007. Proc. 07S043, Relator Mario Pereira.

33 ABRANTES, José João. Op. Cit. P. 21.

34 Para maior reflexão sobre o uso deste princípio nas situações de controlo e vigilância, MOREIRA, Teresa Coelho, Op. Cit. Coimbra, Almedina, 2010. P. 258.

do peso de cada um dos princípios em colisão, que influenciará no peso que cada princípio deve assumir no caso concreto. Como os direitos fundamentais da intimidade e da privacidade são inerentes à condição humana, possuem sempre um peso maior do que os direitos de propriedade, o princípio da livre iniciativa e da liberdade contratual que são normas de índole patrimonial.[35]

Diante do uso das NTIC no teletrabalho em domicílio, qualquer situação que envolva a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador, deverá sempre se pautar pelo princípio da proporcionalidade, tendo-se sempre como parâmetro maior o respeito à dignidade humana do trabalhador.

Conclui-se, no mesmo entendimento de José Abrantes, que a regra permanece sendo de que o direito à privacidade só poderá ser limitado se interesses relevantes o justificarem, não podendo por em causa os princípios constitucionais da necessidade, adequação e proibição do excesso. O empregador só poderá aceder a dados sobre a vida privada que sejam estritamente necessários e relevantes para a execução do contrato.

Cabe ao direito do trabalho do futuro encontrar um equilíbrio entre as novas tecnologias, o direito fundamental à privacidade e o direito ao controlo pelo empregador.

Bibliografia

ABRANTES, José João. Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho: em especial, a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões) : lição de agregação. Almedina, Lisboa, 2014.

ABRANTES, José João. Direitos Fundamentais como limites dos poderes empresariais. Em Estudos do Instituto de Direito do Trabalho.Org. Pedro Romano Martinez, Luís Gonçalves da Silva. Coimbra: Almedina, 2020. P. 7 a 18.

35 Barros, Juliana Augusta Medeiros de. A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador. Belo Horizonte, 2009. P. 319

AMADO, João Leal. Contrato de Trabalho: Noções Básicas. Coimbra: Almedina, 2016

BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador. Belo Horizonte, 2009

FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019.

GIL, Susana I. P. Ferreira dos Santos. Algumas notas sobre o eterno mundo novo: o Teletrabalho. Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes/coord. Bernardo da Gama Lobo Xavier. Nova Causa, Vol. 2, 2017. Pp. 639-673.

LEITÃO, Luís Menezes. Temas laborais : estudos e pareceres. 1a ed. Coimbra : Almedina, 2006.

MARTINEZ, Pedro Romano Código do trabalho: anotado. 9a ed. Coimbra : Almedina, 2013.

MOREIRA, Teresa Coelho. A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador. Coimbra, Almedina, 2010.

MOREIRA, Teresa Coelho. Estudos de direito do trabalho. Coimbra : Almedina, 2011

REBELO, Glória. Teletrabalho e privacidade: contributos e desafios para o direito do trabalho. 1a ed. Lisboa: RH, 2004.

REDINHA, Maria Regina. Utilização de Novas Tecnologias no Local de Trabalho – Algumas Questões, in IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Coordenador António Moreira- Coimbra: Almedina, 2002.

RODRIGUES, Patrícia Pinto. O teletrabalho: enquadramento jus-laboral; Estudos de direito do trabalho. org. António Monteiro Fernandes. 1a ed.: Coimbra Editora, 2011

SCHWAB, Klaus; Nicholas Davis. Moldando a quarta revolução industrial. pref. Satya Nadella, Pedro Pina Tradução Rui Candeias. Levoir, 2019.

VEIGA, Fábio da Silva. “O poder directivo do empregador” versus” o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador.” Jus Societas-JS 2, no. 1, 2011, p. 85-96

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Manual do direito do trabalho. 3ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2018.

Direitos fundamentais e as novas tecnologias com ênfase no conceito de teledemocracia

Fundamental rights and new technologies with emphasis on the concept of teledemocracy

Hérica Cristina Paes Nascimento[1]

Vithor Assunção Sousa[2]

Sumário: 1. Direitos Fundamentais e as Novas Tecnologias; 2. A Cidadania na era da 4ª Revolução Industrial; 3. A ascensão tecnológica e o conceito de Teledemocracia com suas contribuições segundo o autor Pérez Luño; 4. Riscos da Teledemocracia e os direitos dos cidadãos; 5. Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo científico, de início, concentra-se em demonstrar o contexto atual das novas tecnologias e os impactos nos Direitos fundamentais. Nesse sentido, demonstra-se como a cidadania é vista diante da 4ª Revolução Industrial, pois o avanço tecnológico causa a rediscussão no Estado Democrático de conceitos amplamente debatidos como o da Teledemocracia. Diante de tal conceito com a devida ênfase em suas contribuições, torna-se evidente a proteção efetiva que os cidadãos merecem, a sociedade em geral necessita dessa blindagem. Na medida em que o desenvolvimento digital é benéfico, não se deve deixar de lado a observância aos riscos que acompanham todo o processo, principalmente no eixo político, observando a implementação de uma democracia participativa por meio das Novas Tecnologias.

1 Mestranda em Direito da Empresa e dos Negócios na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Possui Pós-graduação "Lato Sensu" em Direito e Justiça do Trabalho pela Faculdade Sul-Americana - FASAM (2016). Graduada em Direito pela Instituto de Ensino Superior de Rio Verde (2012). Foi Assessora Jurídica no Ministério Público do Trabalho em Rio Verde-GO de 2013 a 2016. Atualmente é Procuradora Jurídica da Universidade de Rio Verde - UniRV. Advogada. hericacpnascimento@gmail.com

2 Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2020). Possui graduação em Direito pela Universidade de Rio Verde (2016), Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus de São Paulo (2018), Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo e Licitações pela Faculdade Única de Ipatinga-MG (2019). Atua no serviço público pela Universidade de Rio Verde (2016). Atua como autônomo na advocacia, trabalhando nas áreas cíveis, administrativas, tributárias, empresariais, entre outras. É membro da comissão de Esportes e Lazer e da comissão do Agronegócio da OAB, ambas da subseção de Rio Verde-GO. vithorassuncao13@gmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

Nessa perspectiva, percebe-se a real importância da Tecnologia em um Estado evoluído e suas influências no processo legislativo e político. Por outro lado, oportuno observar-se a efetiva concretização dos direitos fundamentais, especialmente ao direito à privacidade e à proteção de dados. Assim, vislumbra-se uma implementação efetiva de proteção a direitos fundamentais ora esquecidos, tendo em vista a necessidade atual da sociedade. O presente trabalho traz de volta a discussão realizada há décadas sobre os impactos do uso tecnológico no sistema democrático, concatenando a proteção aos direitos do cidadão com os riscos que os conceitos teledemocráticos trazem consigo.

Palavras-chave: Teledemocracia; Direitos Fundamentais; Novas Tecnologias; Cidadania.

Abstract: This scientific article, at first, focuses on demonstrating the current context of new technologies and the impacts on fundamental rights. In this sense, it is demonstrated how citizenship is seen before the 4th Industrial Revolution, because technological advances cause the rediscussion in the Democratic State of widely debated concepts such as teledemocracy. Faced with this concept with due emphasis on its contributions, it becomes evident the effective protection that citizens deserve, society in general needs this shielding. To the extent that digital development is beneficial, we should not let go of the observance of the risks that accompany the whole process, especially in the political axis, observing the implementation of a participatory democracy through New Technologies. From this perspective, one perceives the real importance of Technology in an evolved State and its influences in the legislative and political process. On the other hand, it is appropriate to observe the effective realisation of fundamental rights, especially the right to privacy and data protection. Thus, an effective implementation of protection of fundamental rights is envisaged, in view of the current need of society. The present work brings back the discussion held for decades about the impacts of technological use on the democratic system, concatenating the protection of citizens' rights with the risks that teledemocratic concepts bring with them.

Keywords: Teledemocracy; Fundamental Rights; New Technologies; Citizenship.

1. Direitos Fundamentais e as Novas Tecnologias

O mundo cada vez mais globalizado e dinâmico tem mudado a passos acelerados rumo ao avanço tecnológico, o que tem proporcionado um rompimento dos limites fronteiriços entre os países de modo a torná-los cada vez mais conectados e interligados. Tais modificações denotam um real abalo na soberania estatal, notadamente em razão da crescente globalização econômica e cultural aliada à "diminuição das distâncias proporcionadas pela massificação da Internet e facilitação das comunicações em geral."[3]

Diante da ameaça à soberania dos países, à democracia e à liberdade dos indivíduos, alguns autores ao analisarem o modelo de constitucionalismo clássico e digital, sugerem até mesmo a edição de uma nova declaração universal de direitos humanos para os espaços digitais, considerando a necessidade de se reespecificar e recontextualizar o modelo constitucional existente., mormente porque a sociedade atual está cada vez mais global, para além dos limites territoriais estatais, o que pressupõe uma modificação no regramento que deixaria de ser local para ser mundial.[4]

É apontado ainda como fator de conflito entre os países e o desrespeito à soberania destes, a forte e ilimitada competição entre os empreendedores digitais para garantir uma maior lucratividade ao seu país de origem, principalmente com a implementação da inteligência artificial, o que os fazem romper com barreiras morais, éticas e de observância às regras dos países com os quais mantêm

3 GOULART, G. (2012). O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: O ACESSO À INTERNET E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO. Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, 1(1), 145-168. Out. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/5955#.X9qZqBZv_IU>. Acesso em: 14 dez. 2020. p. 2.

4 SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; MENDIETA, David. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NOS ESPAÇOS DIGITAIS: UMA NECESSIDADE EM TEMPOS CIBERNÉTICOS. Revista Jurídica, [S.l.], v. 4, n. 61, p. 30 - 69, out. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4451>. Acesso em: 15 dez. 2020. doi:http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v4i61.4451.

relações de cunho comercial envolvendo tecnologia.[5]

Em meio a esse quadro tem-se como um meio para uma solução mais viável, em princípio, a exposição e o debate dos limites para atuação dos estados-nação e empresas globais como um caminho seguro para se assegurar a soberania e a democracia, tão fortemente abaladas diante das novas tendências globais.[6]

As novas ferramentas tecnológicas experimentadas na atualidade trazem não só os benefícios da produção do conhecimento e da troca de informações simultâneas, mas são também fontes de riscos ameaçadores à promoção e implementação dos direitos fundamentais que, quando observados concretizam em última análise o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, uma era tecnológica que desrespeite os direitos fundamentais obviamente não é capaz de promover a dignidade da pessoa humana, a despeito das inegáveis vantagens que possa oferecer nesse processo de mudança tecnológica, "en tanto tiene implicancias en las bases mismas de los derechos que constituyen las bases de nuestra identidad nacional: la personalidade humana y la forma republicana de gobierno", por exemplo.[7]

O impacto disruptivo da tecnologia pode se dar tanto para ampliar o exercício dos direitos fundamentais, dada a sua maior capacidade de alcance e difusão, mas também pode ameaçar a concretização de tais direitos, na medida em que os canais de

5 SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; MENDIETA, David. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NOS ESPAÇOS DIGITAIS: UMA NECESSIDADE EM TEMPOS CIBERNÉTICOS. Revista Jurídica, [S.l.], v. 4, n. 61, p. 30 - 69, out. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4451>. Acesso em: 15 dez. 2020. doi:http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v4i61.4451.

6 SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; MENDIETA, David. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NOS ESPAÇOS DIGITAIS: UMA NECESSIDADE EM TEMPOS CIBERNÉTICOS. Revista Jurídica, [S.l.], v. 4, n. 61, p. 30 - 69, out. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4451>. Acesso em: 15 dez. 2020. doi:http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v4i61.4451.

7 BRUNET, Laura Nahabetián. Tiempo de Algoritmos: Algocracia y Derechos Civiles y políticos. Memorias del XXIII Congreso Ibero-Americano de Derecho e Informática, Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2019. p. 426 – 443.

viabilização de uma comunicação mais tecnológica podem ser facilmente manipulados e conduzidos pelo interesse de quem pagar mais, por exemplo.

Tais conjecturas representam um risco real e já existente para a democracia que pode ir do seu declínio até o seu desaparecimento, considerando que o aumento da velocidade do tráfego dos dados e as suas correlações, que podem ser as mais diversas, pode comprometer instituições públicas, privadas e sistemas democráticos arduamente conquistados a exemplo dos partidos políticos, das eleições, dos sistemas de governo e das políticas governamentais, que poderão se tornar obsoletas na medida em que sempre ficam a reboque do avanço tecnológico, não o acompanhando em paralelo para fazer frente não só aos seus benefícios como também para fiscalizar e punir quando da constatação da violação de direitos.[8]

Diante de tantas soluções e infindáveis possibilidades que o avanço tecnológico traz é inegável que a utilização das novas tecnologias deve ser promovida e cada vez mais incentivada, entretanto, não sem a devida regulamentação que deve ser aplicada e fiscalizada de maneira efetiva, de modo que todos os atores sociais se beneficiem dessa hiper conectividade de modo seguro, sem a ameaça de desrespeito aos direitos fundamentais das pessoas, como a segurança e a privacidade, e sem a ameaça de deterioração de sistemas fundantes de Estados e nações.

É por isso que se faz “necessário estabelecer limites e controles para que os Estados e as multinacionais se submetam a parâmetros éticos mínimos, exigidos de todos”, sugerindo-se para isso a adequação dos direitos humanos já reconhecidos a uma

8 SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; MENDIETA, David. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NOS ESPAÇOS DIGITAIS: UMA NECESSIDADE EM TEMPOS CIBERNÉTICOS. Revista Jurídica, [S.l.], v. 4, n. 61, p. 30 - 69, out. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4451>. Acesso em: 15 dez. 2020. doi:http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v4i61.4451. p. 32.

realidade nova que não estava prevista quando da sua formulação.[9]

2. A Cidadania na era da 4ª Revolução Industrial

As novas tecnologias, principalmente as de cunho informacional são capazes de promover significativos avanços na área da produção e disseminação do conhecimento, possuindo "o poder de aproximar o cidadão nas decisões do Estado", porém, pode também por outro lado "ser fator de exclusão social e de manipulação do conteúdo que é veiculado na sociedade digital, comprometendo o senso crítico de veracidade dos seres humanos."[10]

Diante disso, importa analisar e buscar respostas que salvaguardem os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana frente às novas tecnologias.

Diante de um sistema especial de governança estruturado com base em algoritmos que são programados por computador há evidências de que tal interação, que pensava-se ser benéfica, ameaça a privacidade, a autonomia da vontade e os direitos fundamentais das pessoas, na medida em que tais dados são coletados e controlados por algoritmos que tenderão ao monitoramento de atividades humanas e até mesmo à manipulação de suas decisões, o que reduz, consequentemente, a participação humana em todo tipo de processo decisório que vai "desde uma compra simples, quanto a indicação de leituras, filmes, e, mais importante, indicação de candidatos à Presidência", o que define, por óbvio, "os rumos das políticas e da economia, em aspecto

9 SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; MENDIETA, David. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NOS ESPAÇOS DIGITAIS: UMA NECESSIDADE EM TEMPOS CIBERNÉTICOS. Revista Jurídica, [S.l.], v. 4, n. 61, p. 30 - 69, out. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4451>. Acesso em: 15 dez. 2020. doi:http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v4i61.4451. p. 34-35.

10 JAQUES, Abner da Silva; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. TELEDEMOCRACIA E CIDADANIA NA ERA DAS TECNOLOGIAS: Revista Em Tempo, [S.l.], v. 19, n. 1, aug. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3158>. Acesso em: 14 dec. 2020. doi: https://doi.org/10.26729/et.v19i1.3158. p. 2.

mundial".[11]

Tem-se então um novo paradigma para as inovações tecnológicas atuais que se diferem das anteriores, mormente porque nos dias de hoje a informação é a matéria-prima dessas tecnologias que se utilizam dela para o seu aprimoramento.[12]

Assim, diante desta interferência algorítmica na tomada de decisão dos seres humanos importante se faz a análise acerca da legitimidade dessa tomada de decisão, que vem sendo denominada de algocracia, consistindo em "um sistema, en el que se utilizan algoritmos para recopilar, clasificar y organizar datos a partir de los que normalmente se toman las decisiones y, de esta forma, ayudar en su procesamiento y comunicación a través de sistemas de gobierno determinados."[13]

Portanto, conceitos como o de algocracia, estão em evidência na atual conjuntura da política dos Estados, da intervenção Estatal por meios das novas tecnologias, com base também nas ameaças e ataques sofridos pelo meio digital e conforme o tempo se passa os direitos fundamentais sofrem um certo tipo de relativização. Traz-se ainda em discussão "novos" direitos que são garantidos na magna carta, mas que pelo contexto atual, ficam em evidência, por exemplo: o direito à privacidade e o direito à proteção de dados.

3. A ascensão tecnológica e o conceito de Teledemocracia com suas contribuições segundo o autor Pérez Luño

Como demonstrado nos tópicos anteriores, o avanço

11 SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; MENDIETA, David. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NOS ESPAÇOS DIGITAIS: UMA NECESSIDADE EM TEMPOS CIBERNÉTICOS. Revista Jurídica, [S.l.], v. 4, n. 61, p. 30 - 69, out. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4451>. Acesso em: 15 dez. 2020. doi:http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v4i61.4451. p. 32.

12 CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 108.

13 BRUNET, Laura Nahabetián. Tiempo de Algoritmos: Algocracia y Derechos Civiles y políticos. Memorias del XXIII Congreso Ibero-Americano de Derecho e Informática, Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2019. p. 426 – 443.

tecnológico cresce mais e mais e de forma rápida. Tal evolução tem afetado diretamente a forma como é exercida a vida diária, tanto para o lado mais rotineiro do cotidiano quanto para o exercício de direitos e deveres dos cidadãos.

Todo esse movimento traz de volta discussões e conceitos importantes já trabalhados há algum tempo por autores renomados[14]. Assim, traz-se para o presente trabalho o conceito de Teledemocracia abordado pelo autor Perez Luño nos anos 2000, a fim de exemplificar suas principais contribuições.

Nesse sentido, o autor Perez Luño[15] trata o conceito de teledemocracia em duas versões, a sua versão forte e a sua versão fraca, com base na teoria de Yoneji Masuda. Tratar-se-á da versão forte com maior ênfase, tendo em vista todas as suas importantes contribuições que reverberam até os dias atuais, levando-se em consideração a crescente evolução tecnológica.

Nessa linha, destaca-se que a Teledemocracia consiste num instrumento para viabilizar experiências na democracia direta. Essa versão de participação política, de acordo com seus proponentes, se trata de uma nova forma de sociedade, tendo em mente que as novas tecnologias trazem grande contribuição para tal[16].

Em primeiro lugar, é importante tratar das contribuições políticas da Teledemocracia em sua versão forte. Aqui nesse caso, a Teledemocracia deve-se utilizar das Novas Tecnologias para melhorar e trazer uma certa renovação nas sociedades democráticas. Nesse sentido, reforça-se a ideia de uma participação imediata dos cidadãos em todas as esferas da vida pública[17].

De acordo com Cattani, “o princípio da participação popular

14 Lemos e Lévy em “O Futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia”; Sartori e Soler em “Homo Videns: la sociedad teledirigida” e Sunstein em “Republic.com”.

15 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. ¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com? Barcelona: Gedisa, 2004. p. 67.

16 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Los derechos humanos en la sociedad tecnológica. Madrid: Universitas, 2012, p. 57.

17 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. ¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com? Barcelona: Gedisa, 2004.

na administração pública coloca o cidadão como parte desta, e que como parte, deve agir de modo a fiscalizar e reivindicar os atos dos entes administrativos" [18].

Como contribuições mais relevantes no eixo político, pode-se citar que a Teledemocracia vem para restaurar o poder real e efetivo do povo, o verdadeiro detentor de poder numa sociedade democrática. Parte-se do pressuposto da utilização das Novas Tecnologias para que isso aconteça, pois por meio delas sistemas democráticos são construídos atualmente[19].

Há de se falar também que neste eixo, o poder atualmente monopolizado pelos representates por meio dos partidos políticos seria de certa forma restaurado para seus verdadeiros titulares, o povo. Assim, o povo exerceria a liderança e seus reais interesses estariam melhor representados[20].

É válido mencionar também que sob a ótica constitucional, a Teledemocracia transforma-se no instrumento garantista de participação do povo, desse modo, o regime representativo de governo seria inovado, possibilitando a interferência do povo nas questões da sociedade[21].

Por conseguinte, deve-se mencionar que a Teledemocracia contribui para que os sistemas eleitorais tenham uma representatividade autêntica e sem distorções, com a verdadeira representação das minorias. Dessa forma, seja qual for o grupo, estes defrutarão de participação idêntica no processo de escolha e no sitema de eleições. Colabora-se inclusive com o combate à

18 CATTANI, M. P. S. (CIBER)DEMOCRACIA COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL: DESAFIOS E POSSIBILIDADES. Salão do Conhecimento UNIJUÍ: Jornada de Pesquisa - Ciências Sociais Aplicadas, set./2017. Disponível em: https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/7758. Acesso em: 13 dez. 2020. p. 6.

19 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. ¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com? Barcelona: Gedisa, 2004. p. 74.

20 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. ¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com? Barcelona: Gedisa, 2004. p. 75.

21 JAQUES, Abner da Silva; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. TELEDEMOCRACIA E CIDADANIA NA ERA DAS TECNOLOGIAS: Revista Em Tempo, [S.l.], v. 19, n. 1, aug. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3158>. Acesso em: 14 dec. 2020. doi: https://doi.org/10.26729/et.v19i1.3158. p. 10.

corrupção, pois de certa forma reduziria os grupos de pressão que buscam somente interesses privados[22].

Insta ressaltar, por fim ao eixo político, o papel da Teledemocracia como defesa contra a manipulação de opinião pública. Pois, a tecnologia permite a realização de pesquisas de massa instantâneas, trazendo assim o resultado real e evitando que as informações sejam utilizadas em manobras políticas ilícitas[23].

Em seguida, temos as contribuições legais, de acordo com o autor os cidadãos teriam uma contribuição real e efetiva na construção legislativa dos países, mais especificamente no processo legislativo. Assim, por meio das Novas Tecnologias, os cidadãos poderiam opinar e efetivamente cotribuir para a formação da Autoridade Legislativa do Estado. Em relação às contribuições morais, vale a reflexão que temos uma evolução na moralidade coletiva quando percebemos os benefícios da Teledemocracia, pois deve-se observar a experiência profunda da vida interconectada. Nesse sentido moral, somos convidados a reavaliar o sentido cívico de cada cidadão[24].

Nessa conjuntura, Jaques e Silveira prelecionam que a utilização das Novas Tecnologias e da Internet se utilizadas de maneira eficaz em conjunto com a Teledemocracia podem fornecer meios para que todo indíviduos tenha acesso à informação justa e assim poder partilhar sua opinião[25]. Pode-se analisar que a busca dos interesses da Teledemocracia forte está sempre correlacionada com direitos e garantias fundamentais do cidadão.

É válido propor também que apesar de todos os pontos positivos o tema em questão deve ser amplamente discutido.

22 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. ¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com? Barcelona: Gedisa, 2004. p. 76-78.

23 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. ¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com? Barcelona: Gedisa, 2004. p. 80.

24 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. ¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com? Barcelona: Gedisa, 2004. p. 80-83.

25 JAQUES, Abner da Silva; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. TELEDEMOCRACIA E CIDADANIA NA ERA DAS TECNOLOGIAS: Revista Em Tempo, [S.l.], v. 19, n. 1, aug. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3158>. Acesso em: 14 dec. 2020. doi: https://doi.org/10.26729/et.v19i1.3158. p. 17.

Nesse sentido, Nascimento propõe que "é imprescindível recorrer-se a um debate inter e transdisciplinar, que envolva, além do direito, a ciência política, a sociologia, a antropologia, a comunicação, o jornalismo, entre outras carreiras, para se tentar evitar ou minimizar os riscos que esse tema pressupõe"[26].

Percebe-se com todas as contribuições que esse instrumento democrático trouxe esperança e renovação em todos os sentidos. Deve-se aprofundar no conceito a fim de melhor analisar a sua forma de implementação no atual sistema político e na sociedade como um todo.

4. Riscos da Teledemocracia e os direitos dos cidadãos

Politicamente, existem alguns pontos que oferecem riscos quando se fala na projeção das tecnologias numa sociedade democrática. O objetivo é trazer uma maior participação do povo, busca-se garantir direitos fundamentais que por muitas vezes são esquecidos e sobrepujados por quem exerce o poder mediante representação.

Entretanto, há riscos que não devem ser ignorados, uma vez que podem comprometer mais ainda o sistema de governo. Segundo Pérez Luño, a Teledemocracia pode ser usada como um veículo para a despersonalização do cidadão e alienação política. O autor trata de uma possível desconstrução das relações associativas. No sentido também de despolitizar os cidadãos até que se tornem apáticos. Segundo o autor, há que se falar também em uma possível mercantilização da esfera pública por meio das Novas Tecnologias[27].

Nesse sentido, não podemos deixar de mencionar a existência dos riscos jurídicos e éticos que podem comprometer o processo

26 NASCIMENTO, V. R. D. Neoconstitucionalismo e ciberdemocracia: desafios para implementação da cibercidadania na perspectiva de Pérez Luño. Revista de informação legislativa: v. 49, n. 194, p. 89-105, abr./jun. 2012. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496580. Acesso em: 10 dez. 2020. p. 104.

27 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Los derechos humanos en la sociedad tecnológica. Madrid: Universitas, 2012, p. 67-71.

legislativo. A qualidade das leis oriundas de um processo que não chega ao saber dos cidadãos estariam comprometidas. As crises éticas na sociedade também são preocupações, proporcionando um verdadeiro vazio de valores comunitários. E ainda, existem os riscos de ataques cibernéticos no sistema teledemocrático, que poderiam ferir gravemente um dos direitos fundamentais mais requisitados nos últimos tempos: o direito à intimidade[28].

Nessa acepção, a Professora Têmis Limberger preleciona que tendo em vista o valor dos dados no ambiente informatizado há a necessidade de proteção jurídica do cidadão pela possível comercialização, faz-se inclusive que o direito à intimidade ganhe outro conteúdo. "Assim, o indivíduo que confia seus dados deve contar com a tutela jurídica para que sejam utilizados corretamente, quer se trate de um organismo público ou privado"[29].

Portanto, atualmente, há necessidade de se analisar as melhores práticas para a implementação da proteção efetiva ao direito à intimidade. Assim como disposto no inciso IV, do artigo 2º, da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamento a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem[30].

5. Considerações Finais

A promoção dos direitos fundamentais deve caminhar ao lado dos seus próprios aspectos protetivos. Diante de um mundo cada vez mais potencializado pelas novas tecnologias e estas cada vez mais difundidas e globalizadas, é importante verificar quais pontos sensíveis dos direitos fundantes de um Estado estão sendo desrespeitados.

28 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Los derechos humanos en la sociedad tecnológica. Madrid: Universitas, 2012, p. 73.

29 LIMBERGER, Têmis. A informática e a proteção à intimidade. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 8, n. 33, p. 110-124. 2000.

30 PLANALTO. Lei Nº 13.709, De 14 De Agosto De 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 14 dez. 2020.

Nesse contexto, a cidadania encontra-se em uma situação de vulnerabilidade tendo em vista que a sociedade globalizada apresenta riscos em seu eixo político. Quando se discute o conceito de Teledemocracia, o debate causa desconforto aos que de certa maneira se aproveitam das vulnerabilidades de um sistema teledemocrático que busca a participação mais efetiva dos cidadãos.

Nesse sentido, os atores sociais devem buscar suprir os riscos debatidos no presente trabalho a fim de se evitar verdadeiros ataques ao sistema democrático e a base ética deve ser reafirmada e implementada efetivamente no contexto social, para que atinja a maior parte dos cidadãos.

Por fim, importante destacar que a própria reafirmação ética, o próprio conceito de Teledemocracia, devem ser tratados de maneira conjunta no Estado Democrático, de maneira a garantir a proteção dos direitos fundamentais diante das disrupções tecnológicas que tendem a ser cada vez mais comuns nas relações sociais.

Referências bibliográficas

BRUNET, Laura Nahabetián. Tiempo de Algoritmos: Algocracia y Derechos Civiles y políticos. Memorias del XXIII Congreso Ibero-Americano de Derecho e Informática, Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2019. p. 426 – 443.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CATTANI, M. P. S. (CIBER)DEMOCRACIA COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL: DESAFIOS E POSSIBILIDADES. Salão do Conhecimento UNIJUÍ: Jornada de Pesquisa - Ciências Sociais Aplicadas, set./2017. Disponível em: https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/7758. Acesso em: 13 dez. 2020.

GOULART, G. (2012). O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: O ACESSO À INTERNET

E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO. Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, 1(1), 145-168. Out. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/5955#.X9qZqBZv_IU>. Acesso em: 14 dez. 2020.

HARARI, Yuval Noah. Homo Deus: uma breve história do amanhã. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras: 2016.

JAQUES, Abner da Silva; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. TELEDEMOCRACIA E CIDADANIA NA ERA DAS TECNOLOGIAS: Revista Em Tempo, [S.l.], v. 19, n. 1, ago. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3158>. Acesso em: 14 dez. 2020. doi: https://doi.org/10.26729/et.v19i1.3158.

LIMBERGER, Têmis. A informática e a proteção à intimidade. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 8, n. 33, p. 110-124. 2000.

NASCIMENTO, V. R. D. Neoconstitucionalismo e ciberdemocracia: desafios para implementação da cibercidadania na perspectiva de Pérez Luño. Revista de informação legislativa: v. 49, n. 194, p. 89-105, abr./jun. 2012. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496580. Acesso em: 10 dez. 2020.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. ¿Ciberciudadanía o ciudadanía. com? Barcelona: Gedisa, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Los derechos humanos en la sociedad tecnológica. Madrid: Universitas, 2012, 140 pp.

PLANALTO. Lei Nº 13.709, De 14 De Agosto De 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 14 dez. 2020.

SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; MENDIETA, David. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NOS ESPAÇOS DIGITAIS: UMA NECESSIDADE EM TEMPOS CIBERNÉTICOS. Revista Jurídica, [S.l.], v. 4, n. 61, p. 30 - 69, out. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4451>. Acesso em: 15 dez. 2020. doi:http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v4i61.4451.

Justiça penal negocial: eficácia e devido processo legal

Consensual criminal justice: efficiency and the due process of law

Mariane de Matos Aquino[1]

Fernanda da Silva Soares[2]

Sumário: 1. Introdução. 2. O Direito Penal, o Processo Penal e a eficiência; 3. A Justiça Penal Negocial; 4. O devido processo legal; 5. A eficiência e o devido processo legal; 6. Considerações finais.

Resumo: O presente trabalho visa abordar a temática da justiça penal negocial no contexto brasileiro, que já vem sendo aplicada desde a Lei nº 9.099/95 e teve significativa expansão com o acordo de não persecução penal, incluído no Código de Processo Penal através da Lei nº 13.964/2019, tratando especificamente da ideia de eficiência, que é inerente à perspectiva negocial, em paralelo com o devido processo legal, pilar estrutural do processo penal. Tal análise se faz necessária a medida em que é preciso verificar a concepção eficientista-econômica à luz do devido processo legal. Para tanto, apresentar-se-á breves considerações acerca do Direito Penal e Processo Penal a partir da concepção econômica, bem como sobre a Justiça Penal Negocial que está diretamente relacionada com tal concepção, e, posteriormente, serão levantadas notas introdutórias relativas ao devido processo legal, para que, ao final, seja possível relacioná-lo com a percepção de eficiência. Pontua-se que a presente pesquisa está pautada no método de abordagem hipotético-dedutivo, de modo a verificar se a hipótese de que não é possível mitigar os direitos e garantias intrínsecos ao devido processo legal se confirma. Por fim, assinala-se que a técnica de pesquisa utilizada é a de documentação direta, através da análise legislativa, e indireta por meio de estudos doutrinários.

1 Advogada. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2020 – 2022). Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2019-2020). Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Penal Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus Londrina. E-mail: aquinomariane2@gmail.com

2 Promotora de Justiça. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: fersoares001@gmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

Palavras-chave: Justiça Penal Negocial; Eficiência; Devido Processo Legal.

Abstract: This paper proposes the approach of the Consensual Criminal Justice in the Brazilian context, which has been applied since Law No. 9,099/95, and had a significant expansion with the non-criminal prosecution agreement, included in the Code of Criminal Procedure through Law No. 13.964/2019, specifically addressing the idea of efficiency, which is inherent to the negotiating perspective, in parallel with due legal process, which is structural pillar of the criminal process. This analysis is necessary to verify the efficient-economic conception in the light of due process of law. To this end, brief considerations about Criminal Law and Criminal Proceedings will be presented in the light of the economic conception, as well as about the Consensual Criminal Justice that is directly related to this conception, and, subsequently, introductory notes regarding due legal process will be presented, so that in the end it is possible to relate it to the perception of efficiency. The present research is based on the hypothetical-deductive approach method, in order to verify if the hypothesis, that it is not possible to mitigate the rights and guarantees intrinsic to the due legal process, is confirmed. Finally, the research technique used is the direct documentation, through legislative analysis, and indirectly through doctrinal studies.

Keywords: Consensual Criminal Justice; Efficiency; The due process of law.

1. Introdução

Diante da expansão dos espaços de oportunidade e consenso na área criminal, seja do ponto de vista internacional ou do direito interno brasileiro, faz-se necessário considerar a Justiça Penal Negocial sob diversos aspectos, a fim de que sua aplicação não venha a destoar dos direitos e garantias já há muito conquistados pelo Direito Penal e Processo Penal. Sendo assim, o presente trabalho aborda, especificamente, a relação entre a eficiência decorrente dos instrumentos negociais penais e o devido processo legal.

Dessa forma, apresentar-se-á notas introdutórias acerca da relação do âmbito penal e processual penal com uma perspectiva de diminuir custos e aumentar benefícios do ponto de vista eficientista-econômico, posteriormente, abordar-se-á noções essenciais sobre a Justiça Penal Negocial e o devido processo legal, para, ao final, abordar a relação deste com a ideia de eficiência inerente ao cenário de negociação. Por fim, pontua-se que o trabalho ora desenvolvido tem como método de abordagem o hipotético-dedutivo e está baseado na técnica de pesquisa de documentação direta e indireta, com análise legislativa e doutrinária.

2. O Direito Penal, o Processo Penal e a eficiência

O Direito Penal, como pontuado por Nilo Batista, vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira[3], prevendo certas condutas como crime e cominando-lhes penas, a fim de, entre outros objetivos, garantir um controle social e proteção dos bens jurídicos mais importantes. Trata-se do ramo mais grave do Direito, seja pela possibilidade de restrição do direito à liberdade, seja pelas marcas que pode deixar naquele que é submetido à uma ação penal, já que sua intrumentalização, através do processo penal, como ensina Francesco Carnelutti, por si só é uma tortura, pois logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho, são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos[4].

A partir de tais apontamentos, sob um exame inicial poder-se-ia considerar que o Direito Penal e o Processo Penal não guardariam relações com as ideias estruturais da ciência econômica no tocante a racionalidade de escolhas a partir da escassez de recursos e necessidade de maximização o bem-estar social. Contudo, tem-se

3 BATISTA, Nilo. Introdução crítica do Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 19.

4 CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Conan: São Paulo, 1995, p. 46.

verificado uma aproximação significativa do Direito Penal com a perspectiva econômica, a contar, por exemplo, do próprio Direito Penal Econômico, que, segundo Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, tem-se que a criminalidade econômica é um tema de marcada utilidade, pela dimensão dos danos materiais e morais que provoca, pela sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, sendo uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada[5]. Daí então, utiliza-se do Direito Penal para criminalizar condutas que possam, segundo Roberto Santiago Ferreira Gullo, no âmbito das relações econômicas ofender ou colocar em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes relacionados com a economia[6].

Ademais, para além da perspectiva do próprio Direito Penal Econômico, a relação com a Economia também se dá a partir da necessidade de buscar atribuir mais eficiência para o contexto criminal. Aliás, tal demanda tem sido aplicada para os mais diversos ramos do Direito, especialmente por meio da Análise Econômica do Direito, que, consoante Ivo Gico, consiste na aplicação do instrumento analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico[7]. Nessa linha, segundo Oksandro Gonçalves e Rafael Moura, o Direito não mais deve se ocupar apenas com os conceitos e paradigmas de justiça, mas com os efeitos concretos das decisões jurídicas, na perspectiva de dar prioridade às decisões mais eficientes[8].

5 DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (organizador). Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 65.

6 GULLO, Roberto Santiago Ferreira. Direito Penal Econômico. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 2.

7 GICO JR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2009, p. 12.

8 GONÇALVES, Oksandro Osdival; MOURA, Rafael Osvaldo Machado. Reflexões sobre os efeitos criminais da Lei Maria da Penha à luz da análise econômica do direito. Revista de Estudos Criminais, v. 15, n. 60, p. 91-114, 2016, p. 94.

Sob esta ótica tem-se considerado a ideia de eficiência que, de acordo com Albert Calsamiglia, é um critério que permite formular propostas normativas de resolução de conflitos[9], para contribuir com a solução de alguns dos problemas enfrentados pelo Judiciário brasileiro, marcado por uma quantidade significativa de processos em tramitação e escassez de recursos. Assim, considerando a eficiência a partir do critério de Kaldor-Hicks, segundo Benjamin Tabak, estará configurada a medida em que da confrontação dos benefícios e custos sociais de uma determinada norma jurídica, por exemplo, que gera benefícios para alguns agentes e custos para outros, tenha-se o benefício total maior em relação aos custos para introdução daquela norma[10]. Dessa maneira, verifica-se também no Direito Penal e Processo Penal a atribuição desta contingência de diminuir custos e aumentar benefícios para se atribuir mais eficiência à persecução penal, o que, evidentemente, há de ser considerado com cautela sob pena de sobreposição de ideais econômicos sobre os jurídicos, cautela esta que se torna ainda mais premente na área criminal.

2. A Justiça Penal Negocial

A partir da perspectiva de atribuição de mais eficiência para a área criminal, a Justiça Penal Negocial tem buscado, com base nos mecanismos de consenso que, segundo Nereu José Giacomolli, aperfeiçoa-se quando ocorre a manifestação volitiva com o mesmo sentido e finalidade, dos dois dolos processuais – acusação e defesa[11], contribuir para que a eficiência seja concretizada. Busca-

9 CALSAMIGLIA, Albert. Justicia, Eficiencia y Derecho. Revista del Centro de Estudios Constitucionalies. Núm. 1, Sepitiembre-diciembre, 1988, p. 306

10 TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito – Proposições Legislativas e políticas públicas. Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas – Ano 52, nº 205, janeiro/março-2015, pp. 321-345, p. 325.

11 GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 72.

se, por meio da negociação, afastar o conflito inerente ao processo penal e introduzir, consoante as lições de Vinicius Vasconcellos, um modelo que se pauta pela aceitação a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão de alguma fase processual, para facilitar a imposição de uma sanção penal com redução, o que caracteriza um benefício em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal[12].

Dessa forma, verifica-se que com o objetivo de abreviação do transcorrer da ação penal ou até mesmo de evitar que esta ocorra em troca de determinados benefícios ao réu, há, claramente, uma aproximação com uma ideia pragmática, utilitária, que busca diminuir consideravelmente o número de ações penais, facilitar as investigações, e realocar recursos para persecuções nos casos mais complexos, e em certas situações até mesmo atingir um retorno econômico significativo para os cofres públicos a partir de acordos que preveem o ressarcimento dos danos causados.

Nota-se que no contexto brasileiro há algum tempo tem-se buscado implementar os aparatos negociais, pois a Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, inaugurou a previsão da transação penal e da suspensão condicional do processo, típicos instrumentos que visam evitar o transcorrer completo de uma ação penal a partir do preenchimento de determinados requisitos, que levarão a extinção da punibilidade daquele que cumprir as medidas estabelecidas no negócio firmado com o Ministério Público. Outro instrumento negocial importante no Brasil é a colaboração premiada, que segundo o artigo 3º-A da Lei nº 12.850/2013, é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesses públicos, em que, de acordo com Walter Barbosa Bittar, o delator deverá colaborar com as autoridades legais, produzindo os resultados

12 VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 55.

previstos nos incisos do artigo 4º da referida lei, recebendo, por isso, beneplácitos acordados[13].

Além de tais instrumentos, a Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como "Pacote Anticrime", ampliou os espaços de negociação e consagrou uma perspectiva de eficiência no contexto criminal com a previsão do acordo de não persecução penal, que conforme explica Leonardo Schmitt de Bem, é uma solução alternativa com o fim de proporcionar celeridade na resolução de casos menos graves, a margem de uma sentença condenatória[14]. O artigo 28-A do Código de Processo Penal, aqui sucintamente resumido, prevê requisitos para que o Ministério Público ofereça o referido acordo, que evitará a propositura da ação penal, e após cumpridas as medidas impostas levará a extinção da punibilidade do sujeito.

Veja-se, portanto, que a aproximação do Direito Penal e Processo Penal com uma perspectiva de eficiência a partir do ponto de vista econômico já é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, que com os mecanismos negociais supracitados visa diminuir custos e aumentar benefícios diante da escassez de recursos que permeia, também, a Justiça Criminal. À vista disso, é preciso considerar a Justiça Penal negocial a partir dos direitos, garantias e princípios que constituem a base estrutural da área criminal, pois, embora a ideia de eficiência seja importante não pode resultar com uma ruptura do que já se conquistou até aqui para um processo penal democrático e garantista.

3. O devido processo legal

Tendo em vista a nova perspectiva que vem sendo aplicada no âmbito criminal a partir da Justiça Penal Negocial, faz-se necessário tecer breves considerações acerca do devido

13 BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada: direito, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 53.

14 BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. Acordo de não persecução penal. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 171.

processo legal, para, seguidamente, examiná-lo com base na ideia eficiência, que, como visto, é inerente à negociação penal. Assim, considerando a importância de limitação do poder punitivo do Estado, o devido processo legal, com as suas garantias, constitui importante ferramenta para evitar o arbítrio e para que a resposta estatal seja proferida de acordo com parâmetros internacionais de direitos humanos, os constitucionais e legais.

Tem-se como base embrionário do devido processo legal, ainda que sob uma perspectiva apenas formal, a Magna Carta de 1215, que previa em seu artigo 39 que nenhum homem livre seria detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, se não mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país. Já sob o ponto de vista de direito humano no cenário interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, prevê diversos direitos e garantias que devem ser observados no decorrer de uma ação penal, tal qual a Constituição Federal que em seu artigo 5º, inciso LIV, dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Destarte, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes, em sua origem histórica a ideia do devido processo está associada à proteção da liberdade e, dessa forma, à noção de legalidade, de maneira que qualquer restrição à liberdade somente pode ser realizada mediante processo e julgamento previamente definidos em lei, tendo sido desenvolvida em diversas ordens constitucionais e incorporada ao conjunto de axiomas fundamentais do constitucionalismo contemporâneo[15]. À vista disso, constata-se que a intervenção estatal na liberdade e bens do sujeito depende de um processo desenvolvido a partir das previsões legais, o que constitui, evidentemente, uma garantia ao sujeito de que não será submetido à interferências arbitrárias, e que as restrições aos seus

15 MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p.429.

direitos decorrerão de procedimentos previamente estabelecidos no âmbito legal.

Ainda segundo as lições de Gilmar Ferreira Mendes, é no âmbito das garantias do processo que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias, assim cogita-se o devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, (2) direito ao juiz natural, (3) a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica, entre outros[16].

Destaca-se também os apontamentos de Eugênio Pacelli, que acentua que o devido processos penal constitucional busca realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes, e que o processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio[17].

Desta maneira, depreende-se a relevância do devido processo legal no tocante a concretização dos direitos e garantias mais importantes para que o processo penal ocorra em respeito aos ditames do Estado Democrático de Direito que, segundo Luigi Ferrajoli, é aquele em que o poder estatal está ligado à legalidade e vinculado aos direitos e garantias fundamentais[18]. Conclui-se que o devido processo legal constitui indispensável previsão para salvaguarda e segurança jurídica daquele que sofre uma imputação criminal que poderá resultar em marcas irreversíveis e restrições de direitos.

16 MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 431.

17 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2020, p. 08.

18 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 91.

4. A eficiência e o devido processo legal.

É sabido que a Justiça Penal Negocial pode contribuir para resultados mais úteis e produtivos na esfera jurídica, principalmente porque a Administração da Justiça não dispõe dos recursos suficientes para respostas tempestivas e satisfatórias em relação aos conflitos que chegam até o Poder Judiciário, de modo que aplicar mecanismos que priorizem o consenso e evitem a multiplicação de atos processuais, é uma forma de atribuir mais eficiência, no sentido de diminuir custos e aumentar os benefícios através da negociação. Sendo assim, considerando a negociação na área criminal a partir de uma perspectiva eficientista-econômica poderá contribuir para melhor alocação de recursos e até mesmo para a recuperação de ativos aos cofres públicos.

Entretanto, não se pode desconsiderar que na área criminal, como já apontado, o Estado utiliza de meios graves para reprimir os delitos e com isso pode atingir os direitos mais importantes aos cidadãos, daí então há de ser observar toda base estrutural construída ao longo da história do Direito Penal e Processo Penal, no tocante os direitos, garantias e princípios que possam assegurar ao investigado/réu um processo legal do ponto de vista dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e, igualmente, com a observação dos direitos fundamentais e das disposições legais do direito interno.

Caso contrário, consagrar-se-á um sistema que visa apenas a eficiência e flexibiliza o devido processo legal com os direitos e garantias que lhes são inerentes, o que estaria de encontro com as críticas do jurista alemão Bernd Schünemann ao sistema americano, no sentido de que seria exercida sobre o acusado uma pressão [para a aceitação dos acordos] o que é intolerável sob o ponto de vista do Estado de Direito[19]. Dessa forma, tem-se que, de acordo com Flávio da Silva Andrade, a consensualização na esfera

19 SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 253.

processual penal favorece a administração da justiça criminal, mas só é aceitável se harmonizada com os princípios clássicos do processo penal e com os direitos do acusado, de modo que se possa conjugar os ideais do garantismo[20].

À vista disso, conclui-se que embora seja importante e necessário ter em conta o critério da eficiência e os instrumentais econômicos para avaliar institutos e normas jurídicas, inclusive na área criminal, não se pode ignorar ou mitigar o devido processo legal, composto por tantos outros direitos e garantias limitadores do poder punitivo estatal e indispensáveis para que os institutos negociais e os papéis reservados aos envolvidos na negociação ocorram de acordo com as previsões fundamentais para que as medidas impostas pelo Estado não sejam arbitrárias.

5. Considerações finais

Tendo em vista os problemas enfrentados pelo Judiciário brasileiro, em relação, por exemplo, aos custos, a quantidade de processos e a falta de recursos, os mecanismos negociais podem contribuir para soluções mais eficientes sob o ponto de vista econômico e estrutural. Entretanto, a aplicação da negociação na área criminal tem que ser feita com muita cautela, pois se está lidando com os direitos mais elementares da pessoa submetida à uma investigação e/ou ação penal.

Desse modo, embora pretenda-se que o conflito dê espaço para o consenso, permitindo que o Ministério Público e o réu possam negociar, para que juntos possam determinar as medidas a serem cumpridas, que serão por si só, bem como seus efeitos, mais benéficos do que aqueles decorrentes da aplicação de uma pena, há limites constitucionais e legais que devem ser estritamente respeitados no sentido de não flexibilizar direitos fundamentais penosamente conquistados.

20 ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 38-39.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica do Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. Acordo de não persecução penal. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada: direito, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Conan: São Paulo, 1995.

CALSAMIGLIA, Albert. Justicia, Eficiencia y Derecho. Revista del Centro de Estudios Constitucionalies. Núm. 1, Sepitiembre-diciembre, 1988.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (organizador). Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GICO JR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; MOURA, Rafael Osvaldo Machado. Reflexões sobre os efeitos criminais da Lei Maria da Penha à luz da análise econômica do direito. Revista de Estudos

Criminais, v. 15, n. 60, p. 91-114, 2016.

GULLO, Roberto Santiago Ferreira. Direito Penal Econômico. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito – Proposições Legislativas e políticas públicas. Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas – Ano 52, nº 205, pp. 321-345, janeiro/março 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.

O acesso à educação para garantia da dignidade das futuras gerações, nos termos da Agenda 2030

Access to education to guarantee the dignity for future generations under the 2030 Agenda

Gabriela Soldano Garcez[1]

Sumário: introdução. 1. O princípio da solidariedade intergeracional: o direito das futuras gerações. 2. Educação para a sustentabilidade: educar em busca da conscientização. 3. Ods 4, da Agenda 2030: educação de qualidade como mecanismo de garantia do direito humano ao meio ambiente e desenvolvimento susutentável.

Resumo: O presente artigo visa analisar a educação ambiental como requisito essencial para a manutenção dos níveis adequados do meio ambiente pelas presentes gerações, de modo a garantir que aqueles que ainda virão tenham também qualidade ambiental e dignidade da pessoa humana, tendo em vista a necessidade da percepção de que é preciso aprender a agir de modo responsável desde já, pois as ações das atuais gerações podem ter implicações diretas no futuro da qualidade ambiental. Por isso, a educação para o desenvolvimento sustentável apresenta-se como a forma capaz de mudar o modo de agir e pensar em relação ao meio ambiente, visando defender e protegê-lo para o alcance de um futuro verdadeiramente sustentável, ao inserir no ensino e na aprendizagem (em todos os níveis) a capacitação adequada para a sustentabilidade. Para tanto, através de análise de referencial bibliográfico, feita por método crítico-dedutivo, este artigo aborda, primeiramente, o princípio da solidariedade integeracional, de modo a demonstrar a importância de uma atuação adequada e sustentável pelas presentes gerações para que as futuras tenham qualidade de vida. Após, avalia a educação para o desenvolvimento sustentável, a fim de apontar o seu papel essencial na sadia qualidade de vida das futuras gerações, com base nos termos

1 Pós-doutora pela Universidade Santiago de Compostela/Espanha. Doutora em Direito Ambiental Internacional, pela Universidade Católica de Santos. Professora permanente do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu (mestrado e doutorado) da Universidade Católica de Santos – Brasil. Email: gabrielasoldano@unisantos.br

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável de nº. 4, da Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas.

Palavras-Chave: Educação; Futuras gerações; Solidariedade; Desenvolvimento Sustentável; Meio Ambiente.

Abstract: This article aims to analyze environmental education as an essential requirement for the maintenance of adequate levels of the environment by the present generations, in order to guarantee that those who are yet to come also have environmental quality and human dignity, in view of the need for perception that it is necessary to learn to act responsibly now, as the actions of current generations can have direct implications for the future of environmental quality. Therefore, education for sustainable development presents itself as a way to change the way of acting and thinking in relation to the environment, aiming to defend and protect it in order to achieve a truly sustainable future, by inserting in teaching and in learning (at all levels) adequate training for sustainability. For this, through bibliographic reference analysis, made by a critical-deductive method, this article, at first, addresses the principle of integral solidarity, in order to demonstrate the importance of an adequate and sustainable performance by the present generations so that the future ones have quality of life. Then, it evaluates education for sustainable development, in order to point out its essential role in the healthy quality of life of future generations, based on the terms of the Sustainable Development Goal 4, of the 2030 Agenda, of the United Nations.

Keywords: Education; Future generations; Solidarity; Sustainable development; Environment.

Introdução

A educação deve ser tratada como um dos pilares essenciais para a democracia participativa, mas também como um instrumento de obtenção de consciência da necessidade de proteção da qualidade ambiental para as presentes e futuras gerações, conforme o artigo 225, caput, da Constituição brasileira de 1988, bem como de diversos instrumentos internacionais de proteção deste direito humano e fundamental essencial à dignidade da pessoa humana (como é o caso da Declaração de Estocolmo/1972; Declaração

do Rio de Janeiro/1992; entre outros documentos internacionais de suma importância, bem como brasileiros como, por exemplo, a Política Nacional do Meio Ambiente; a Política Nacional de Educação Ambiental; Lei de Crimes Ambientais, entre outros).

Isso ocorre porque, a educação é o mecanismo que visa conscientizar as presentes gerações acerca da imprescindibilidade de proteção das normas ambientais para manutenção dos níveis de qualidade ambiental das futuras gerações, que, assim, poderão viver um ambiente que possibilite uma vida digna e saudável, além de sustentável. Percebe-se que, a educação é a força motriz da dignidade das futuras gerações.

Nesta linha de raciocínio, o presente artigo vida abordar, através de análise de referencial bibliográfico (feito por meio de método crítico-dedutivo), primeiramente, o princípio da solidariedade intergeracional, trazendo a teoria formulada por Edith Brown Weiss. Em seguida, analisa o papel da educação para a equidade intergeracional, apontando a responsabilidade de educar as presentes gerações a fim de garantir meio ambiente ecologicamente equilibrado para aqueles que ainda virão, num verdadeiro sentido ético entre gerações, formando cidadania ambiental participativa e conscientização.

Por fim, indica o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 4, da Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas (ONU) como a mola propulsora do comprometimento e da responsabilidade na manutenção dos níveis ambientais adequados pelas presentes gerações, para que as futuras possam desfrutas de qualidade de vida.

1. O princípio da solidariedade intergeracional: o direito das futuras gerações

O Direito Ambiental brasileiro é pautado pelo princípio da solidariedade intergeracional, contido no caput, do artigo 225,

da Constituição Federal de 1988, que prescreve o dever de preservação do meio ambiente deve ser realizado tendo em mente tanto as presentes, quanto as futuras gerações.

Trata-se de um princípio da ética (além de um elo de solidariedade e fraternidade) entre as gerações, um verdadeiro pacto entre a atual geração com as futuras, vez que os recursos existentes devem ser utilizados pelas atuais gerações de modo a garantir um padrão de qualidade compatível para as futuras gerações[2], mantendo, dessa forma, as bases de uma sadia qualidade de vida para aqueles que ainda virão, pois "a solidariedade, como valor natural cultivado, é fonte para a ética e para o Direito"[3].

Isso porque, o princípio da solidariedade intergeracional visa "obrigar as gerações presentes a incluir como medida de ação e de ponderação os interesses das gerações futuras"[4], pois, para a adequada efetividade das normas ambientais, o uso dos recursos devem ser feitos em níveis que não comprometem as atividades que ainda serão desenvolvidas pelas futuras gerações.

O que está em perfeita consonância com a disposição do Princípio nº. 1, da Declaração de Estocolmo (de 1972, que, vale dizer, inspirou toda a construção do capítulo de proteção ambiental da Constituição Federal de 1988, a primeira constituição brasileira a mencionar de forma literal a expressão "meio ambiente", e a garantir esse direito indisponível como um "bem comum do povo" e "essencial à sadia qualidade de vida", conforme preconiza o artigo 225, caput), que, em seu texto, reconhece que o direito das futuras gerações está intimamente ligado a responsabilidade das atuais com o equilíbrio ambiental e com a manutenção da qualidade do meio ambiente: "O homem [...] tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio [ambiente] para as gerações presentes e futuras".

2 PADILHA, Norma Sueli. Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 186.

3 MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.260.

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 8.

É, portanto, um direito transgeracional, uma vez que extrapola os direitos das presentes gerações para alcançar aquelas que ainda virão (além de ser um direito transnacional[5]), criando um elo de solidariedade pela qualidade ambiental.

Neste sentido, Edith Brown Weiss (professora da Universidade de Georgetown – Washington/ EUA, desde 1978, e, nome referência na área de Direito Ambiental Internacional) escreveu, em 1989, um estudo encomendado pela Organização das Nações Unidas[6] (que serviu de marco teórico para diversos trabalhos publicados desde então sobre a temática), onde explora a ideia de que o desenvolvimento econômico provoca mudanças ambientais globais de longo prazo, que levantam questionamentos que se estendem por mais de uma geração, bem como que os atuais instrumentos econômicos tentam satisfazer as necessidades da geração presente de forma eficiente, mas são insuficientes para lidar com as questões de igualdade com as gerações futuras, criando, assim, uma teoria sobre a equidade intergeracional (que é, até o momento, uma das teorias mais difundidas sobre o assunto relativo ao Direito Ambiental Internacional)[7].

A teoria de Edith Brown Weiss afirma que as gerações futuras têm direitos, entretanto tais direitos somente podem ser usufruídos com significado se os vivos respeitá-los, ou seja, a sustentabilidade somente é possível de ser implementada se olharmos para os

5 As questões de Direito Ambiental são também conhecidas pela característica de "transnacionalidade", porque os sistemas e ecossistemas não se enquadram perfeitamente em fronteiras físicas pré-estabelecidas de modo geopolítico pelos países. Tome-se, como exemplo, as questões de desastres ambientais (como derramamento de óleo e emissão de poluentes). Isso ocorre porque, o direito ao meio ambiente conecta as pessoas ao redor do globo, recontextualizando suas relações, formando uma nova realidade estrutural em relação a necessidade de cooperação em prol da proteção e defesa do meio ambiente.

6 WEISS, Edith Brown. In fairness to future generations: international law, common patrimony, and intergenerational equity. Tokyo: United Nations University, 1989.

7 Cf. WEISS, Edith Brown. Intergenerational equity: a legal framework for global environmental change. In WEISS, Edith Brown (org.). Environmental change and international law: New challenges and dimensions. Tokyo: United Nations University, 1992.

recursos naturais como uma relação de confiança, em que há direitos e responsabilidades. Há, assim, uma relação de igualdade e de parceria entre gerações, que exige que cada geração passe o planeta sem qualquer condição pior do que o recebeu e forneça o acesso equitativo aos recursos e benefícios para as futuras gerações.

Dessa forma, três princípios básicos formam a equidade mencionada: a) conservação de opções: cada geração deve manter a diversidade de recursos naturais e culturais, de modo a não restringir indevidamente as opções futuras.; b) conservação da qualidade: manutenção da qualidade do planeta para que este não seja repassado em condições piores do que foi recebido. Estes dois primeiros princípios abordam a igualdade intergeracional (entre gerações); c) conservação de acesso: os direitos equitativos de acesso aos recursos devem ser garantidos aos membros de cada geração igualmente. É certo que, este último princípio, por sua vez, trata diretamente da igualdade intrageracional (dentro da mesma geração). [8]

Esse entendimento está assentado, ainda, na Declaração sobre as Responsabilidade das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras (de 1997, formulada durante a Conferência Geral da Unesco na 29ª sessão), ao afirmar que as gerações presentes devem estar plenamente conscientes de suas responsabilidades, juntando "esforços em prol do desenvolvimento sustentável" ao "preservar condições de vida, qualidade e integridade do meio ambiente" para as futuras gerações (conforme teor do artigo 5º, da Declaração mencionada), além de "considerar possíveis consequências para as gerações futuras de grandes projetos, antes de esses serem executados". [9]

Dessa forma, como a qualidade ambiental é elemento

8 Ibid.

9 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIENCIA E A CULTURA (UNESCO). Declaração sobre as Responsabilidade das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras. 1997. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000110827_por>. Acesso em: 10 dez. 2020.

fundamental para um completo bem-estar, caracterizador de uma vida digna e saudável, as futuras gerações dependem da conscientização das presentes gerações, para que possam desfrutar de condições mínimas ensejadoras de uma vida digna, vez que não possuem (ainda) voz ativa (ou representação processual). O que também está proclamado no Princípio 3, da Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, que prevê a implementação deste compromisso com as futuras gerações no contexto do desenvolvimento sustentável, uma vez que sustenta que o direito ao desenvolvimento deve ser "exercido de tal forma que responda equitativamente às necessidades de desenvolvimento e ambientais das gerações presentes e futuras"[10].

Por conta disso, é indispensável a edificação de relações cooperativas e colaborativas entre os membros da comunidade, incluindo-se o setor público ou privado, através do diálogo produtivo, a fim de conscientizar a respeito dos direitos e deveres de cada cidadão, o que, em última análise, favorece a concepção de uma transformação positiva na sociedade, tendo em vista que, através dessa transformação, cada indivíduo terá a possibilidade de deixar de pensar somente no individual para pensar no benefício coletivo, no bem estar social.

Ou seja, através do desenvolvimento de atitudes e comportamentos para a paz e respeito mútuo, os indivíduos podem passar a buscar formas de sustentabilidade e manutenção dos níveis ambientais de qualidade, além de pacificação permanente (ao permitir a identificação e o entendimento das diferenças para com o outro), o que incentiva as partes a viabilizar, através de processos inclusivos, resilientes e sustentáveis de cooperação e reconhecimento do papel de cada cidadão, alternativas viáveis de eficiência e eficácia da solidariedade intergeracional.

Essa gestão participativa (promovida por meio da construção

10 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/rio92.htm>. Acesso em: 11 dez. 2020.

colaborativa por meio de instrumentos da governança) estimula o envolvimento ativo dos cidadãos e o desenvolvimento de um processo democrático, além de promover a inclusão social, e, pode ser implementada por meio da educação para a sustentabilidade.

2. Educação para a sustentabilidade: educar em busca da conscientização

A Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras afirma ser tarefa das presentes gerações proteger as necessidades e os interesses das gerações futuras, particularmente por meio da educação para a sustentabilidade, uma vez que a "educação é instrumento importante para o desenvolvimento das pessoas e das sociedades" (artigo 10)[11].

Neste sentido, a Declaração de Estocolmo, de 1972, já registrava a importância da educação ambiental para a conscientização das responsabilidades socioambientais da população, no Princípio 19: "É indispensável um esforço para a educação em questões ambientais, dirigida tanto às gerações jovens como aos adultos [...]".

A educação trata-se, assim, de um princípio primordial e um objetivo essencial a ser perseguido nas políticas públicas relacionadas ao meio ambiente e à proteção da qualidade de vida e de dignidade. Pois, a educação é o processo por meio do qual "o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente" (conforme artigo 1º, da Política Nacional de Educação Ambiental – Lei n º. 9795/99[12]), evidenciando o caráter social da educação para a sustentabilidade, bem como

11 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIENCIA E A CULTURA (UNESCO). Op. cit.

12 BRASIL. Lei nº. 9795/1999 – Política Nacional de Educação Ambiental. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9795.htm>. Acesso em: 18 dez. 2020.

a exigência de uma visão holística, articulada durante todo o percurso formativo educacional, interdisciplinar e integrada para a efetiva gestão protetiva do meio ambiente, voltada à sensibilizar a coletividade "sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente" (artigo 13, da Política Nacional de Educação Ambiental[13]).

Dessa forma, a educação torna-se um instrumento indispensável para a preservação dos níveis de qualidade ambiental das futuras gerações, ao permitir a criação do desenvolvimento de compreensão, consciência e responsabilização da população acerca do tema, além de estimular a participação crítica e permanente.

Nada mais é do que um elemento de cidadania ativa, que forma valores éticos para a conscientização e atuação das pessoas com ações mais positivas, inclusivas, resilientes e sustentável com relação ao meio ambiente. Estimula, portanto, uma ética planetária e entre gerações, visando conduzir a um futuro (verdadeiramente) sustentável, pois para prevenir de maneira adequada é necessário conscientizar, o que somente pode ser feito através da educação para a sustentabilidade.

> A educação, que é o alicerce do Estado Democrático de Direito, (...) é um processo em que se busca despertar a preocupação individual e coletiva para a questão ambiental, garantindo o acesso à informação em linguagem adequada, contribuindo para o desenvolvimento de uma consciência crítica e estimulando o enfrentamento das questões ambientais e sociais.[14]

Uma ação educativa duradoura voltada às questões da sustentabilidade possibilita a consciência da realidade ambiental global, o que tem o potencial de modificar a relação dos homens com a natureza, bem como os problemas e as consequências derivados desta relação. Criando, assim, condições de dignidade

13 Ibid.

14 SILVA JUNIOR, Ivanaldo Soares da. A educação ambiental como meio para a concretização do desenvolvimento sustentável. In Revista de Direito Ambiental. Ano13, nº. 50, abril/junho de 2008. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 108.

para as atuais gerações, mas também salvaguardando condições de vida favoráveis para aquelas que ainda virão, o que está em plena consonância com o disposto no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº. 4, da Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas (ONU).

3. ODS 4, da Agenda 2030: educação de qualidade como mecanismo de garantia do direito humano ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável

A Agenda 2030, da ONU, foi proposta, em 2015, para refletir os desafios atuais da globalização e da Sociedade do Risco[15], com o propósito de buscar alcançar a dignidade para todos através de programas, diretrizes e metas do desenvolvimento sustentável.

Com o título de "Transformar o nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável", adotada por meio da Resolução 70/I, da Assembleia Geral da ONU[16], firma um novo compromisso dos países signatários para a erradicação da pobreza, proteção ambiental, igualdade de gênero, prevenção de doenças, educação universal, crescimento econômico inclusivo e boa governança, através de 17 Objetivos (subdivididos em 169 metas), que funcionam como mecanismos de orientação da cooperação internacional pelos próximos 15 anos (tendo em vista que a Agenda 2030 tem vigência até o ano de 2030).

Dentre tais Objetivos, encontra-se o de nº. 4, que trata de: "Educação de qualidade", e, enxerga como "fundamental a promoção de educação inclusiva, igualitária e baseada nos princípios de direitos humanos e desenvolvimento sustentável"[17],

15 BECK, U. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Editora 34, São Paulo, 2011.

16 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral de 25 de setembro de 2015. A/70/L.1. Disponível em: <https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

17 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 4: "Educação de Qualidade". Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/ods/4/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

principalmente no que se refere, para o teor deste artigo, na meta 4.7, que visa "garantir que todos os alunos adquiram conhecimentos e habilidades necessárias para promover o desenvolvimento sustentável, inclusive, entre outros, por meio da educação para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida sustentáveis (...)".

Percebe-se, portanto, que a educação passa a ser requisito essencial e mecanismo de implementação de um verdadeiro desenvolvimento sustentável, pois somente através dela é que cada cidadão poderá ressignificar sua relação com o meio ambiente, passando a adotar padrões de atividades e atitudes mais sustentáveis.

Considerações finais

Diante de todas as conclusões levantadas neste artigo, é de fácil interpretação de que, ao alçar o meio ambiente ecologicamente equilibrado a condição de direito humano e fundamental, o princípio da solidariedade intergeracional ganha outros relevos, pois passa a ter papel essencial na sadia qualidade de vida das futuras gerações, impondo (não só ao Poder Público) à coletividade (atual geração) o dever de defendê-lo e preservá-lo, oferecendo condições de vida favoráveis para aqueles que ainda virão.

O instrumento que efetiva essa realidade intergeracional (e também intrageracional, uma vez que preconiza, ainda, a necessidade de acesso equitativo dentro da mesma geração) é a educação para a sustentabilidade, traduzida numa educação de qualidade a respeito do direito ao desenvolvimento (inclusivo, resiliente e sustentável), nos termos do ODS 4, da Agenda 2030, da ONU, vez que permite o conhecimento a respeito das questões ambientais, conscientizando, num processo evolutivo e contínuo de construção de valores éticos a respeito do meio ambiente, que são imprescindíveis para uma verdadeira sociedade sustentável, que reprimirá a degradação e mitigará as consequências nocivas

de ações para a atualidade e de forma intergeracional, garantindo dignidade para as presentes e futuras gerações.

Referências bibliográficas

BECK, U. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Editora 34, São Paulo, 2011.

BRASIL. Lei nº. 9795/1999 – Política Nacional de Educação Ambiental. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9795.htm>. Acesso em: 18 dez. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1996.

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/rio92.htm>. Acesso em: 11 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral de 25 de setembro de 2015. A/70/L.1. Disponível em: <https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 4: “Educação de Qualidade”. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/ods/4/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIENCIA E A CULTURA (UNESCO). Declaração sobre as Responsabilidade das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras. 1997. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000110827_por>. Acesso em: 10 dez. 2020.

PADILHA, Norma Sueli. Fundamentos constitucionais do direito

ambiental brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVA JUNIOR, Ivanaldo Soares da. A educação ambiental como meio para a concretização do desenvolvimento sustentável. In Revista de Direito Ambiental. Ano13, nº. 50, abril/junho de 2008. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

WEISS, Edith Brown. In fairness to future generations: international law, common patrimony, and intergenerational equity. Tokyo: United Nations University, 1989.

WEISS, Edith Brown. Intergenerational equity: a legal framework for global environmental change. In WEISS, Edith Brown (org.). Environmental change and international law: New challenges and dimensions. Tokyo: United Nations University, 1992.

Surveillance pedagógica: a gestão dos indesejáveis pela escola

Pedagogical surveillance: the school managing the undesirable

José Luís Ferraro[1]

Augusto Jobim do Amaral[2]

Sumário: 1. Educação e biopolítica; 2. Sociedade disciplinar e de controle. 3. dispositivos de segurança; 4. Surveillance pedagógica; 5. Considerações finais.

Resumo: Ao considerarmos o campo educacional como lócus de relações de governamento que se exercem a partir do currículo como dispositivo biopolítico, bem como a normalização – produto de estratégias educativas essenciais às relações pedagógicas –, é possível evidenciar o agenciamento educação-segurança. Assim, entendemos que o debate que envolve a problemática educativa, corresponde à securitária. Nesse sentido, o presente ensaio aborda a surveillance pedagógica como ferramenta de gestão dos indesejáveis pela escola – compreendendo-os como sujeitos e/ou situações que fogem à norma estabelecida no interior das instituições de ensino – a partir de dispositivos e tecnologias de segurança específicos. Identificam-se, então, quatro os pilares securitários que passam a operar em diferentes níveis: (I) a ocupação do espaço escolar; (II) o ensino e a aprendizagem; (III) o compartilhamento do processo educativo e; (IV) o ethos no ambiente escolar. Ao tomá-los como objetos de análise e discussão, esboçamos sua relevância na orientação para a tomada de decisão por parte dos gestores escolares, além de evidenciarmos o hibridismo que permeia a organização destas instituições que dispõem de elementos típicos que remontam à organização das sociedades disciplinares e de

1 José Luís Ferraro é Doutor em Educação e Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Atua como professor permanente nos Programas de Pós-Graduação em Educação e Educação em Ciências e Matemática da PUCRS. E-mail: jose.luis@pucrs.br

2 Augusto Jobim do Amaral é Doutor em Altos Estudos Contemporâneos pela Universidade de Coimbra (Portugal) e em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Atua como professor permanente nos Programas de Pós-Graduação em Ciências Criminais e Filosofia da PUCRS. E-mail: augusto.amaral@pucrs.br

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

controle. Logo, a surveillance pedagógica como ferramenta de gestão de corpos, comportamentos e acontecimentos na escola, se expressa entre dois paradigmas sociais – panóptico e pós-panóptico.

Palavras-chave: surveillance; biopolítica; dispositivos de segurança; educação.

Abstract: Considering the educational field as the locus of government relations that are exercised from the curriculum as a biopolitical dispositif, as well as normalization – product of educational strategies essential to pedagogical relations –, it is possible to highlight education-security agency. Thus, we understand that the debate that involves education, corresponds to security. In this sense, the present essay approaches pedagogical surveillance as a tool for the management of undesirables by school – understanding them as subjects and/or situations that deviate from the established norm within educational institutions – from specific security dispositifs and technologies. Thus, four security pillars are identified that operate at different levels: (I) the school space occupation; (II) teaching and learning; (III) the sharing of the educational process and; (IV) school environment ethos. By taking them as objects of analysis and discussion, we outline their relevance in the orientation for decision making by school managers, in addition to showing the hybridism that permeates the organization of schools that have typical elements that go back to the organization of disciplinary and control societies. Therefore, pedagogical surveillance as a tool for managing bodies, behaviors and events at school, is expressed between two social paradigms – panoptic and post-panoptic.

Keywords: surveillance; biopolitics; security dispositifs; education.

1. Educação e biopolítica: à guisa de introdução

A pergunta sobre quem reproduz quem – se é a escola que reproduz a sociedade, ou se é a sociedade que reproduz a escola – é um clássico das aulas de sociologia da educação, servindo para problematizar as possíveis relações que se constituem entre ambas. Tende a não ser novidade para os estudantes que a escola, como

microcosmo do campo social, reproduza situações do macrocosmo; afinal, as instituições compõem aquilo que Marx (1987) denominou de superestrutura, tornando-se células de propagação ideológica e, invariavelmente, de relações sociais. Por outro lado, também são perceptíveis os investimentos do campo social em relação ao desejo pela manutenção de uma escola que, exatamente, perpetue determinadas relações no intuito da preservação de um status quo específico. Assim, a relação sociedade/escola se materializa a partir de uma espécie de dialética.

Pierre Bourdieu e Jean-Claude Passeron (2013) – que abordam tal relação a partir da lógica da reprodução – é na escola que aos estudantes são oferecidas experiências semelhantes às reais; sendo, inclusive, papel das instituições escolares como autoridades pedagógicas, o desenvolvimento do que por eles foi referido como habitus secundário. O habitus é o que liga os agentes ao campo social ao qual pertencem, influenciando seus modos de ser, agir e pensar; seus deslocamentos e estratégias no interior deste espaço (BOURDIEU, 1996).

Diferente do habitus primário, desenvolvido na esfera da educação informal – mais especificamente no convívio familiar –, o secundário envolve a dimensão do comum, do público como essencial ao desenvolvimento humano a partir não apenas da experiência de si, mas também do outro (BOURDIEU; PASSERON, 2013). Ao permitir a relação com o outro, diferente de mim, a escola produz-se como lugar da ação política. É no comum que são criadas dinâmicas sociopolíticas e econômicas no interior das quais se desenvolverá a ação humana (DARDOT; LAVAL, 2017a).

Em que pese o conceito de habitus tenha emergido da sociologia bourdiana, Louis Althusser (1980) – de maneira correlata à percepção de Bourdieu – também investe sobre a escola tomando-a como um aparelho ideológico de estado (AIE). Correlata porque também coloca os processos pedagógicos a serviço da reprodução de condutas e estamentos; mas de um tipo

específico que – ao buscar atender as vontades do capital – acaba por materializar uma educação utilitária como produto de uma racionalidade tecnocrata. Trata-se de sua instrumentalização como efeito da supervalorização do conhecimento técnico para que as engrenagens sociais continuem em movimento: é a produção em favor da reprodução.

Assim, a escola como AIE não age reprimindo como outros aparelhos de estado, mas subjetivando pela inculcação de uma série de discursos/práticas epistêmico-sociais que irão orientar para além da atuação dos sujeitos – seja na esfera do comum ou de suas vidas privadas – a reprodução das condições materiais da reprodução social: aquilo que garantirá a continuidade de um processo pedagógico associado às vontades do capital.

Na medida em que se evidencia tal dialeticidade entre escola e sociedade, uma economia do desejo começa a se capilarizar para o interior do sistema educacional, encontrando na microfísica cotidiana das relações escolares um confortável espaço para fazer valer o seu nomos. Será na figura do currículo – compreendido em sua dimensão polissêmica como a totalidade que envolve a escola e suas adjacências – que um ideal de governo passará a ser expresso em consonância com os investimentos libidinais – como diriam Gilles Deleuze e Félix Guattari (2011) – do campo social sobre a instituição escolar. É nesse sentido que o currículo se converte em um instrumento de condução de condutas – um dispositivo biopolítico na acepção foucaultiana, de operacionalização material de poderes e saberes (FOUCAULT, 2000).

A educação, então, passa a ser percebida em sua dimensão essencialmente biopolítica (ex ducere), o que nos permite colocá-la, invariavelmente, como um problema do governo. Educar a população – como um novo agente político que surge na modernidade – significará para além da inserção de seus indivíduos no interior de um sistema de codificação social, conduzi-los por meio da administração de seus corpos e comportamentos, de seus gestos,

de sua circulação – considerando o meticuloso esquadrinhamento, a cuidadosa racionalização dos espaços-tempo da escola. Trata-se de uma gestão com incontornáveis reflexos para além de seus muros que toma de assalto a gestão da vida de cada indivíduo.

Na medida em que a educação é compreendida na perspectiva do governamento da população, se converte em ação biopolítica. Destarte, é preciso considerar a impossibilidade de sua dissociação da questão securitária. A partir do século XVIII, uma série de tecnologias de poder serão postas em funcionamento no interior daquilo que Michel Foucault (1999) denominou de dispositivos de segurança. É deles que, também, o discurso pedagógico se valerá ao inserir seus processos no interior de uma lógica administrativa, econômica, atuarial. A escola, também será uma instituição que passará a avaliar casos, riscos, perigos e crises no interior da análise do duplo prevenção/repressão.

Nesse sentido, o argumento deste trabalho circunscreve-se ao desejo de fazer ver uma série da dispositivos de segurança que operam no interior da escola para a gestão dos indesejáveis. Trata-se de uma espécie de surveillance pedagógica que se constitui pela associação de dispositivos e tecnologias de segurança, estratégias e técnicas de controle social em diferentes níveis para a manutenção ou (re)inserção dos indivíduos no interior da norma. O objetivo da surveillance pedagógica é sempre a normalização, a minimização das anormalidades; das condições e das condutas desviantes, indesejáveis no espaço escolar.

A normalização como condição a priori da governamentalidade faz da segurança o desejo pela manutenção de um estado de coisas; associando-a a uma determinada ordem por alguém definida. Sob essa perspectiva, a ideia de evidenciarmos uma surveillance pedagógica como aparato biopolítico, em nada mais consiste do que na reafirmação da centralidade do papel da segurança nos processos e práticas curriculares. Ao definir as condições ideais do espaço imperturbável onde habita a tranquilidade da norma, é o

fetiche da segurança que cria nos sujeitos uma espécie de desejo por este lugar.

Os processos de subjetivação na escola conduzem os indivíduos a experiências específicas que aumentam seu desejo pela segurança e seu ambiente de regularidade e certeza; de não surpresas. Se para bem administrar a população é preciso minimizar a escassez e as revoltas, deve-se criar um lugar onde a única promessa seja a segurança. Por ela – para viver neste lugar –, todos aceitam abrir mão de parte de sua liberdade e até mesmo de sua privacidade, submetendo-se sem pestanejar à natureza normativa de seu discurso – que também é o do currículo como manual de governança coletiva. Isso significa a submissão à natureza normativa do discurso do currículo como dispositivo biopolítico, que passa a definir os modos de circulação das pessoas e das coisas nas instituições de ensino.

Uma população sujeitada à força da norma tende a não ser insubmissa, pelo contrário: ela se deixa governar mais facilmente – principalmente pelo medo, pela iminência do risco, do perigo e da crise. Em outras palavras, percebemos que se é um ideal de segurança que determina um modelo de educação, ela também o faz ao determinar um modelo de sociedade. E vice-versa. Ao voltarmos, assim, à dialética inicial entre escola e sociedade intentaremos apresentar a constituição de um modelo de surveillance pedagógica que faz da escola um laboratório do estado securitário, ao subjetivar indivíduos a partir da normalização de práticas de vigilância sob os paradigmas das sociedades disciplinar e de controle.

2. Currículo, segurança e população

Currículo, segurança e população: paráfrase necessária à continuidade da exposição argumentativa que recoloca a segurança como elemento central do debate educacional, articulando-o com formas específicas de governamento da população. É deste tríptico

que se justifica a emergência da surveillance pedagógica, que lança mão tanto de práticas de disciplinamento, quanto de estratégias e tecnologias de informação – produção de (meta)dados – para o controle e a gestão dos indesejáveis no espaço escolar.

Evidencia-se, assim, a escola como instituição híbrida ao ser permeada por elementos tanto da sociedade disciplinar, quanto da sociedade de controle. Há certo anacronismo determinante para este hibridismo: em plena contemporaneidade a escola resiste como instituição predominantemente moderna. Neste sentido, a surveillance pedagógica se expressa por meio de seus dispositivos e tecnologias de segurança entre dois paradigmas sociais – panóptico e pós-panóptico.

A sociedade disciplinar é a marca da escola moderna, é parte de sua gênese. Quando Foucault (1999) a descreve, ressalta a importância das instituições no exercício de um papel fundamental à sua manutenção. Neste contexto, são elas que exercem a vigilância e a normalização, tendo seus espaços previamente planejados – cuja meticulosa arquitetura servirá para uma melhor distribuição dos corpos aos quais serão impostas condutas como resultantes de práticas de correção. O poder disciplinar atua de maneira produtiva, suas intervenções se dão em uma perspectiva anátomo-funcional (FOUCAULT, 1999).

Para tanto, há na sociedade disciplinar a necessidade do enclausuramento. Assim, hospitais, clínicas, asilos, prisões, quartéis e, inclusive, a escola, são compreendidos como instituições totais. Goffman (2008) as define como aquelas que, na era moderna, concentraram três ações básicas do agir humano que tenderiam a ser desempenhadas em diferentes locais: o dormir, o brincar e o trabalhar – ou o descanso, o lazer e o trabalho. No interior das instituições disciplinares, percebe-se a produção de uma realidade própria; a disciplina acaba por produzir um dentro e um fora como condições contrastantes; a captura do sujeito será elemento essencial ao disciplinamento.

A disciplina como tecnologia política visa a extração da eficiência máxima dos corpos a ela submetidos a partir da vigilância hierárquica, da sanção normalizadora e do exame (FOUCAULT, 1999). Para tanto, opera uma segmentação do corpo do indivíduo para assujeitá-lo à norma: torna-o obediente e, assim, dócil. Foucault (1999) refere-se a isso como o binômio docilidade/utilidade: quanto mais dócil um corpo, tanto mais útil ele será, como resultado da ação do poder disciplinar. Esta operação permitirá a distribuição, a organização de uma série de agrupamentos de acordo com a funcionalidade de cada corpo disciplinado. A disciplina como a arte de bem – ou melhor – distribuir. A partir disso, produzem-se assim, rankings e sistemas de classificação, muito comuns de serem observados na própria escola.

Por outro lado, pode-se dizer que a sociedade de controle – que emerge e se consolida a partir da segunda metade do século XX com o incremento das tecnologias – operou uma espécie de desterritorialização do poder relacionado às práticas de vigilância sobre os indivíduos. A captura ou sequestro dos sujeitos pelas instituições típicas da sociedade disciplinar, agora se dá pela introjeção de mecanismos de controle no próprio sujeito, como uma espécie de autovigilância (DELEUZE, 1992).

O indivíduo antes subjetivado no interior de um modelo fabril – como produto do disciplinamento –, agora o será em relação à racionalidade empresarial que o projeta como empreendimento sempre inacabado do capital, sendo levado ao limite da exaustão pelo constante sentimento de tornar-se economicamente útil; pelo excesso de produtividade. Abandona-se a rigidez da formatação disciplinar e investe-se na flexibilidade e modulação (DELEUZE, 1992).

A sociedade de controle opera um desmoronar dos muros como limites das instituições. Não há mais o dentro e o fora, há apenas fora. O normal passa a ser produzido em um espaço aberto e a racionalização disciplinar como a do tempo cronológico,

por exemplo, é observada como algo menos potente por ser considerada menos produtiva. Os sujeitos perdem sua condição individual, sua assinatura, para se tornarem senhas, cifras, códigos de barra (DELEUZE, 1992). Produzem-se virtualidades a partir de mecanismos de controle cada vez mais etéreos, mas, por outro lado, cada vez mais eficientes.

Como efeito disso, na escola, o currículo como dispositivo biopolítico é o próprio lócus dessa hibridização resultante de práticas atinentes às sociedades disciplinar e de controle. Se por um lado, ainda percebemos em sua organização a fragmentação disciplinar, a racionalização dos espaços-tempo, dos gestos e comportamentos – estes como uma espécie de codificação das condutas –, por outro, observa-se uma série de tecnologias cujo intuito é converter os indivíduos em sujeitos capazes de habitar a realidade da sociedade de controle como demanda da contemporaneidade. O discurso do empreendedorismo – que cada vez mais integra a realidade da educação básica – e a promoção do empresariamento de si[3] como forma de pensar-se a si mesmo; o uso de tecnologias e aplicativos educacionais; bem como de tecnologias de vigilância, são a expressão de uma escola que deseja reproduzir as relações sociais do momento presente, impregnadas por um ethos neoliberal.

O que se deseja fazer ver, é o fato de que todas essas práticas giram em torno da noção de segurança. Sob esta lógica, o sujeito que aprende também na escola a pensar como empresa, torna-se objeto de si mesmo quando é levado a crer que deve desenvolver ilimitadamente uma série de habilidades e competências que lhe permitirão ocupar uma melhor posição no mercado de trabalho – produzindo mais e com maior valor agregado; tal qual apregoa a teoria do capital humano (SCHULTZ, 1973). O indivíduo pensa-se a partir da perspectiva da autopromoção infinita e da meritocracia.

3 A ideia de empresariamento de si emerge do conceito de Homo oeconomicus referenciado por Michel Foucault (2008a). Pierre Dardot e Christian Laval exploram a subjetividade empresarial à luz da racionalidade neoliberal em seu livro A nova razão do mundo (2017).

Ainda, considerando a emergência de um modelo educativo securitário, as tecnologias educacionais como os ambientes virtuais de aprendizagem, contribuem sendo capazes de registrar acessos: data, hora e tempo despendido por cada estudante em cada atividade. Por fim, a cibernética também aporta sua importância por meio de tecnologias como câmeras e catracas eletrônicas que armazenam dados sobre a circulação dos mesmos no espaço escolar, produzindo regimes de entradas e saídas. Na sociedade de controle, não se pode pensar a educação dissociada da segurança como modelo de gestão. Os exemplos tratam, em primeiro lugar, de uma segurança de futuro como promessa de resultado, que deverá ser atingida por variadas certificações para um melhor acesso ou colocação no mercado; a seguir, da segurança em relação aos conteúdos onde docentes saberão o quê, exatamente, foi acessado e por quanto tempo; e, por fim, de assegurar um deslocamento seguro e mais produtivo, seja no interior da escola, quanto em suas imediações.

É claro que nem todas as escolas podem lançar mão dos mesmos dispositivos de segurança e de suas tecnologias correlatas. No Brasil há um profundo abismo entre as realidades de escolas de competência administrativa pública – municipal, estadual ou federal – e privada. No entanto, independente de qual escola nos referimos, é possível identificar no interior da diversidade curricular, práticas de vigilância expressas por dispositivos de segurança e suas tecnologias adaptadas às realidades distintas. Independente de quais sejam, é a partir delas que os gestores escolares tomam e fundamentam suas decisões e até mesmo conseguem antecipar acontecimentos por meio da previsão dos riscos (AMARAL, 2010), da predição de comportamentos embasada em dados fornecidos por mecanismos de surveillance. Assim, tentaremos esboçar alguns destes importantes dispositivos que passam a compor a surveillance pedagógica.

3. A surveillance pedagógica: os dispositivos de segurança na escola

Considerando a governamentalidade como uma questão biopolítica (FOUCAULT, 2008a; 2008b), a gestão dos indesejáveis pela escola, invariavelmente, deve ser tratada como um problema de governo. Nesse sentido, a administração das condutas, se dará como efeito da surveillance pedagógica que – ao operar a gestão dos indivíduos no interior do espaço escolar – emerge como um conjunto articulado de dispositivos e suas tecnologias de segurança com vistas à gestão segura de corpos e comportamentos na escola.

A partir de uma análise da realidade das organizações escolares, pode-se identificar quatro grupos de dispositivos de segurança que passam a compor a surveillance pedagógica. Eles correspondem aos dispositivos de (a) distribuição e circulação; (b) pedagógicos; (c) comunicação; e (d) arquivo e inteligência. O (a) dispositivo de distribuição e de circulação preocupa-se com a dispersão dos indivíduos no interior do espaço escolar. Já o (b) dispositivo pedagógico, de um modo geral, relaciona-se ao currículo em termos de processos de ensino e aprendizagem. O (c) dispositivo de comunicação, por sua vez, pauta os meios de comunicação no interior – e para o exterior – da escola; e o (d) dispositivo de arquivo e inteligência, ocupa-se dos registros, da memória e do monitoramento do comportamento dos indivíduos em espaços reais e virtuais. Trata-se da promoção da segurança em quatro níveis de produção de informação: do lugar/deslocamento; do currículo; da comunicação; e do registro.

O (a) dispositivo de distribuição e de circulação é composto por (a.1) tecnologias de automação, que trata de sistemas cibernéticos – câmeras e catracas eletrônicas – que monitoram o deslocamento dos estudantes; (a.2) tecnologias de vigilância funcional, fundada na ação humana – orientadores e auxiliares de disciplina; vigilantes da escola; e (a.3) tecnologias de ação pedagógica, de ordem metodológica e relacionadas à microfísica

das relações escolares e correspondem a critérios de seleção de estudantes para a composição das turmas e do espelho de classe como racionalização da organização da sala de aula.

O (b) dispositivo pedagógico, traz consigo (b.1) tecnologias digitais, como ambientes virtuais e aplicativos relacionados à aprendizagem; (b.2) tecnologias curriculares, relacionadas à flexibilização curricular, metodologias, avaliação, escolha de materiais didáticos e ao regimento escolar como mecanismo jurídico-penal, considerando a possibilidade de medidas socioeducativas; e (b.3) tecnologias de formação, que tratam da formação de docentes, equipes pedagógicas e demais funcionários da escola.

O (c) dispositivo de comunicação subdivide-se em (c.1) tecnologias tradicionais de comunicação – as reuniões promovidas pela escola seja com as famílias, ou reuniões de professores e demais membros de equipes pedagógicas, bem como os pareceres descritivos e os boletins entregues às famílias; e (c.2) tecnologias digitais de comunicação, que correspondem às comunicações com as famílias ou entre profissionais da escola que envolvam o uso de e-mail, aplicativos de conversa, o envio de SMS ou, até mesmo, por meio de ambientes virtuais de aprendizagem.

Por fim, o (d) dispositivo de arquivo e inteligência apresenta (d.1) tecnologias de arquivo, referentes aos históricos escolar e de ocorrência disciplinar, ao caderno de chamada e às atas de reuniões ou conselhos de classe; e (d.2) tecnologias de inteligência por meio do monitoramento de redes sociais de estudantes e de suas interações nos sítios, redes sociais e outros canais oficiais relacionados à escola na internet. A partir disso, desenha-se o arquétipo da surveillance pedagógica associada ao controle biopolítico na escola.

Todos estes dispositivos operam a partir de tecnologias securitárias no sentido de maximizar as experiências positivas da comunidade escolar tomada como população, minimizando as insatisfações que podem levar à insubmissão e à sublevação como

revolta frente ao sistema educacional – produzindo indivíduos/situações indesejáveis no ambiente pedagógico. Tomando como exemplo o (a) dispositivo de distribuição e de circulação, temos que as (a.2) tecnologias de vigilância funcional, articulam as (a.1) tecnologias de automação com as (a.3) tecnologias de ação pedagógica. Ao assegurar a boa circulação e distribuição, deseja mitigar quaisquer deficiências na aprendizagem ao controlar fluxos de dispersão de estudantes capitalizando isto em favor dos alunos na ocupação de espaços que lhe garantam uma melhor experiência de aprendizagem.

No caso dos (b) dispositivos pedagógicos, é possível assegurar o acesso dos estudantes a conteúdos online, sua presença em espaços virtuais, lançar mão de oportunidades mais flexíveis para sua aprendizagem – diversificar atividades e aumentar prazos de entrega –, utilizar metodologias e métodos avaliativos alternativos, bem como explorar outros materiais didáticos atualizando conteúdos talvez, antes, negligenciados. É possível, ainda, explorar estratégias diferentes de contratos sociais que diminuam a incidência da indisciplina cotidiana, de acordo com o que é definido pelo regimento escolar. Ainda, é possível investir na formação de docentes e equipes pedagógicas, não apenas técnica, mas naquelas que permitam a criação de vínculos pelo acolhimento aos estudantes, valorizando a escola como espaço de relações interpessoais e interculturais.

Em relação ao (c) dispositivo de comunicação, seja pelas (c.1) tecnologias tradicionais de comunicação, quanto pelas (c.2) tecnologias digitais de comunicação, a comunicação família-escola torna-se essencial para a garantia de um qualificado acompanhamento do ensino e da aprendizagem dos estudantes. Ainda, as reuniões entre docentes e equipes pedagógicas se convertem em lugar de partilha dos desafios e necessidades de cada estudante – respeitada a sua singularidade – e das demandas das próprias turmas como subjetividades coletivas.

Por último (d) dispositivo de arquivo e inteligência permite que nos valhamos do registro como conjunto de informações organizadas sobre cada estudantes ou turma – d.1) tecnologias de arquivo – , além de monitorarmos sua atuação em outros espaços como redes sociais – (d.2) tecnologias de inteligência. O comportamento dos indivíduos a partir dos seus modos de interação em ambientes virtuais pode ser útil para um conhecimento mais profundo da realidade dos estudantes visando intervenções pedagógicas mais assertivas a priori ou a posteriori.

Evidencia-se, assim, que os dispositivos da surveillance pedagógica, por meio de suas tecnologias de segurança, esboçam quatro pilares securitários que podem ser tomados como elementos de uma grade de inteligibilidade quando se trata de analisar a relação segurança/escola. Estamos nos referindo à (I) ocupação do espaço escolar (o ser-estar na escola); (II) ao ensino e à aprendizagem (o quê e como se ensina e aprende); (III) ao compartilhamento do processo educativo (comunicação família-escola e escola-escola); e ao (IV) ethos no ambiente escolar (definições de normal e desviante).

Considerações Finais

Este trabalho objetivou evidenciar a surveillance pedagógica como o conjunto de dispositivos e tecnologias de segurança que podem ser utilizados tanto para a manutenção de realidades educacionais vigentes, quanto para a sua transformação. O acesso à informação confere ao gestor escolar uma oportunidade mais apurada de tomada de decisão, sendo útil não apenas ao controle dos indesejáveis, mas à real compreensão destas condutas. A partir dos pilares securitários apresentados, acessam-se dados e elaboram-se metadados, (re)pensa-se a educação por meio de incessantes deslocamentos e ritornelos entre o macro e o micro, entre o molar e molecular.

Ainda, ao possibilitarmos a percepção de que a segurança

assume uma relação muito mais profunda com campo educacional é importante observarmos a produção de uma economia do desejo característica dos processos de subjetivação dos ambientes pedagógicos. Se a sociedade disciplinar capturou o sujeito e de controle nos vende uma falsa impressão de liberdade, temos nas formas de educação contemporâneas o sustentáculo de modelos capitalísticos que têm promovido um esvaziamento das potências da vida com um ideal de educação voltado puramente a competências mercadológicas como sinônimo de segurança e não marginalização.

A partir deste ensaio, espera-se ampliar os estudos em torno da surveillance pedagógica, observando outros desdobramentos da relação segurança-educação; a instrumentalização da segurança como significante pelo neoliberalismo; seus modelos e ideais de crise securitária, bem como a (in)segurança como operadora biopolítica do medo desde a escola.

Referências bibliográficas

ALTHUSSER, Louis. Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado. Lisboa: Presença, 1980.

AMARAL, Augusto Jobim do. Entre serpentes e toupeiras: a cultura do controle na contemporaneidade (ou sobre o caso do monitoramento eletrônico de presos no Brasil). Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 75-89, 2010.

BOURDIEU, Pierre. Razões Práticas: sobre a teoria da ação. Campinas: Papirus, 1996.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. A Reprodução. Petrópolis: Vozes, 2013.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI. São Paulo: Boitempo Editorial, 2017a.

_____. A nova razão do mundo. São Paulo: Boitempo editorial,

2017b.

DELEUZE, Gilles. Conversações. Editora 34, 1992.

DELEUZE Gilles; GUATTARI, Félix. O anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia. São Paulo: Editora 34, 2011.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

_____. Segurança, território e população. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

_____. Nascimento da biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. São Paulo: Perspectiva, 2008.

MARX, Karl. Para a crítica da economia política. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

SCHULTZ, Theodore. Capital humano: investimentos em educação e pesquisa. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

As verdadeiras funções da pena

The true funcions of the penalty

João Luiz Martinechen Beghetto[1]

Sumário: 1. Origem da Prisão; 2. As "funções " da pena; 3. Crítica as funções da pena; 4. As verdadeiras funções da pena; Considerações finais.

Resumo: A pena de prisão surgiu apenas processualmente como a forma de assegurar a presença do réu no processo, pois as penas consistiam em morte, mutilação, exílio, confisco e só com o direito Canônico a prisão surge como pena, mas quais seriam as funções da pena? A resposta a essa questão por intermédio da pesquisa bibliográfica é o escopo da presente pesquisa. Afinal, a pena se configura em retribuição ao mal causado, servindo apenas para punir, para castigar (teorias retribucionistas), ou apresenta algum fim utilitarista, pretende a prevenção geral, e a prevenção especial, como forma de evitar ou reduzir a reincidência (teorias relativas), ou um misto de retribuição e prevenção pela prevenção geral e prevenção especial (teorias ecléticas). Com o desenvolvimento do presente artigo de caráter crítico, verifica-se que as funções da pena como colocadas acima, correspondem a ficções pois em verdade a pena não se presta ao mister de prevenção do crime, seja por intermédio da prevenção geral, como forma de intimidar a sociedade ou os criminosos em potencial, nem pela prevenção especial de impedir a reiteração de práticas delituosas pela aplicação da pena, e assim impedir a reincidência, ao contrário verificou-se que independentemente do nível de evolução do sistema penitenciário, a taxa de reincidência corresponde a 70% de forma global, seja no Brasil, seja nos Estados Unidos ou mesmo na Suécia. A verdadeira função da pena corresponde a segregação, retirada de circulação dos mais humildes, decorrente da seletividade penal, direcionada as classes mais vulneráveis.

1 Mestrando em Direito no Centro Universitário Internacional de Curitiba - UNINTER. Bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER, sob a orientação do Prof. Dr. André Peixoto de Souza. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela ABDCONST-Academia Brasileira de Direito Constitucional. Graduado em Direito pela PUC-PR-Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Contatos: jlbeghetto@hotmail.com e jlbeghetto@gmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

Palavras-chave: pena; prevenção geral; prevenção especial; reincidência; segregação;

Abstract: The prison sentence arose only procedurally as the way to ensure the presence of the defendant in the process, because the sentences consisted of death, mutilation, exile, confiscation and only with canon law the prison appears as a penalty, but what would be the functions of the penalty? The answer to this question through bibliographic research is the scope of this research. After all, the penalty is configured in retribution for the harm caused, serving only to punish, to punish (retribution theories), or presents some utilitarian purpose, intends general prevention, and special prevention, as a way to avoid or reduce recidivism (relative theories), or a mixture of retribution and prevention by general prevention and special prevention (eclectic theories). With the development of this article of a critical nature, it is verified that the functions of the penalty as laid above, correspond to fictions because in fact the penalty does not lend itself to the mister of crime prevention, either through general prevention, as a way to intimidate society or potential criminals, nor by the special prevention of preventing the reiteration of criminal practices by the application of the penalty , and thus prevent recidivism, on the contrary it was found that regardless of the level of evolution of the prison system, the rate of recurrence corresponds to 70% globally, either in Brazil, in the United States or even in Sweden. The true function of the penalty corresponds to segregation, withdrawal from circulation of the humblest, resulting from criminal selectivity, directed at the most vulnerable classes.

Keywords: penalty; general prevention; special prevention; recidivism; segregation;

1. Origem da prisão

A pena de prisão surgiu apenas processualmente, como forma de assegurar a presença do réu no processo, “era apenas um instrumento de custódia provisória do preso”,[2] pois conforme asseverou Bettiol no passado “as verdadeiras penas eram de morte,

2 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Pena Brasileiro, Vol. 1. Parte Geral, 3ª Edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 448.

de mutilação, de exílio, de confisco, enquanto o encarceramento tinha escopo meramente processual, porque servia para assegurar, no processo, a presença do réu.".[3]

Quanto aos estabelecimentos prisionais, ressalta-se que durante muito tempo tanto a detenção preventiva (processual) como a execução da pena ocorriam em locais aleatoriamente determinados, calabouços, masmorras, e poços, sem as condições mínimas de segurança e salubridade,[4] qualquer semelhança com a situação dos presídios do Brasil de hoje é mera coincidência.

A prisão somente surge como pena no Direito Canônico, com o recolhimento em cela, inicialmente dos religiosos que tivessem cometido delitos eclesiásticos, bem como aos que tivessem sido submetidos aos tribunais da Igreja, revelando um caráter de expiação, forma de estimular o arrependimento dos condenados por meio da reflexão.[5]

2. As "funções" da pena

Qual seria a função da pena de prisão? Seria a mera retribuição do mal causado pelo mal da prisão conforme asseverava Kant, ou mesmo Hegel em sua visão dialética onde afirma que "o crime é negado do direito e é anulado pela pena como negação do crime e reestabelecimento do direito," ou a pena serviria para a prevenção.[6]

No tocante a pena, como consequência da prática de um crime, é importante delimitar as suas funções, os seus sentidos, as suas finalidades segundo um enfoque criminológico, donde se destacam três teorias para explicar as razões da imposição da

3 BETIOL, apud PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Pena Brasileiro, Vol. 1. Parte Geral, 3ª Edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 448.

4 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Pena Brasileiro, Vol. 1. Parte Geral, 3ª Edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 448.

5 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Pena Brasileiro, Vol. 1. Parte Geral, 3ª Edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 448.

6 FRAGOSO, Heleno Claudio. Fragoso, Heleno Cláudio, Revista e Atualizada por Fernando Fragoso. Lições de Direito Penal, Parte Geral, 1ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1990, pág. 275.

pena enquanto restrição da liberdade, no sistema penal, as teorias absolutas, as teorias relativas e as teorias mistas.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, que "diante da necessidade de analisar as teorias que explicam o sentido, a função e finalidade das penas é fundamental que passemos pelas teorias absolutas (retribucionistas), relativas (preventivas) e unificadoras (ecléticas), bem como os aspectos relativos à passagem de uma concepção para a outra".[7]

As teorias absolutas entendem a pena como imperativo de justiça, negando qualquer utilidade da pena, ou seja, qualquer fim utilitarista da pena, servindo tão somente para punir, para castigar, tendo caráter iminentemente retribucionista, onde se retribui o mal causado pelo mal da pena.

Neste sentido é o entendimento de Fragoso, nas teorias absolutas a pena é exigência de justiça, quem pratica um mal deve sofrer um mal, sendo a pena a medida da retribuição, é um fim em si mesmo e não serve para qualquer outro propósito.[8]

Certo é que nas teorias absolutas, a exemplo das teorias de Kant, Hegel, Carrara, Binding, Mezger e Welzel, temos que a pena é concebida como "retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida".[9]

As teorias relativas, ao contrário das absolutas, entendem a pena com viés utilitarista, entendem que a pena tem função de prevenção geral, onde intimida toda a sociedade a não praticar o crime, pelo medo que a pena impõe e prevenção especial, a pena serviria para que o sujeito, o criminoso, não praticasse outros crimes, prevenindo assim a reincidência.

Na estrita explicação quanto a prevenção geral, Fragoso

7 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral, Volume 1, Saraiva, São Paulo, 2000, pág. 66.

8 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. Revista e Atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1990, pág. 275.

9 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral, Volume 1, Saraiva, São Paulo, 2000, pág. 78.

adverte:

> "A prevenção geral é a intimidação que se supõe alcançar através da ameaça da pena e de sua efetiva imposição, atemorizando os possíveis infratores. A prevenção especial atua sobre o autor do crime, para que não volte a delinquir. A prevenção especial opera através da emenda do condenado ou se sua intimidação."[10]

As teorias preventivas (relativas), não visam a retribuir o fato delitivo praticado, como nas absolutas, mas sim prevenir o seu cometimento. Os defensores desta linha entendem que a pena é imposta não somente porque o indivíduo delinquiu, mas para que não volte a delinquir. Ainda dentro desta lógica relativa, de prevenção, a partir de Feuerbach, duas direções bem definidas surgiram conforme afirma Bitencourt, a teoria da prevenção geral, e a teoria da prevenção especial.[11]

Bitencourt difere as teorias da prevenção geral e da prevenção especial da seguinte forma:

> "Em linhas gerais, a prevenção geral – sustentada por Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach – fundamenta-se em duas ideias, quais sejam, a intimidação e a ponderação da racionalidade do homem, para advogar que a cominação penal, enquanto solução para a criminalidade, avisa aos membros da sociedade, como um todo, quais são as ações consideradas injustas, contra as quais se reagirá."[12]

> "...Já a prevenção especial tem destinatário mais restrito, qual seja o indivíduo delinquente, assim como entendia Von Liszt, que em seu Programa de Marburgo sustentou que a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitem se ressocializar e também para neutralizar os incorrigíveis.".[13]

Zaffaroni e Pierangeli criticam a prevenção geral, entendendo que tal intimidação decorre de mecanismos inconscientes, fazendo

10 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. Revista e Atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1990, pág. 276.

11 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral, Volume 1, Saraiva, São Paulo, 2000, pág. 75.

12 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral, Volume 1, Saraiva, São Paulo, 2000, pág. 76.

13 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral, Volume 1, Saraiva, São Paulo, 2000, pág. 80.

com que o direito penal passe a ser instrumento de vingança, como forma de controle social:

> "A prevenção geral se funda em mecanismos inconscientes: o homem respeitador do direito sente que reprimiu tendências que outro não reprimiu; que privou-se do que outro não se privou, e experimenta inconscientemente como inútil o sacrifício de uma privação a que o outro não se submeteu. Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança, e daí que o passo da prevenção geral à vingança nunca seja de todo claro e que a prevenção geral sempre encerre um conteúdo vingativo."[14]

Por fim as teorias mistas, conjugam as duas teorias anteriores, sustentam o caráter punitivo da pena, pena como retribuição, bem como um fim de reeducação do sujeito para não voltar a delinquir, ou seja, prevenção especial, e prevenção geral para intimidar a sociedade a não praticar crimes.

Conforme Bitencourt, as teorias mistas ou unificadoras da pena, buscam agrupar em único conceito as finalidades da pena, recolhendo os aspectos mais relevantes das teorias retributivas (absolutas) e preventivas (relativas), é possível afirmar que tais teorias centralizam os fins do direito penal na ideia da prevenção, tendo a retribuição um papel limitador das exigências de prevenção, pois a adoção de um único viés não seria suficiente para compreender um fenômeno tão complexo como a pena, que carece de pluralidade.[15]

Em que pese as teorias a respeito da pena, é certo que tanto a prevenção geral, a prevenção especial e a retribuição, devem ser consideradas em momentos distintos, sendo eles o da cominação (ameaça), o da imposição e o da execução da pena.

A cominação é momento da criação das condutas criminosas, ou melhor da criminalização das condutas pelo Estado, atendido a proteção dos bens jurídicos de maior interesse da sociedade e atendido o caráter subsidiário do direito penal, como ultima ratio

14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral 4ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, pág.104.

15 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral, Volume 1, Saraiva, São Paulo, 2000, pág. 84.

do sistema, deve a pena atuar como ameaça, tendo como escopo que os destinatários da norma penal se abstenham da infração, do crime,[16] espécie de coação psicológica.

Com a transgressão da norma penal, com a realização de conduta típica, antijurídica e culpável, nasce o jus puniendi do Estado, poder/dever do Estado de punir, de impor a pena ao transgressor, de impor o mal, a perda de determinados bens jurídicos, dentre eles a liberdade, tendo como a pena o escopo de mostrar tanto ao criminoso como aos criminosos em potencial a efetividade da ameaça imposta pelo Estado, cumprindo assim a prevenção especial e prevenção geral.[17]

No último momento tem-se a execução da pena, momento em que a pena assume a feição de ressocialização do condenado, como forma de reincorporá-lo à sociedade.[18]

3. Crítica as funções da pena

Do ponto de vista sociológico completam Zaffaroni e Pierangeli, que existe em qualquer sociedade grupos menos privilegiados, e até marginalizados, e outros mais privilegiados e nada marginalizados, e que estes segundos sempre queiram se utilizar do direito penal como instrumento de contenção dos primeiros, o que invariavelmente ocorre com certa frequência, onde a prevenção geral possibilita a certeza de que a pena assume uma forma de ameaça realizada pelo poder contra os mais humildes e vulneráveis da população, de acordo com a seletividade do sistema penal. Ainda, entende que a prevenção geral, não deve ser um fim em si da pena, mas uma consequência, um fim tangencial, como prefere o autor, sendo inadmissível que o legislador a pense como

16 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. Revista e Atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1990, pág. 278.
17 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. Revista e Atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1990, pág. 278.
18 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. Revista e Atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1990, pág. 278

objetivo principal ou único da pena.[19]

Analisando as finalidades da pena, verifica-se que é composta de falácias, ou ficções, pois não há qualquer comprovação da eficácia da suposta coação psicológica exercida pela cominação da pena, afinal como se sabe a pena ou a coação exercida pela pena, não afasta o agente da prática de crimes.

Nas palavras de Cirino dos Santos "a pena criminal jamais cumpriu as funções atribuídas de prevenção geral e prevenção especial, sendo mero instrumento de flagelo inútil de indivíduos sem poder."[20]

Indistintamente não há como se conceber que a punição de um transgressor sirva como "exemplo", e surta qualquer efeito nos transgressores em potencial, não passando a prevenção geral de uma crença,[21] ao contrário verifica-se o surgimento de uma imediata empatia entre o condenado e os transgressores em potencial, a exemplo do que ocorria em Vigiar e Punir de Michel Foucault, quanto aos suplícios públicos onde as penas eram executadas e recaiam sobre o corpo do condenado.[22]

A experiência mostra que a imposição de pena privativa de liberdade, favorece a reincidência, sendo praticamente impossível se alcançar a ressocialização do criminoso submetido a pena privativa de liberdade, uma vez que esta funciona invariavelmente

19 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral 4ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, pág.105.

20 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Crime Organizado. Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCRIM 42/214. Pág. 07

21 ANCEL, Marc. Escritor penalista francês, entende que a prevenção geral da pena é uma espécie de crença. Apud FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. Revista e Atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1990, pág. 279.

22 O suplício público conclui Foucault, fazia com que o condenado recebesse simpatia e admiração pelos populares que acompanhavam a execução pública, que em muitas vezes terminavam em tumultos em prol do condenado, sendo aplicado de forma heterogênea, irracional, desproporcional realizada sobre o corpo do condenado, sem qualquer previsão anterior, quase causal, sem a generalização que interessa aos modernos interesses do Estado.

como retroalimentadora do sistema.[23]

Nas palavras de Thompson, a reincidência presume-se que atinja os 70% no Brasil, tal percentual é presumido pela falta de certeza por falta de estatísticas confiáveis, no entanto assevera que tal número pode se considerar como muito provável em face dos dados precisos de outros países, pois nos Estados Unidos o percentual de reincidência atinge 70%, sendo que até mesmo na Suécia, com o mais rico e sofisticado sistema penitenciário do mundo, mais de 70%. Assim a reincidência é prova de incontestável de que a pena enquanto encarceramento falhou duplamente, tanto na regeneração, como da intimidação, pois uma vez submetido ao tratamento, ainda que por vários anos "o indivíduo continuou tão criminoso quanto antes."[24]

4. As verdadeiras funções da pena

Não há dúvidas que a pena se trata de uma retribuição, punir com o mal, o mal causado, é impingir ao criminoso dor e sofrimento, ainda mais nas condições em que se encontram os estabelecimentos penais no Brasil, onde o sofrimento é inevitável.

O conceito de pena mais adequado é o da pena como imposição intencional e autorizada de sofrimento e dor a um indivíduo, em razão de um ato (suposto ou real) que tenha ofendido uma regra constante em um sistema legal,[25] que corresponde as teorias absolutas retribucionistas.

Seria intencional, visto que a imposição da pena visa impor ao indivíduo a dor, da privação, como consequência inerente a pena, seria autorizada pois proveniente da autoridade investida de

23 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. Revista e Atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1990, pág. 279.

24 THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? O crime e o Criminoso: Entes Políticos. 2ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, pág. 99.

25 BOONIN, David. The problem of punishment. New York: Cambridge University Press, 2008; HART, Herbert Lionel. A. Prolegomenon to the Principles of Punishment. In: Punishment and Responsibility: essays in the philosophy of law. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 1-28.

legitimidade para legislar a respeito das condutas indesejadas para a proteção dos bens jurídicos, com a consequência da pena, ou seja, uma medida legal, retribucionista sim, mas não decorrente de vingança, e em razão de uma conduta anterior, ou seja, contrária a lei, no passado.

Fragoso, em Congresso de Direito Penal já em 1984, antes mesmo da reforma penal ocorrida com a Lei 7.209/84, já asseverava quanto a questão:

> "Parece claro que o crime é um fenômeno sócio-político que se deve principalmente a condições estruturais da formação social, que não são afetadas pela ameaça penal. Não é com o direito penal que se controla o fenômeno da criminalidade. As Nações Unidas têm insistido na necessidade de compreender que a tarefa essencial é a que se relaciona com a qualidade da vida, devendo a prevenção da criminalidade constar dos planos de desenvolvimento social.
>
> Para explicar, entre nós, o aumento da criminalidade, indiferente à severidade do sistema repressivo, basta considerar a marginalização crescente de extensas faixas da população, através de uma ordem sócio-econômica que se caracteriza pela profunda desigualdade e pelo empobrecimento constante dos que vivem de salário."[26]

A experiência até agora demonstra a falência completa da filosofia correcional, mesmo em países desenvolvidos, nem mesmo o gasto de grandes somas nos programas correcionais, e na construção de boas prisões, foi capaz de evitar a reincidência, de ressocializar, ao contrário apenas demonstrou-se o efeito devastador causado pelo confinamento sobre a personalidade humana, e a deformação da personalidade, dos presos.[27]

Conforme Baratta, todas as pesquisas empíricas realizadas nos últimos duzentos anos, demonstram o completo fracasso da função declarada da prisão no tocante a correção do condenado, ou seja, de sua ressocialização, e não reincidência, pois em relação

26 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Conferência realizada em 19 de março de 1984, na abertura do VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, em Belo Horizonte; publicada na Revista de Direito Penal e Criminologia, n.°35, ed. Forense, Rio de Janeiro, jan-jun. 1984, p. 09-15.

27 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Revista e Atualizada por Fernando Fragoso. Lições de Direito Penal, Parte Geral, 1ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1990, pág. 305.

a esta verifica-se que quanto maior a pena maior a reincidência criminal, ainda a desaculturação do preso, como desaprendizado das normas sociais, as deformações emocionais e a sua reconstrução psíquica da sua autoimagem como criminoso, e a subcultura da prisão com o aprendizado de normas de sobrevivência na prisão, baseada na violência e na malandragem.[28]

Ainda, a reunião coercitiva de pessoas do mesmo sexo em um ambiente fechado, autoritário, opressivo e violento, corrompe e avilta, há homossexualismo, muitas vezes brutal e inevitável, até porque a delação é punida com a morte, traçando como defeitos de todas as prisões: superpopulação, ociosidade e promiscuidade, concluindo que o problema da prisão é a própria prisão e que o sistema seria mais eficiente se pudesse evitar mandar pessoas para prisão, nos crimes pouco graves e evitasse o encarceramento demasiadamente longo, logo a prisão deve ser usada o menos possível, como último recurso.[29]

Considerações finais

Sobre o que se sabe da prisão e das penitenciárias, elas sempre representaram um sistema punitivo, repressivo, uma realidade violenta, aviltante, discriminadora, que estigmatiza e marginaliza, sendo fruto de um sistema desigual e opressivo, que apenas destaca e realça os desvalores das condutas humanas, que efetivamente não cumpre seu mister de prevenção geral, prevenção especial, visto que não impedem ou mesmo diminuem a reincidência, nem mesmo na Suécia considerado um exemplo de sistema penitenciário.

Tanto na Suécia como em qualquer outro lugar, a estigma-

28 BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. Freitas Bastos, 1999, 2ª edição, pág. 184.

29 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Revista e Atualizada por Fernando Fragoso. Lições de Direito Penal, Parte Geral, 1ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1990, pág. 305.

tização do preso,[30] do presidiário, é a mesma em qualquer parte do mundo, o que demonstra a total falência da ressocialização e da não reincidência como objetivos da pena de prisão.

Por quê se insiste em um modelo punitivo, que não atende a nenhuma das suas finalidades, ou tais finalidades são como se entende, meras formas de tentar justificar, a imposição da pena, que em verdade apenas tem o condão de segregar e retirar da sociedade os vulneráveis, menos favorecidos, em última análise os pobres, que sem obter a devida atenção do Estado para a sua questão social, a miséria, o desemprego, acabam cometendo delitos como forma de se manter vivo.

Referências Bibliográficas

ANCEL, Marc. Escritor penalista francês, entende que a prevenção geral da pena é uma espécie de crença. Apud FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. Revista e Atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1990, pág. 279.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. Freitas Bastos, 1999, 2ª edição, pág. 184.

BETIOL, apud PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Pena Brasileiro, Vol. 1. Parte Geral, 3ª Edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 448.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral, Volume 1, Saraiva, São Paulo, 2000.

BOONIN, David. The problem of punishment. New York: Cambridge University Press, 2008; HART, Herbert Lionel. A. Prolegomenon to the Principles of Punishment. In: Punishment and Responsibility: essays in the philosophy of law. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 1-28.

30 Para aprofundamento do tema recomenda-se a leitura do apêndice IV do livro Quem são os criminosos? O crime e o Criminoso: Entes Políticos. 2ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, de Augusto Thompson.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir, Petrópolis, Vozes, 1977, pág. 102/112. Apud CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Criminologia Radical. Curitiba. ICPC Lumen Juris. 2008, pág. 72.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Crime Organizado. Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCRIM 42/214. Pág. 07

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Conferência realizada em 19 de março de 1984, na abertura do VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, em Belo Horizonte; publicada na Revista de Direito Penal e Criminologia, n.°35, ed. Forense, Rio de Janeiro, jan-jun. 1984, p. 09-15.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Fragoso, Heleno Cláudio, Revista e Atualizada por Fernando Fragoso. Lições de Direito Penal, Parte Geral, 1ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1990.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Pena Brasileiro, Vol. 1. Parte Geral, 3ª Edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? O crime e o Criminoso: Entes Políticos. 2ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, pág. 99.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral 4ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

Tratamento de dados pessoais pelas empresas e o compliance

Treatment of personal data by companies and compliance

Marina Rubia M. Lôbo de Carvalho[1]

Isabella Teixeira Martins[2]

Sumário: 1. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – Lei nº 13.709 de 2018; 2. Tratamento de Dados Pessoais; 3. Compliance, Governança e Responsabilidade Civil; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar reflexões iniciais sobre a relação entre compliance e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – Lei nº 13.709/2018. Assim, se caracteriza como um estudo da lei brasileira vigente, com base em doutrinas existentes, com o intuito de explicar como o tratamento de dados pessoais deve ocorrer, respeitando o direito à privacidade e o direito à informação. Com o estudo, percebe-se a necessidade de se fazer chegar até o titular dos dados pessoais, a autodeterminação dos dados pessoais, bem como os direitos que a referida lei visa proteger. Percebe-se também, a necessidade de desenvolver uma cultura de proteção de dados pessoais, devendo os agentes de tratamento fundamentar o tratamento nas bases legais trazidas pela referida lei, buscar maneiras de manter os titulares dos dados informados, proteger estes dados e mitigar possíveis danos ao titular. Dito isso, é demonstrado que os agentes de tratamento precisam conhecer e seguir a legislação, agindo com ética e idoneidade, arcando com a responsabilidade civil nos casos em que houver danos ao titular, pois se há dano ele precisa ser ressarcido, e por fim, buscar sempre a governança digital, ou seja, maneiras de realizar a gestão do ciclo

1 Professora Pós doutora da graduação e pós graduação da Escola de Direito e Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUCGO . Pós Doutora em Direito pela Universitá degli Studi di Messina, UNIME, Itália. Doutora em Psicologia e Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, e-mail: marinarml@hotmail.com

2 Bacharel do Curso de Direito pela Escola de Direito e Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUCGO, e-mail: isabellatjur@gmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

da vida da informação, bem como a segurança e boas práticas.

Palavras-chave: Proteção de Dados Pessoais; Compliance; Privacidade.

Abstract: The present work aims to present initial reflections on the relationship between compliance and the General Law of Personal Data Protection - Law nº 13.709/2018. Thus, it is characterized as a study of the Brazilian law in force, based on existing doctrines, in order to explain how the treatment of personal data should occur, respecting the right to privacy and the right to information. With the study, it is perceived the need to reach the holder of personal data, the self-determination of personal data, as well as the rights that the law aims to protect. It is also perceived the need to develop a culture of personal data protection, and the processing agents must base their processing on the legal bases brought by the aforementioned law, seek ways to keep the holders of the data informed, protect this data and mitigate possible damages to the holder. That said, it is demonstrated that the treatment agents need to know and follow the legislation, acting with ethics and suitability, bearing the civil responsibility in cases where there is damage to the holder, because if there is damage he needs to be compensated, and finally, always seek the digital governance, i.e., ways to carry out the management of the life cycle of information, as well as security and good practices.

Keywords: Personal Data Protection; Compliance; Privacy.

1. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – Lei nº 13.709 de 2018

A tecnologia evoluiu bastante com o passar dos anos e com isso possibilitou a interação do mundo a distância de um clique. Tendo em vista essa evolução, as empresas se viram na posição de remodelar os seus negócios e se adaptarem a essa nova realidade, e como consequência de toda essa mudança e interação, houve

também um aumento no tratamento de dados pessoais[3].

Portanto, o Direito precisa acompanhar todas essas mudanças que acontecem no mundo, com o intuito de trazer uma segurança jurídica e um equilíbrio nas relações de poder. Isso é possível através do Direito Digital, que se vale do Direito Codificado e do Direito Costumeiro para regulamentar as relações entre os seres humanos e as máquinas, intermediando os conflitos gerados por estas relações[4].

O Direito Digital estuda a evolução tecnológica e como ela afeta as relações sociais, utilizando-se de várias ferramentas já existentes, como a analogia, princípios gerais do direito, costumes, legislações vigentes, dentre outras, e também é um ramo interdisciplinar, pois se comunica com os demais ramos do direito[5].

Levando em conta todas essas informações e a quantidade de informações que circulam hoje, considera-se que atualmente vive-se na Era Digital ou Era da Informação, tendo em vista que aqueles que detém a informação são aqueles que possuem o poder. Portanto, o Direito Digital trouxe consigo as características de ser pragmático e costumeiro, embasado em estratégia jurídica e dinamismo[3], já que o Direito precisa acompanhar as evoluções tecnologias e as manifestações em massa, porém é impossível codificar tal ramo.

Dito isso, e em razão do aumento do consumo de dados pessoais, foi-se necessário a regulamentação desse direito no ordenamento jurídico brasileiro. O Brasil recebeu influências internacionais quando se trata de proteção de dados e privacidade. É importante ressaltar que a primeira lei mundial de proteção de dados pessoais, surgiu em 1970, no Estado Alemão de Hesse, que

3 Personal data is the new oil of the Internet and the new currency of the digital world" – Meglena Kuneva, European Consumer Commisioner, March 2009 - Dado pessoal é o novo óleo da internet e a nova moeda do mundo digital – Meglena Kuneva, Comissária do Consumidor Europeu, Março, 2009

4 PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 6 ed., ver., atual e ampl. p.57: São Paulo: Saraiva, 2016

5 PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 6 ed., ver., atual e ampl. p.77: São Paulo: Saraiva, 2016,

reconhecer que os "dados pessoais constituem uma projeção da personalidade do indíviduo e que, portanto, merecem uma tutela forte"[6].

Em 2016, na Europa, o General Data Protection Regulation – GDPR foi aprovado e em 2018 ele entrou em vigor. Após esse posicionamento europeu acerca da proteção de dados pessoais, e diante da necessidade de regulamentar o assunto no ordenamento jurídico brasileiro, visto que os demais países do mundo já haviam se posicionado e regulamentado esse assunto em suas legislações, o Brasil sancionou em 2018 a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – Lei nº 13.709/2018, influenciada diretamente pelo General Data Protection Regulation – GDPR.

A criação de uma lei específica para dados pessoais se deu em razão da evolução das tecnologias, do aumento significativo do tratamento de dados pessoais e do valor que os dados pessoais podem dar, pois o conjunto de dados se tornam informações, que se tornam conhecimento.

Os dados pessoais compõem a personalidade do indivíduo, ou seja, sabe-se que por personalidade, entende ser as particularidades ou o conjunto de particularidades que diferenciam uma pessoa da outra.

Os direitos da personalidade possuem tutela jurisdicional pela o Código Civil, em seu rol numerus apertus, ou seja, em seu rol aberto. Os artigos 11 ao 21 do Código Civil, não exaurem os direitos da personalidade, possibilitando a discussão e reconhecimento da proteção de ddados como um novo direito da personalidade[7].

1.1. Conceito

A Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é aquela que regulamenta o uso de dados

6 SCHERTEL MENDES, Laura. O Direito Fundamental à proteção de dados pessoais. Online. Revista de Direito do consumidor, vol. 79/2011. Editora RT.

7 BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 2ª ed. Online, versão Kindle: Rio de Janeiro: Forense, 2020, online.

pessoais por empresas, Poder Público, ou mesmo por pessoas físicas que possuem interesse econômico. A lei entrou em vigor dia 18 de setembro de 2020, mas suas sanções administrativas só poderão ser aplicadas a partir de 1º de agosto de 2021.

A referida lei, conforme seu artigo 5º, possui muitas terminologias e traz consigo 19 (dezenove) conceitos importantes. Dentre eles está o conceito de: dado pessoal, que é toda informação relevante sobre pessoa, que possa identificá-la ou tornar identificável; dado pessoal sensível, que é toda informação que esteja relacionada com a personalidade do indivíduo e suas escolhas pessoais; titular, que é o indivíduo, dono dos dados pessoais; tratamento de dados pessoais, que é toda operação realizada com os dados pessoais; agente de tratamento, que é aquele que trata os dados pessoais, por meio de alguma operação, dentre outros.

Outro ponto importante a ser ressaltado, é que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, é uma lei principiológica, possuindo três pilares importantes. São eles: o uso legítimo, segurança e governança. Entende-se por uso legítimo, o uso de dados pessoais realizado da maneira correta, obedecendo as regras impostas ela lei, e principalmente a vontade do titular. Por segurança, entende-se que as pessoas jurídicas de direito público e privado, e em alguns casos pessoas físicas, precisam buscas medidas que assegurem a proteção dos dados pessoais entregues a elas. Por fim, entende-se que a governança é uma forma de gestão, feita pelas instituições juntamente com sua equipe para lidar com os dados pessoais e enfrentar novos desafios[8].

1.2. Princípios

A lei traz um rol de 10 (dez) princípios em seu artigo 6º que devem ser levados em consideração durante e depois do tratamento de

8 MARQUES, Rodrigo. Direito Digital e Tecnologia – LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Aplicada ao Mercado. Aula 1.4 – LGPD. – Prof. Rodrigo Marques. Disponível em: https://www.cers.com.br/curso/direito-digital-e-tecnologia-juridica. Acessado em 24 de setembro de 2020.

dados pessoais, bem como a boa-fé. Entretanto, há três princípios que embasam a lei inteira. São eles: o princípio da finalidade, o princípio da necessidade e o princípio da transparência.

O princípio da finalidade determina que o tratamento dos dados pessoais deve ter uma razão, um propósito. O princípio da necessidade determina que o tratamento de dados pessoais deve ocorrer apenas o mínimo necessário para cumprir sua finalidade e que os dados pessoais solicitados devem ser proporcionais ao uso, a fim de evitar a abusividade. Por fim, o princípio da transparência que garante aos titulares a informação clara e objetiva do que está sendo feito com os dados, observados os segredos comercial e industrial.

1.3. Territorialidade

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD é uma lei territorial e nada tem a ver com a nacionalidade dos dados pessoais. O que determina se o tratamento dos dados pessoais deve seguir a referida lei ou não, é se os dados pessoais daquele usuário passaram pelo território brasileiro ou estão em solo brasileiro.

O artigo 3º da lei, menciona as seguintes situações para verificação da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD: a) os dados pessoais podem ter sido tratados dentro do território brasileiro; b) o tratamento de dados pessoais pode ter começado no Brasil e ter sido destinado para outro território; e c) o tratamento de dados pessoais pode ter começado em outro território e ter destinado para o Brasil.

2. Tratamento de dados pessoais

Antes de se estudar de maneira mais aprofundada o tratamento de dados pessoais pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, faz-se necessário pontuar que dados pessoais, dados

pessoais sensíveis e dados anonimizado, possuem conceitos diferentes e são abordados em capítulos diferentes na lei. Vale ressaltar que dado anonimizado não é dado pessoal, nem dado pessoal sensível, tendo em vista que este dado é incapaz de identificar alguém. O presente artigo visa aprofundar apenas no que se refere a dados pessoais e o tratamento realizado pelas empresas.

O tratamento de dados pessoais está previsto no artigo 7º da lei, que traz 10 (dez) hipóteses de bases legais que autorizam o tratamento.

O tratamento de dados pessoais das crianças e dos adolescentes deve ser realizado com o intuito de garantir seu melhor interesse, levando em consideração a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD e a legislação pertinente, conforme artigo 14, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, não é o objetivo deste trabalho trazer de forma aprofundada os direitos e garantias da criança e do adolescente perante a lei, tendo em vista ser um assunto com grandezas para um outro estudo.

2.1. Bases legais da lei

As bases legais previstas no artigo 7º são taxativas e exaustivas, deixando claro sua utilização, podendo ser cumuladas e moduladas, ou seja, o tratamento de dados pessoais pode começar com uma base, se manter com outra e finalizar com uma terceira. A análise cautelar do caso concreto é essencial.

No rol do artigo 7º, existem duas bases legais que necessitam de um estudo mais aprofundado, tendo em vista que as demais são autoexplicativas. A primeira base é a do consentimento (artigo 7º, I), que valida a própria vontade dos titulares dos dados, contanto que preencha os seguintes requisitos, de maneira concomitante: o consentimento deve ser prévio, livre, informado, inequívoco e revogável. O consentimento dado pelo titular será vinculado com

a(s) finalidade(s) exposta(s) pelo agente de tratamento.

Entretanto, aqueles dados que se tornarem manifestadamente público pelo titular (artigo 7º,§4º), a exigência do consentimento é dispensada, devendo respeitar os princípios e direitos do titular previstos na lei.

Infelizmente o legislador não trouxe uma explicação do que seria consentimento "livre, informado e inequívoco", deixando margem para interpretações, inclusive interpretações com base na GDPR – General Data Protection Regulation. Sendo assim, em razão desta omissão, caso o judiciário precise dirimir conflitos, o juiz decidirá de acordo com as fontes do direito, jurisprudências, doutrinas, legislações em âmbito internacional e o que mais o ordenamento jurídico brasileiro oferecer.

Se o consentimento (Artigo 7º, I) for obtido por escrito, o artigo 8º, § 1º nos esclarece que é necessária uma cláusula destacada das demais cláusulas contratuais, trazendo uma garantia aos titulares de que o consentimento dado é referente àquela finalidade exposta, assegurando a liberdade e a privacidade[9].

Isso possui uma conexão com o parágrafo seguinte (Artigo 8º, § 2º), pois este determina a inversão do ônus da prova. Para a lei, é o controlador que tem o ônus de provar que requereu o consentimento do titular, cumprindo todos os requisitos da lei, sendo vedado o vício de consentimento e garantindo ao titular que o consentimento que tenha conteúdo enganoso ou que não tenha sido claro, seja nulo[10].

Por fim, o consentimento pode ser revogado a qualquer tempo mediante manifestação expressão do titular, e o procedimento deve ser gratuito e facilitado.

A segunda base legal a ser abordada é a do interesse legítimo (Artigo 7º, IX). Essa base legal não necessita de consentimento e

9 PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2. Ed. P.85: São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

10 MACIEL, Rafael Fernandes. Manual Prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18). 1ª ed. Goiânia/GO: RM Digital Education, 2019. ISBN: 9781093409420. E-book, online.

ao ler o referido inciso, tem-se a impressão de ser uma base legal simples, entretanto o legislador também não conceituou o que seria "interesse legítimo", deixando em aberto este conceito, o que pode se adequar nas mais diversas hipóteses.

Mas isso não significa que o uso dessa base legal pode ser feito de qualquer maneira. Ela possui os seguintes requisitos: legitimidade do interesse, necessidade, balanceamento e precauções. Esses requisitos são cumulativos e devem estar necessariamente presentes para utilização dessa base legal.

O desafio para fundamentar o uso dessa base legal está em entender o que poderia ser legítimo interesse, tendo em vista a subjetividade deixada pelo legislador e a desnecessidade do consentimento do titular. Desta forma, como uma forma de marcar sua utilização, além dos requisitos cumulativos e necessários, deve-se levar em consideração a razoabilidade e a proporcionalidade.

Por fim, as precauções tomadas devem ser a transparência e a minimização dos riscos ao titular do dado (artigo 10, §§ 2º e 3º), sendo a transparência em primeiro lugar, e o poder de decisão para se opor ou "sair" de tal atividade de tratamento de dados (opt-out), como segundo; e ações que amenizem os riscos adotadas pelo controlador, como terceira.

2.2. Direitos do Titular

O artigo 18 da lei prevê os direitos do titular[11] e livre acesso às informações referentes ao tratamento é reiterado nos incisos do referido artigo, cujo objetivo é assegurar que o titular possa ter o tratamento devido dos seus dados, de maneira segura, verídica e respeitando a finalidade exposta. O direito de revogar o consentimento e requerer a exclusão dos dados é apresentada como uma consequência da liberdade de escolha da pessoa.

11 O direito dos titulares dos dados de livre acesso às informações relativas ao tratamento é reiterado de maneira enumerativa no art. 18, cuja preocupação é garantir que o titular possa assegurar que os seus dados estão sendo tratados de forma segura, verídica e cumprindo a sua finalidade (PECK, 2020, p. 101).

Cada indivíduo tem o direito de escolher quais dados pessoais podem ou não ser divulgados, de maneira que "todos indistintamente têm o dever de se abster de qualquer ato, público ou privado, que importe na divulgação não desejada da informação"[12].

Quando se trata do direito à privacidade, sabe-se que é um direito fundamental previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e quando se trata do direito à informação, sabe-se que também é um direito fundamental previsto no artigo 5º, XIV e XXXII da Constituição Federal.

Portanto, no que se refere ao mundo digital, a privacidade e a informação[13] precisam ser tratados com mais cuidado, tendo em vista que a "maior quantidade de informações disponíveis, a enorme facilidade e a maior escala de intercâmbio de informações, os efeitos potencializados das informações errôneas e a duração perpétua dos registros" refletem nas relações sociais[14].

3. Compliance, governança e responsabilidade civil

Compliance e governança andam juntos e estão ligados à ética. Quando se fala que a empresa precisa estar em compliance, significa que é estar de acordo com a legislação vigente. As empresas precisam conhecer a legislação, as regras existentes para tratar os dados, agindo em conformidade com a lei, com ética e idoneidade.

Entendido isso, chega-se à governança digital, que é uma

12 LUCCA, Newton de. SIMÃO FILHO, Adalberto. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito e Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). p. 507.São Paulo: Quartier Latin, 2015.

13 Na Era Digital, o instrumento de poder é a informação, não só recebida mas refletida. A liberdade individual e a soberania do Estado são hoje medidas pela capacidade de acesso à informação. Em vez de empresas, temos organizações moleculares, baseadas no Indivíduo. A mudança é constante e os avanços tecnológicos afetam diretamente as relações sociais. Sendo assim, o Direito Digital é, necessariamente, pragmático e costumeiro, baseado em estratégia jurídica e dinamismo. (PECK, 2019, p. 74)

14 MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet. 2 ed. p.265. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

forma de trazer controle e gestão para o digital, ou seja, para tudo aquilo que é diferente. Para isso é necessária uma mudança de mentalidade, não só passar o que é físico para o digital, isso é uma desmaterialização. É necessária uma cultura digital para que a sociedade seja transformada. No presente caso, é necessária uma cultura de proteção de dados pessoais.

Por conta de toda essa mudança tecnológica e na sociedade, surgem novas situações, novos questionamentos que necessitam de gestão. Os dados pessoais são protegidos porque o grande volume de dados (Big Data), passado por algoritmos e ferramentas de tecnologia, vão representar a informação valorizada e quando ela se aglomera, se detém o conhecimento.

Hoje, as decisões das empresas são baseadas em informações, em dados pessoais. A informação se tornou um recurso básico para a gestão do negócio, sendo necessário a gestão do clico de vida da informação, ou seja, categorizar as informações existentes na empresa, com o intuito de mitigar os riscos e vulnerabilidades que a tecnologia trouxe.

Portanto, caso as empresas não estejam em compliance e não aplicam a governança e boas práticas, seja por meio de política de privacidade, termo de uso, mudança do modelo de negócio etc., estão sujeitas a serem responsabilizadas civilmente pelos danos causados. Patrícia Peck (2016, p. 514) explica que, quando se trata de Responsabilidade Civil no Direito o Digital, a teoria do risco tem maior aplicabilidade, pois nasceu na era da industrialização e quando se trata de reparação de danos em que a culpa é dispensável, é a teoria que melhor se enquadra quando há responsabilidades mesmo que sem culpa, a depender do caso concreto.

As empresas precisam estar em busca de maneiras de garantir a segurança dos dados pessoais e demonstrar para o titular como isso é feito.

Portanto, se houver dano, ele precisa ser reparado, para que

não haja insegurança jurídica e para que a responsabilidade civil cumpra o seu papel de restabelecer o estado jurídico no qual o titular se encontrava antes de sofrer o dano[15].

A lei criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais – ANPD como órgão fiscalizador e a estruturou por meio do Decreto nº 10.474 de 26 de agosto de 2020. Dessa forma, a estruturação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais demonstra ser um passo na segurança dos dados pessoais como o direito da personalidade, tendo em vista que ter um órgão fiscalizador, incluirá o Brasil no contexto de informação e economia global, principalmente no que se refere a transferência de dados pessoais para a União Europeia. E é uma maneira de solucionar conflitos de maneira mais ágil, quando comparada à apreciação pelo Poder Judiciário[16].

4. Considerações finais

Todo o estudo abordado neste artigo teve como objetivo a conscientização do agente de tratamento sobre a importância de proteger os dados pessoais do titular e estar em buscar de mitigar os riscos. Por ser uma lei nova e que trouxe a autodeterminação informativa ao titular, ou seja, explicou ao titular que ele é o dono dos dados pessoais e precisa saber o que está sendo feito com eles, sendo questões que precisam ser levantadas, e levadas até o titular. O Direito não pode e nem deve ser complexo. Ele deve ser simples e facilitar ao máximo ao titular, a compreensão e sua aplicação.

Um ditado popular diz que “conhecimento é poder” e quando se trata de dados pessoais, o conhecimento é sinônimo de muito poder financeiro e influência. Portanto, a regulamentação do uso desses dados, tem a finalidade de evitar a violação aos direitos

15 FIGUEIREDO, Luciano. FIGUEIREDO, Roberto. Manual de Direito Civil. Volume único. p. 551 e 555. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

16 TEIXEIRA, Tarcísio. MAGRO, Américo Ribeiro. Proteção de Dados: fundamentos jurídicos. p. 224. Salvador: Editora JusPodvim, 2020.

fundamentais dos usuários, dentre eles, a privacidade e a intimidade.

O problema não está no tratamento dos dados pessoais, mas o que é feito com eles. Quando a informação é monopolizada, existe maiores chance de ocorrer abusividades. Os dados estão em praticamente tudo que se usa no dia a dia e quanto mais tecnologia, mais praticidade, mais consumo de dados pessoais.

E é por isso que as empresas precisam se preocupar com as consequências disso e procurar categorizar as informações para estar em conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD. Buscar novas maneiras de proteger os dados, informar o titular, mudar o mindset da empresa, são atitudes essenciais para que uma nova cultura digital seja instaurada. No futuro, que não está muito distante, a transparência e zelo com o consumidor serão requisitos essenciais para a contratação de um serviço ou para a compra de um produto.

Referências bibliográficas

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 10.474 de 26 de agosto de 2020. Dispõe sobre a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções de confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD. Brasília, DF: Poder Executivo, 2020.

CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites. Coimbra: Centelha – SARL, 1981.

CONSALTER, Zilda Mar. Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual. Curitiba: Juruá, 2017.

ESCOLA, Brasil. Direito Digital – o direito à privacidade e a vedação ao anonimato na era digital. Disponível em: encurtador.com.br/

gqszP. Acessado em 01 de junho de 2020.

FIGUEIREDO, Luciano. FIGUEIREDO, Roberto. Manual de Direito Civil. Volume único. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

FRANÇA, Philip Gil. Interesse público, um conhecido conceito "não determinado". Direito do Estado, n. 249, 2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/phillip-gil-franca/interesse-publico-um-conhecido-conceito-nao-indeterminado. Acessado em 24 de setembro de 2020.

LONGHI, João Victor Rozatti; JÚNIOR, José Luiz de Moura Faleiros. Estudos essenciais de direito digital. Uberlândia: LAECC, 2019. E-book, online.

LUCCA, Newton de. SIMÃO FILHO, Adalberto. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito e Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MACIEL, Rafael Fernandes. Manual Prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18). 1ª ed. Goiânia/GO: RM Digital Education, 2019. ISBN: 9781093409420. E-book, online.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. Direito ao Esquecimento. São Paulo: Novo Século, 2017.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Rodrigo. Direito Digital e Tecnologia – LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Aplicada ao Mercado. Aula 1.4 – LGPD. – Prof. Rodrigo Marques. Disponível em: https://www.cers.com.br/curso/direito-digital-e-tecnologia-juridica. Acessado em 24 de setembro de 2020.

NOGUEIRA, Jose Helano Matos, Silvani Matos. Direito Digital e Cibernético: Legislação Específica. 1ª ed. Joinville/SC: Clube de Autores, 2019. E-book, online.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 6 ed., ver., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHERTEL MENDES, Laura. O Direito Fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do consumidor, vol. 79/2011. Editora RT.

TEIXEIRA, Tarcísio. Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Tarcísio. MAGRO, Américo Ribeiro. Proteção de Dados: fundamentos jurídicos. Salvador: Editora JusPodvim, 2020.

A violação do direito à vida, à saúde, à alimentação e à informação ante à ausência de campanhas a respeito do consumo de carne e seus impactos para o meio ambiente

Violation of the right to life, health, food and information in the absence of campaigns on meat consumption and its impact on the environment

Adriana Cecilio Marco dos Santos[1]

Sumário: 1. Direito à vida. 2. Direito à informação. 3. Direito à alimentação. 4. Direito à saúde. 5. Considerações finais.

Resumo: o presente trabalho irá demonstrar que direitos fundamentais estão sendo vilipendiados por força de interesses econômicos. O debate se perfaz acerca do consumo de carne e suas implicações. O consumo fomenta a criação de animais para abate e, por conseguinte, financia a existência da pecuária. O agronegócio voltado à criação de animais produz diversos efeitos nocivos ao meio ambiente, como desmatamento e o aumento do efeito estufa. O modelo de produção de alimentos em larga escala precisa ser repensado a fim de atender a demanda para as próximas gerações. O consumo de alimentos de origem animal causa, comprovadamente, problemas à saúde humana, ao contrário do que as campanhas publicitárias financiadas pelo agronegócio noticiam. Essas informações deveriam ser objeto de amplo debate pela sociedade na atualidade, mas o que identificamos é uma total omissão por parte do Estado em compartilhar essas informações com a população. Notadamente, em razão da presença expressiva

1 Mestranda em Direito na Universidade Nove de Julho. Orientanda do Professor Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor. Advogada. Professora de Direito Constitucional. Membra da Associação Brasileira dos Constitucionalistas da USP- Instituto Pimenta Bueno. Associada ao projeto "Colégio de Professores" da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABdConst. Assessora de Direito Constitucional da Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica – ABMCJ. Presidente da Comissão do Acadêmico de Direito da Ordem dos Advogados do Brasil, Secional São Paulo (Gestão 2020/2021). E-mail: profa.adrianacecilio@gmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

de parlamentares no Congresso Nacional brasileiro que defendem interesses ligados aos ruralistas, a chamada “bancada do boi”. A ausência de campanhas de conscientização a respeito desses dados se traduz em uma frontal violação aos direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação e à informação, posto que todos estão sendo afetados pela inação estatal.

Palavras-chave: Meio ambiente; Direitos fundamentais; Consumo de carne; Pecuária.

Summary: 1. Right to life. 2. Right to information. 3. Right to food. 4. Right to health. 5. Final considerations.

Abstract: the present work will demonstrate that fundamental rights are being vilified due to economic interests. The debate is about the consumption of meat and its implications. Consumption promotes the creation of animals for slaughter and, therefore, finances the existence of livestock. Agribusiness focused on animal breeding produces several harmful effects on the environment, such as deforestation and the increase in the greenhouse effect. The model of large-scale food production needs to be rethought in order to meet the demand for the next generations. The consumption of food of animal origin has proven to cause problems to human health, contrary to what the advertising campaigns financed by agribusiness report. This information should be the subject of a wide debate by society today, but what we have identified is a total omission on the part of the State to share this information with the population. Notably, due to the expressive presence of parliamentarians, in the Brazilian National Congress, who defend interests linked to ruralists, the so-called “ruralist bench”. The absence of awareness campaigns regarding this data translates into a frontal violation of the fundamental rights to life, health, food and information, since everyone is being affected by state inaction.

Keywords: Environment; Fundamental rights; Meat consumption; Livestock.

1. Direito à vida

A vida é o direito fundamental que dá suporte e sentido a todos os outros. Sem equilíbrio ambiental a vida na terra está condenada.

Essas afirmações, embora extremamente óbvias, encontram-se relegadas ao segundo plano se considerarmos que interesses econômicos se sobrepõem a decisões necessárias a uma efetiva preservação do meio ambiente.[2]

É louvável a veiculação de campanhas de conscientização à população e a criação de legislações com a finalidade de aplacar alguns danos ao meio ambiente, tais como: utilização de canudos biodegradáveis, recicláveis ou comestíveis[3]; vedação de distribuição de sacolas plásticas[4]; descarte correto de lixo[5], dentre outras de grande valor e importância. Para mudar o coletivo é preciso conscientizar individualmente. Entretanto, é consabido que existe uma correlação entre a degradação ambiental em larga escala e o consumo de carne, mas não existem campanhas ostensivas por parte do Estado em relação a isso, ao menos no Brasil.

Caberia ao Estado apresentar à população as informações a respeito dos impactos causados ao meio ambiente em razão do uso do solo para fins de criação de animais para o abate e consumo. Contudo, por questões econômicas, especialmente dada a força política que a agropecuária possui no Brasil (e no mundo), nada é falado a respeito dessa questão. É certo que o seguimento emprega 15 milhões de pessoas,[6] inegável que o agronegócio possui um papel relevante na economia brasileira. Ainda assim, é imprescindível rever questões ligadas à criação de animais de corte.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a agropecuária ocupava 221.780,495 hectares do solo

2 Para fins de recorte científico, tomaremos como parâmetro o Estado brasileiro ao realizarmos a análise das ações e inações que sustentam o pressuposto veiculado neste parágrafo.

3 Lei 17.110/2019, do Estado de São Paulo, proíbe canudos plásticos.

4 Lei 15.374/2012, do Município de São Paulo, proíbe a distribuição de sacolas plásticas em supermercados.

5 Campanha da Prefeitura de São Paulo #LixoÉnoLixo. Disponível em: <http://www.capital.sp.gov.br/noticia/lixo-prefeitura-lanca-campanha-para-conscientizar-o-cidadao> Acesso em: 21 dez. 2020.

6 Dados do IBGE. Disponíveis em: <https://censoagro2017.ibge.gov.br/templates/censo_agro/resultadosagro/produtores.html>. Acesso em: 21 dez. 2020.

brasileiro em 2006[7] e, segundo o Censo Agro 2017, o uso subiu para 351.289.816 hectares, sendo 159.497.547,000 hectares (45%) utilizados para pastagens.[8] O Brasil é o quinto país em extensão territorial no mundo, contando com 8.516.000 km² de área, sendo que, atualmente, apenas 117,639 milhões de hectares são terras indígenas e 151,895 milhões (ha) são unidades de conservação, entre mata natural e mata plantada.[9]

A ampliação no uso do solo para criação de animais influencia negativamente na preservação do meio ambiente de diversas maneiras, em especial quanto à emissão de gases que contribuem para o aumento do efeito estufa. Essa assertiva se confirma através das pesquisas realizadas pela rede Observatório do Clima, uma organização da sociedade civil que reúne vinte e seis instituições com larga experiência em estudos sobre a temática ambiental.[10] Vejamos:

A atividade agropecuária brasileira é responsável por 30% das emissões totais do país, como consequência das atividades de produção animal e vegetal, do uso de fertilizantes nitrogenados, do tratamento de dejetos animais e do cultivo de organossolos. Por outro lado, se considerarmos os impactos indiretos como o desmatamento e a degradação florestal das atividades agropecuárias, o uso de combustíveis fósseis e o tratamento de resíduos industriais do setor, a contribuição da agropecuária aumenta para 60% das emissões totais do país.[11]

7 Dados de 2006. Disponíveis em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/agropecuaria/atividade-economica-area.html>. Acesso em: 21 dez. 2020.

8 Dados de 2017. Disponíveis em: <https://censoagro2017.ibge.gov.br/templates/censo_agro/resultadosagro/estabelecimentos.html>. Acesso em: 21 dez. 2020.

9 Informações da Agência Brasil (EBC). Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-10/censo-agropecuario-brasil-tem-5-milhoes-de-estabelecimentos-rurais#:~:text=Com%20territ%C3%B3rio%20de%20851%2C487%20milh%C3%B5es,da%20%C3%A1rea%20total%20do%20pa%C3%ADs>. Acesso em: 21 dez. 2020.

10 Dentre elas: SOS Amazônia; Greenpeace; WWF Brasil; Amigos da Terra; Associação para Preservação da Mata Atlântica e outros.

11 Disponível em: <http://www.observatoriodoclima.eco.br/transformacoes-na-agropecuaria-sao-chave-em-um-contexto-de-mudanca-climatica/>. Acesso em: 21 dez. 2020.

A emissão de gases que contribuem para aumentar o efeito estufa é um dos aspectos nocivos ao meio ambiente que está relacionado à agropecuária. De acordo com o Relatório especial do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC),[12] que busca apresentar soluções para o aumento a da temperatura do planeta, no item C.2.5, in fine:

> Transições de uso da terra de magnitude similar podem ser observadas em trajetórias modeladas de 2°C (confiança média). Essas grandes transições apresentam desafios profundos para o manejo sustentável dos diversos usos de terra para assentamentos humanos, alimentos, alimentação animal, fibras, bioenergia, armazenamento de carbono, biodiversidade e outros serviços ecossistêmicos (alta confiança). As opções de mitigação que limitam a demanda por terra incluem a intensificação sustentável de práticas de uso da terra, restauração de ecossistemas e mudanças para dietas menos intensivas em recursos (alta confiança). A implementação de opções de mitigação baseadas na terra exigiria a superação das barreiras socioeconômicas, institucionais, tecnológicas, financeiras e ambientais que diferem entre as regiões (alta confiança).[13]

Considerando todos os efeitos, diretos e indiretos, citados pela rede Observatório do Clima em relação ao uso do solo para criação de animais, é possível deduzir que a prática demanda recursos naturais de forma excessiva, vez que impacta no desmatamento, na qualidade do solo e do ar. Desta feita, é razoável afirmar que se trata de um expediente que precisa ser revisto, nos termos indicados pelo Relatório do IPCC "mudanças para dietas menos intensivas em recursos".

A Organização das Nações Unidas afirma de forma clara que o relatório do IPCC indica a correlação entre o consumo de carne e o efeito estufa.[14] Há uma necessidade premente de utilizar do solo de forma sustentável, a fim de preservar o carbono necessário para

12 Disponível em: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/07/SPM-Portuguese-version.pdf>. Em inglês, disponível em: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29261/IPCCLand.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 dez. 2020.

13 Grifo nosso.

14 "Alto consumo de carne e laticínios no Ocidente sustenta aquecimento global". Disponível em: <https://news.un.org/pt/tags/consumo-de-carne>. Acesso em: 21 dez. 2020.

o bom cultivo da terra. A ONU divulgou o Relatório pontuando que o documento "destaca que uma mudança para uma dieta baseada em vegetais pode ajudar a combater a mudança climática, e além disso mais pessoas poderiam ser alimentadas com um menor uso da terra e a diminuição do consumo de carne."[15]

2. Direito à informação

Embora essas informações pareçam estar em um espaço de destaque no cenário atual, dada a publicidade através de órgãos de tamanha credibilidade, a verdade é que grande parte da população simplesmente ignora esses dados. O debate tem se realizado exclusivamente em ambientes acadêmicos e em órgãos políticos qualificados, como a ONU; inexiste participação popular. É certo que essas informações são de suma importância para o posicionamento individual frente às decisões que podem implicar em uma maior proteção ao meio ambiente, mas nada disso tem sido comunicado amplamente.

Como mencionado supra, os interesses do agronegócio se sobrepõem aos da sociedade, criando uma barreira que represa o compartilhamento de tais informações com o grande público. No parlamento brasileiro existe a denominada "bancada do boi", cujos membros declaradamente defendem os anseios dos ruralistas. O Observatório do Legislativo Brasileiro, entidade ligada ao Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) da UERJ, produziu o "Mapa do agronegócio no Congresso" e dentre muitos achados importantes, concluíram que:

> Cerca de 50% dos deputados e senadores da atual legislatura compõem a Frente, que controla as comissões sobre o tema na Câmara e tem participação importante em comissões correlatas no Senado. Os membros da FPA também possuem índice de ativismo de tribuna mais elevado nos temas Meio Ambiente e Uso do Solo comparativamente aos demais congressistas. Os mais engajados no levantamento desses temas em seus discursos são parlamentares oriundos de

15 Disponível no site da ONU Brasil: <https://news.un.org/pt/story/2019/08/1682851>. Acesso em: 20 dez. 2020.

> estados em que agropecuária tem peso relevante.
>
> Outros dados serão agregados a este primeiro mapeamento sobre o peso do agronegócio no Congresso, mas, até então, pode-se afirmar que o setor tem capilaridade suficiente nas duas casas legislativas, especialmente, no Senado, para pender a balança da agenda ambiental do Legislativo em seu favor.[16]

Realizamos uma breve pesquisa no site do Congresso Nacional inserindo o termo "carne" no campo destinado à busca textual. Efetuamos a pesquisa analisando as cinco primeiras páginas apresentadas como resultado (aproximadamente 50 projetos de lei) encontramos apenas um com vistas a introduzir o debate em relação à conscientização a respeito do consumo de carne, PL 4624 de 2012, de autoria do Deputado Ricardo Izar. O parecer da relatora na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público foi pela rejeição do projeto de lei. Não houve outros andamentos.

Os demais projetos se ligam, prioritariamente, à proteção dos interesses dos ruralistas. Podemos destacar dois PLs 2879 de 2019 e 5499 de 2020, ambos buscam regulamentar a utilização da palavra "carne" e seus sinônimos nas embalagens, rótulos e publicidade de alimentos, autorizando o uso do termo apenas se o alimento for de origem animal; ou seja, trata-se de projetos de lei de caráter claramente protecionista que visam evitar o uso do termo "carne" em embalagens de produtos de origem vegetal.

Embora a pesquisa tenha se realizado de forma perfunctória, não carece de assertividade. O método adotado, por amostragem, se revela eficiente para o que se busca comprovar. É razoável afirmar que a ocupação dos espaços políticos por membros da chamada bancada ruralista tem o poder de impactar na disseminação, ou não, de informações que são de grande importância para a população acerca dos prejuízos ambientais causados pela pecuária.

16 FPA significa Frente Parlamentar da Agropecuária. Dados disponíveis em: <https://olb.org.br/mapa-do-agronegocio-no-congresso/>. Acesso em: 21 dez. 2020.

3. Direito à alimentação

É necessário dizer o óbvio, esconder o problema não fará com que ele desapareça. Além da questão ambiental, existe uma grave implicação de ordem alimentar. É insustentável o uso da terra para a pecuária, considerando a necessidade alimentar da população mundial. A projeção para os próximos anos, segundo a ONU, é a de que seremos 9,5 bilhões de pessoas em 2050.[17]

Um estudo produzido por cientistas do Instituto de Ecologia Social de Viena (Áustria) analisou quinhentos cenários diferentes nos quais a produção de alimentos de forma sustentável poderia, ou não, atender a demanda por alimentos nos próximos anos.[18] "Avaliamos a viabilidade de 500 cenários. 'Viabilidade' foi definida como uma situação em que a demanda global de alimentos é correspondida pela oferta de terras agrícolas e a intensidade da pastagem do gado permanece dentro de limites ecológicos."[19]

A pesquisa foi realizada por uma equipe de cientistas, liderada por Karlheinz Erb, professor na University of Natural Resources and Life Sciences, Vienna; e outros cinco cientistas que também dedicam sua vida acadêmica ao estudo da temática. Dentre os resultados apresentados no artigo destacamos o seguinte achado:

> Mais de 40% de todos os cenários (211) não são viáveis. Dezoito por cento de todos os cenários são limitados pela disponibilidade de terras agrícolas, 16% por limites de intensidade de pastejo e 7% por uma concomitância de ambas as restrições. Enquanto todos os cenários do VEGAN e 94% dos cenários do VEGETARIANO são viáveis.[20]

17 Dados do relatório publicado em junho de 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/06/1676601>. Acesso em: 22 dez. 2020.

18 "O uso da terra está associado a diversos outros efeitos ambientais, como eutrofização, poluição, perda de biodiversidade ou efeitos climáticos, atingindo níveis que colocam em risco a prestação de serviços ecossistêmicos à sociedade6, 7. Explorar maneiras que permitem alimentar e abastecer a crescente população global, protegendo as funções de suporte à vida dos ecossistemas, é geralmente reconhecido como um desafio urgente de sustentabilidade". Disponível em: <https://www.nature.com/articles/ncomms11382>. Acesso em 22 dez. 2020.

19 Artigo: "Explorando o espaço da opção biofísica para alimentar o mundo sem desmatamento". Disponível em: <https://www.nature.com/articles/ncomms11382>. Acesso em: 22 dez. 2020.

20 Op. Cit.

Os resultados foram alcançados após um longo e rigoroso esforço científico para analisar os cenários em que a produção de alimentos de forma sustentável, ou seja, protegendo as florestas do desmatamento, se revela possível para atender a demanda que se avizinha para as gerações futuras. O resultado dessa pesquisa se liga à primeira reflexão trazida neste opúsculo. Falar em direito à alimentação é falar em direito à vida.

As pesquisadoras PAZZINI e SPAREMBERGER também se dedicaram a elucidar a questão do direito humano à alimentação e os impactos negativos da produção de carne; e afirmam: "a terra suficiente para produzir o equivalente a 210 quilogramas de carne bovina poderia dar lugar ao equivalente a 5 toneladas de feijão; ou a 16 toneladas de trigo; ou a 4 toneladas de cenoura; ou a 40 toneladas de tomates; ou a 13 toneladas de arroz; ou a 23 toneladas de milho."[21]

Não é leviano afirmar que a expressiva maioria da população, em todas as partes do mundo, não está ciente desse debate. Mesmo se tratando de um tema que deveria ser absolutamente central neste momento, visto que as decisões de hoje serão decisivas para definir o futuro. Contudo, nada se ouve a respeito disso, ao menos no Brasil podemos fazer essa afirmação de maneira categórica. O Estado brasileiro não trata dessa questão, não existem campanhas de conscientização quanto ao consumo de carne e seus mais diversos impactos.

4. Direito à saúde

Sob diversas perspectivas a produção de animais para fins alimentares possui implicações negativas tanto para o meio ambiente, como para as pessoas. O estudo sobre segurança alimentar supramencionado traz outra faceta nociva ao ser humano,

21 A produção e o consumo de carne como prejudiciais ao meio ambiente, aos direitos humanos e aos direitos animais: perspectivas para um efetivo direito humano à alimentação adequada. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/issue/view/37>. Acesso em: 22 dez. 2020.

os problemas relacionados à saúde advindos do consumo de carne. Vejamos:

> Há um mito de que somente por meio do consumo de produtos de origem animal o ser humano conseguirá suprir suas necessidades de ferro, cálcio, proteína e outros nutrientes. No entanto, a realidade e as pesquisas começam a demonstrar o contrário. A carne não só é totalmente dispensável como também traz muitos malefícios à saúde humana, tais como doenças cardiovasculares, câncer, diabetes e alergias.[22]

As propagandas produzidas pela indústria do agronegócio vendem a ideia de que a carne é essencial para uma alimentação saudável. No entanto, nos termos citados no estudo "grandes instituições de nutrição e saúde, entre as quais a Associação Dietética Americana, Foodand Drug Administration (FDA), American Heart Association e outras, recomendam as dietas vegetarianas ou veganas como opções necessárias, em detrimento da dieta onívora."[23]

Dietas veganas e vegetarianas são recomendadas há séculos, possuindo adeptos bastante conhecidos como Pitágoras;[24] Leonardo Da Vinci;[25] Jean-Jacques Rousseau;[26] Albert Einstein;[27]

---

22 Op. Cit.

23 Op. Cit.

24 Mary Ann Violin. "Pythagoras – The First Animal Rights Philosopher", volume 6 do jornal de filosofia "Between the species", publicado em 1990.

25 Leia a respeito na obra de Edward MacCurdy, The Notebooks of Leonardo da Vinci (1956, first published 1939).

26 Rousseau fala sobre a dieta livre de carne em diversas de suas obras. Destacamos um excerto da obra "Emílio": "Uma das provas de que o sabor da carne não é natural ao homem é a indiferença que as crianças demonstram por esse tipo de carne e a preferência que todas dão por alimentos vegetais, como mingau de leite, pastelaria, frutas etc. é de extrema importância não desnaturalizá-los desse gosto primitivo (de ne pas dénaturer ce goût primitif), e não torná-los carnívoros, senão por razões de saúde, pelo menos por causa de seu caráter. Pode ser explicado, é certo que grandes comedores de carne são, em geral, mais cruéis e ferozes do que outros homens. Esta observação é verdadeira em todos os lugares e em todos os tempos. A grosseria inglesa é bem conhecida".

27 "Nada beneficiará tanto a saúde humana e aumentará as chances de sobrevivência da vida na terra quanto a evolução para uma dieta vegetariana. A ordem de vida vegetariana, por seus efeitos físicos, influenciará o temperamento dos homens de uma tal maneira que melhorará em muito o destino da humanidade."

Liev Tolstói;[28] dentre outros.

5. Considerações finais

A Constituição brasileira assegura o direito à vida,[29] à saúde,[30] à informação[31] e o direito à alimentação,[32] todos são considerados direitos fundamentais. Mas se analisarmos os dados apresentados nesta pesquisa podemos afirmar, com relativa segurança, que nenhum deles está sendo respeitado por parte do Estado.

O direito à vida e à saúde estão sendo vulnerabilizados ante a omissão estatal em comunicar à população a respeito dos potenciais riscos à segurança alimentar e seus efeitos, produzidos pelo consumo de carne. O direito à alimentação das próximas gerações está sob grave risco se observarmos os prognósticos apresentados pelos pesquisadores mencionados neste artigo. O direito à informação inclui não apenas o direito de se informar livremente, mas também o direito de ser informado.

O Estado tem o dever de informar a população sobre dados de seu interesse. Mas nada do que foi mencionado até aqui, nenhuma dessas informações, por mais relevantes que sejam, e são, estão chegando ao conhecimento da população brasileira através de campanhas que deveriam ser patrocinadas, em caráter de urgência, por parte do poder público.

28 O autor escreveu sobre o vegetarianismo em um ensaio publicado 27 anos depois de sua morte, na obra "Recollections and Essays", lançado em 1937.

29 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"

30 "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

31 "XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;"

32 "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

O debate proposto no presente artigo busca apresentar os riscos aos quais a população, de maneira geral, está exposta por falta de informação. Como mencionado, direitos fundamentais como o direito à vida, à alimentação e à informação, bens intangíveis e inegociáveis, estão sendo claramente vulnerabilizados em razão de interesses econômicos.

Não há outra explicação razoável que possa justificar a completa inexistência de um debate sério e aberto à sociedade. As informações trazidas aqui não são recentes. Os dados já se encontram amplamente confirmados pela comunidade científica há anos. Entretanto, nenhuma dessas informações tem sido compartilhada com a população. Não há uma preocupação em conscientizar as pessoas sobre todos os riscos e danos advindos do consumo de carne.

A situação é grave e merece a atenção da academia, que tem por desiderato produzir o necessário constrangimento doutrinário, expondo cientificamente todo o potencial nocivo advindo da omissão do Estado a respeito dessa temática.

Referências bibliográficas

ERB, KH., LAUK, C., KASTNER, T. et al. Exploring the biophysical option space for feeding the world without deforestation. In: ERB, KH., LAUK, C., KASTNER, T. et al. Nat Commun 7, 11382 (2016). Disponível em: https://www.nature.com/articles/ncomms11382. Acesso em: 22 dez. 2020.

Estado de São Paulo. Lei 17.110/2019, de 12 de julho de 2019. Proíbe o fornecimento de canudos confeccionados em material plástico no Estado e dá outras providências.

GERSHON, Débora; MEIRELES, Fernando; BARBOSA, Leonardo M.. Observatório do Legislativo Brasileiro. Mapa do Agronegócio no Congresso. FPA significa Frente Parlamentar da Agropecuária. In: GERSHON, Débora; MEIRELES, Fernando; BARBOSA, Leonardo M. Observatório do Legislativo Brasileiro (OLB), 2020. Disponível

em: https://olb.org.br/mapa-do-agronegocio-no-congresso/. Acesso em: 21 dez. 2020.

IBGE. Brasil em síntese. Agropecuária. In: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Pesquisar atividade econômica área. Brasil, 2006. Disponível em: https://brasilemsintese.ibge.gov.br/agropecuaria/atividade-economica-area.html. Acesso em: 21 dez. 2020.

_____. Censo Agro 2017. In: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. 2017. Disponível em: https://censoagro2017.ibge.gov.br/templates/censo_agro/resultadosagro/produtores.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

_____. Climate change and land. In: IPCC: Intergovernmental Panel on Climate Change. 2020. Disponível em: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29261/IPCCLand.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 21 dez. 2020. ISBN 978-92-9169-154-8.

_____. Painel intergovernamental sobre mudanças climáticas. Aquecimento Global de 1,5°C. Pesquisar Aquecimento Global de 1,5ºC. In: IPCC: Intergovernmental Panel on Climate Change. Brasil, 2019. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/07/SPM-Portuguese-version.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.

MACCURDY, Edward. The Notebooks of Leonardo da Vinci, 1956 (first published 1939).

Município de São Paulo. Lei 15.374/2012, de 18 de Maio de 2011. Dispõe sobre a proibição da distribuição gratuita ou venda de sacolas plásticas a consumidores em todos os estabelecimentos comerciais do Município de São Paulo, e dá outras providências.

NITAHARA, Akemi. Censo Agropecuário: Brasil tem 5 milhões de estabelecimentos rurais. In: NITAHARA, Akemi. Rio de Janeiro, Agência Brasil (EBC) 2019. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-10/censo-agropecuario-brasil-tem-5-milhoes-de-estabelecimentos-rurais#:~:text=Com%20

t e r r i t %C 3 % B 3 r i o % 2 0 d e % 2 0 8 5 1 % 2 C 4 8 7 % 2 0 milh%C3%B5es,da%20%C3%A1rea%20total%20do%20pa%C3%ADs. Acesso em: 21 dez. 2020.

_____. Notícias. Lixo: Prefeitura lança campanha para conscientizar o cidadão. In: Prefeitura de São Paulo: Cidade de São Paulo. São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: http://www.capital.sp.gov.br/noticia/lixo-prefeitura-lanca-campanha-para-conscientizar-o-cidadao. Acesso em: 21 dez. 2020.

Observatório do clima. Transformações na agropecuária são chave em um contexto de mudança climática. In: OC: Observatório do Clima. Brasil, 2015. Disponível em: http://www.observatoriodoclima.eco.br/transformacoes-na-agropecuaria-sao-chave-em-um-contexto-de-mudanca-climatica/. Acesso em: 21 dez. 2020.

ONU News. Alto consumo de carne e laticínios no Ocidente sustenta aquecimento global, diz estudo. In: ONU News, Nações Unidas, Perspectiva Global Reportagens Humanas, 2019. Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2019/08/1682851. Acesso em: 21 dez. 2020.

ONU News. População mundial deve ter mais 2 bilhões de pessoas nos próximos 30 anos. In: ONU News, Nações Unidas, Perspectiva Global Reportagens Humanas, 2019. Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2019/06/1676601. Acesso em: 22 dez. 2020.

PAZZINI, Bianca; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A produção e o consumo de carne como prejudiciais ao meio ambiente, aos direitos humanos e aos direitos animais: perspectivas para um efetivo direito humano à alimentação adequada. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 259-283, jan./jun. 2015. Disponível em: http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/issue/view/37. Acesso em: 22 dez. 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Emílio ou Da Educação. Edição 1. ed. Edipro, 2017.

VIOLIN, Mary Ann. Pythagoras – The First Animal Rights Philosopher. Between the species. v. 6: Iss.3, Article 8, 1990.

O compliance tributário como mecanismo preventivo à imputação de multas fiscais no Brasil

Tax compliance as a preventive mechanism for the imposition of tax fines in Brazil

Lucienne Michelle Treguer Cwikler Szajnbok[1]

Sumário: 1. Introdução. 2. A importância do compliance tributário no Brasil. 3. Não conformidade tributária e multas. 4. Considerações finais. Referências

Resumo: O compliance tem assumido importância inconteste no cenário empresarial, atuando como instrumento direcionador de práticas e comportamentos, para que estes se pautem pela ética e licitude. O compliance tributário, por sua vez, tem por objetivo orientar a atuação fiscal-tributária, de forma que as obrigações tributárias principal e acessória sejam realizadas em consonância com a legislação vigente, com o fito de se prevenir a ocorrência de não conformidades que possam ensejar a imputação de sanções. Partindo-se das premissas apontadas, visa o presente trabalho demonstrar a importância do compliance tributário em âmbito empresarial, diante de um cenário de profunda complexidade e desafios, marcado por uma ampla gama de tributos, uma intrincada legislação e uma jurisprudência claramente instável. Como problema de pesquisa, esse estudo busca refletir sobre os riscos decorrentes da não conformidade tributária, que sujeita o contribuinte a uma série de sanções, com destaque às multas tributárias, em suas diversas modalidades. A partir da pesquisa realizada, foi possível concluir que as multas tributárias, exigíveis quando do descumprimento de uma obrigação tributária, na esfera federal, podem chegar até 225% sobre o crédito tributário, o que representa certamente um preocupante impacto a considerar. Para o desenvolvimento da pesquisa, a opção foi pelo método sistêmico aberto, desenvolvido por Karl Ludwig von Bertalanffy. Por fim, o

1 Mestre e Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Administração de Empresas e Direito, com especialização em Direito Empresarial. Advogada, Pesquisadora e Professora em cursos de pós-graduação. E-mail: lucienne.szajnbok@gmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

estudo foi realizado mediante levantamento bibliográfico, com consulta a legislação, doutrina e periódicos, tanto nacionais quanto estrangeiros, das áreas econômica e jurídica.

Palavras-Chave: Compliance tributário; sanções tributárias; multas.

Abstract: Compliance has assumed unquestionable importance in the business scenario, acting as a guiding instrument for practices and behaviors, so that they are guided by ethics and lawfulness. Tax compliance, in turn, aims to guide the fiscal-tax performance, so that the main and accessory tax obligations are carried out in accordance with current legislation, with the aim of preventing the occurrence of non-conformities that may give rise to imposition of sanctions. Based on the assumptions pointed out, this paper aims to demonstrate the importance of tax compliance in the business environment, in the face of a scenario of profound complexity and challenges, marked by a wide range of taxes, intricate legislation and clearly unstable jurisprudence. As a research problem, this study seeks to reflect on the risks arising from tax non-compliance, which subjects the taxpayer to a series of sanctions, with emphasis on tax fines, in their various modalities. From the research carried out, it was possible to conclude that the tax fines, payable when a tax obligation is breached, at the federal level, can reach up to 225% on the tax credit, which certainly represents a worrying impact to consider. For the development of the research, the option was for the open systemic method, developed by Karl Ludwig von Bertalanffy. Finally, the study was carried out by means of a bibliographic survey, with consultation of legislation, doctrine and journals, both national and foreign, in the economic and legal areas.

Keywords: Tax compliance; tax sanctions; fines.

1. Introdução

O tema compliance tem sido recorrente nos últimos tempos, principalmente no Brasil, onde, diuturnamente, se assiste à deflagração de inúmeras operações de combate à corrupção.

A afirmação de que compliance e corrupção são termos que, no Brasil, apresentam correlação decorre do fato de que coube à

Lei nº 12.846/13, também conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei Empresa Limpa, introduzir no sistema normativo brasileiro o incentivo à adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, estimulando ainda a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, tudo com vistas a prevenir que pessoas jurídicas se envolvam em atos de corrupção.

É dizer, a Lei nº 12.846/13, em conjunto com o Decreto nº 8.420/15 que a regulamentou, foram, em grande medida, responsáveis por fazer com que os programas de compliance e integridade, que já eram acentuadamente adotados por empresas multinacionais e instituições do segmento financeiro, assumissem papel de destaque no ambiente empresarial.

É importante destacar que, muito embora o estímulo à adoção dos programas de compliance no Brasil esteja relacionado a uma lei que trata sobre mecanismos de combate à corrupção, não se pode perder de vista de que o compliance atinge um espectro muito mais amplo.

De fato, partindo-se da premissa de que as empresas, na busca da concretização de seus objetos sociais, se relacionam com diversos stakeholders (acionistas, governo, consumidores, fornecedores, empregados, sindicatos, organizações não governamentais etc.) e igualmente se sujeitam a riscos de não conformidade em diversas áreas, os programas de compliance acabam por atuar como verdadeiros norteadores para a atuação ética e lícita.

Assim é que os programas de compliance orientam a atuação empresarial, com vistas a evitar que não conformidades ocorram, apresentando, consequentemente, importante papel para afastar os riscos de sanções e penalidades das mais diversas ordens, inclusive de cunho fiscal e tributário, foco do presente trabalho.

Feitas as considerações preliminares, o presente trabalho objetiva demonstrar a importância do compliance tributário em

âmbito empresarial, diante de um cenário de profunda complexidade e desafios, marcado por uma ampla gama de tributos, uma intrincada legislação e uma jurisprudência claramente instável.

A título de problematização, esse estudo busca refletir sobre os riscos decorrentes da não conformidade tributária, que sujeita o contribuinte a uma série de sanções, com destaque às multas tributárias, em suas diversas modalidades.

Para a finalidade proposta, será adotado o método sistêmico aberto de Karl Ludwig von Bertalanffy, com o foco na interação entre diferentes elementos e suas trocas com o ambiente. Além disso, o estudo será desenvolvido mediante levantamento bibliográfico, com consulta a legislação, doutrina e periódicos, tanto nacionais quanto estrangeiros, das áreas jurídica e econômica.

2. A importância do compliance tributário no Brasil

De início, convém ressaltar que o termo compliance deriva da língua inglesa e, em sua literalidade, significa cumprir ou agir de acordo com algo. Por assim dizer, o compliance traz em seu bojo a noção de cumprimento do conjunto normativo legal vigente e igualmente se refere à observância das políticas e procedimentos internos, adotados por uma organização ou empresa.

Complementando, os programas de compliance se orientam "pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade"[2].

Destarte, cabe informar que

> o compliance integra um sistema complexo e organizado de procedimentos de controle de riscos e preservação de valores intangíveis que deve ser coerente com a estrutura societária, o compromisso efetivo da sua liderança e a estratégia da empresa, como elemento cuja adoção resulta na criação de um ambiente de segurança jurídica e confiança

2 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 255.

indispensável para a boa tomada de decisão.[3]

Trasladando o conceito geral de compliance à esfera tributária, pode-se afirmar que a adoção da cultura de compliance tributário tem por escopo orientar o comportamento da empresa ou organização para o exato e tempestivo adimplemento das obrigações principais (pagamento de tributos) e das obrigações acessórias ou deveres instrumentais (preenchimento e envio de declarações, prestação de informações etc.).

É de se notar, porém, que o compliance tributário, para o cumprimento do seu desiderato, se depara com inúmeros desafios, notadamente decorrentes da complexidade que grassa o sistema tributário brasileiro.

Com efeito, o compliance tributário, em solo brasileiro, se defronta com uma situação, no mínimo, desafiadora. Se, por um lado, cabe ao compliance tributário orientar o contribuinte quanto ao exato cumprimento das obrigações tributárias que lhe são legalmente exigíveis, afastando os riscos de imputação de diversas modalidades de sanção e de danos financeiros e reputacionais, de outra monta, o compliance se vê diante de um inegável desafio, qual seja, a complexidade do sistema tributário brasileiro.

Ora, a coexistência de diversos tipos de tributos – impostos, taxas e contribuições – que emanam da repartição de competências constitucionalmente atribuída à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, somando-se ao fato de que cada tipo tributário conta com a sua respectiva legislação e um conjunto de obrigações acessórias ou deveres instrumentais, fazem com que o Brasil se enquadre dentre os países de maior complexidade tributária.

A corroborar tal assertiva, note-se que, de acordo com o Tax Complexity Index, elaborado pela Ludwig Maximilian University of Munich, em conjunto com a Paderborn University, o Brasil é classificado como o país que apresenta a maior complexidade

3 BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In: CARVALHO, André Castro (coord.). Manual de compliance. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 54.

tributária, dentre 100 países considerados.[4]

No que concerne às dificuldades atinentes à gestão de tributos, o Relatório Doing Business, desenvolvido pelo Banco Mundial, classifica o Brasil na 184ª posição, dentre 190 países. Observe-se que tal posicionamento decorre de inúmeros fatores, dentre os quais a constatação que as empresas brasileiras dispendem uma média de 1501 horas por ano para o cumprimento de todo o cabedal de obrigações tributárias. Essa quantidade de horas por ano, frise-se, está muito além do tempo expendido não só pelos países da OCDE (158,8 horas por ano), como também se coloca bem acima da média apurada em países da América Latina e Caribe (317,10 horas por ano).[5]

Aliás, os indicadores apontados apenas traduzem o atual cenário tributário brasileiro, que tantos reflexos negativos ocasiona à atratividade do país para investimentos. A esse respeito, segundo o Tax Attractiveness Index, o Brasil, em 2018, se enquadrava no conjunto de países com menor atratividade tributária, ocupando a 89ª posição, dentre 100 países considerados.[6]

Ainda que sejam apontadas algumas iniciativas adotadas pelo Estado brasileiro, em direção à simplificação tributária, a exemplo da implantação do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED que, ao integrar os fiscos federal, estaduais e municipais, buscou padronizar e unificar a prestação de informações, o sistema tributário nacional, com a sua ampla gama de tributos e sua extensa e intrincada legislação, permanece complexo e de difícil gestão.

Sob essa perspectiva, o compliance tributário assume inegável protagonismo, pois preconizando a adoção de práticas que propiciam a conformidade tributária, quer no tocante ao

4 LUDWIG MAXIMILIAN UNIVERSITY OF MUNICH; PADERBORN UNIVERSITY. Tax Complexity Index. Disponível em: https://www.taxcomplexity.org/. Acesso em: 7 dez. 2020.

5 THE WORLD BANK. Doing Business: medindo a regulamentação do ambiente de negócios. Disponível em: https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploretopics/paying-taxes. Acesso em: 7 dez. 2020.

6 LUDWIG MAXIMILIAN UNIVERSITY OF MUNICH. Tax Attractiveness Index. Disponível em: https://www.tax-index.org/. Acesso em: 7 dez. 2020.

cumprimento das obrigações principal e acessória, quer no que respeita ao atento acompanhamento da legislação e da jurisprudência tributárias, atua evitando que a empresa, como contribuinte, venha a arcar com sanções e penalidades.

3. Não conformidade tributária e multas

Sob o prisma tributário, é possível afirmar que o inadimplemento de obrigações, tanto principais, quanto acessórias, ensejam a imputação de sanções que podem ser pecuniárias[7] e/ou não pecuniárias[8].

Em se tratando de inadimplemento, estudos de economia comportamental têm se dedicado a discutir os possíveis motivos que levam os contribuintes a pagar ou a deixar de pagar tributos.

Nessa senda, Allingham e Sandmo demonstram que a decisão quanto ao pagamento ou à evasão de tributo é pontuada de incertezas, sendo, porém, possível apontar que o comportamento do contribuinte dependerá da possibilidade de vir a ser fiscalizado pelas autoridades fiscais, com a consequente imputação de penalidades.[9]

Por outro lado, a partir de estudos empíricos, Alm, McClelland e Schulze admitem que, entre os contribuintes, há uma grande diversidade de comportamentos, que vão desde os contribuintes que superestimam baixos riscos até aqueles que subestimam altos riscos. De qualquer forma, esses economistas concluem ser difícil

7 Como espécies de sanções pecuniárias, têm-se os acréscimos moratórios, a exemplo da SELIC, e as multas.

8 No rol das sanções não pecuniárias se enquadram penalidades, tais como (i) a inscrição de débito no CADIN – Cadastro Informativo de Débitos não quitados, (ii) a comunicação da inscrição em dívida ativa em órgãos que operam bancos de dados e cadastros relativos a consumidores e aos serviços de proteção ao crédito, (iii) a averbação da certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, (iv) o protesto extrajudicial, dentre outras.

9 ALLINGHAM, Michael G.; SANDMO, Agnar. Income tax evasion: a theoretical analysis. Journal of public economics, v. 1, n. 3-4, p. 323-338, nov. 1972. p. 324. Disponível em: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download;jsessionid=12153D376C0A737CCB8A3951C2414A54?doi=10.1.1.588.5382&rep=rep1&type=pdf. Acesso em: 18 dez. 2020.

construir uma teoria de compliance a partir do comportamento dos contribuintes.[10]

Ainda que a demonstração do impacto das penalidades, notadamente das multas, na indução do comportamento do contribuinte para a conformidade tributária não seja um tema isento de dificuldades e dúvidas, fato é que uma detida análise da evolução legislativa brasileira, no tocante à incidência de penalidades em matéria tributária, revela que a legislação federal, estadual e municipal tem, cada vez mais, ampliado o rol de punições não pecuniárias, além de adotar, no tocante às sanções pecuniárias, percentuais considerados, em muitos casos, excessivos.

Dito isso, a adoção de medidas de compliance direcionadas ao controle e ao monitoramento quanto ao cumprimento das obrigações tributárias contribui para afastar ou, ao menos, reduzir os riscos de exposição da empresa ou organização a sanções tributárias.

Contudo, não obstante o extenso rol de sanções tributárias, é necessário que se diga que o presente estudo terá por foco apenas as multas incidentes pelo inadimplemento de obrigações tributárias federais, o que implica trazer ao debate o quanto disciplinado na Lei nº 9.430/96.

Inicialmente, a citada lei dedica o artigo 44, inciso I, à multa de ofício, cuja denominação decorre do fato de incidir nos casos de lançamento de ofício quando, normalmente, a autoridade fiscal lavra auto de infração em face do contribuinte. Essa multa, cujo percentual é de 75% (setenta e cinco por cento), incide sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata.

Assinale-se que, em determinadas situações, a multa de ofício de 75% será duplicada para 150% (cento e cinquenta por cento).

10 ALM, James; MCCLELLAND, Gary H.; SCHULZE, William. Why do people pay taxes? Journal of public economics, v. 48, n. 1, p. 21-38, jun. 1992. p. 36. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/4919510_Why_Do_People_Pay_Taxes. Acesso em: 18 dez. 2020.

Trata-se da multa de ofício qualificada, prevista no §1º do artigo 44, exigível quando constatada a prática de sonegação, fraude ou conluio pelo contribuinte, na forma preconizada pelos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

O inciso II, do mesmo artigo 44, por sua vez, dispõe sobre a multa isolada de 50% (cinquenta por cento), que será exigida: (i) sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física, na forma do artigo 8º da Lei nº 7.713/88 e (ii) sobre o valor do pagamento mensal, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica, nos termos do artigo 2º da Lei nº 9.430/96.

A Lei nº 9.430/96, em seu artigo 44, §2º, dispõe ainda que a multa de ofício de 75% (artigo 44, inciso I) e a multa de ofício qualificada de 150% (artigo 44, §1º) serão agravadas, isto é, aumentadas de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (i) prestar esclarecimentos; (ii) apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os artigos 11 a 13 da Lei nº 8.218/91 e (iii) apresentar a documentação técnica de que trata o artigo 38 da Lei n° 9.430/96.

Mais adiante, o artigo 61, da Lei nº 9.430/96, trata da multa moratória que, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso, e limitada a 20% (vinte por cento), incidirá sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, não pagos nos prazos previstos na legislação específica.

De igual modo merece destaque as multas incidentes sobre o mero descumprimento de obrigações acessórias, comumente denominadas de multas isoladas, previstas em diversos normativos. Tais multas são usualmente expressas em percentuais incidentes sobre o valor do crédito tributário, ainda que este tenha sido pago

integral e tempestivamente.

Obviamente, se compulsados os normativos estaduais e municipais, correspondentes aos tributos inseridos em suas respectivas esferas de competência, será possível se deparar com outros percentuais de multa aplicáveis.

Fato é que a legislação tributária brasileira, ao longo do tempo, vem estabelecendo multas que, não raras vezes, suscitam embates doutrinários e jurisprudenciais.

De um lado, tem-se o posicionamento de que as penalidades, notadamente as multas, hão de ser rigorosas dados os reflexos que o não pagamento de tributo acarreta ao Erário Público e à própria sociedade, na medida em que a redução no volume de receita tributária prejudica o custeio da atividade estatal, inclusive no que respeita à adoção e à implementação de políticas públicas.

De outra monta, advoga-se que multas elevadas e excessivas maculam inúmeros princípios constitucionais, tais como o direito à propriedade, ao livre exercício da atividade econômica, à livre concorrência e, primordialmente, ao princípio que estabelece à vedação do confisco em matéria tributária. Ademais, suscita-se a necessidade de observância dos postulados ou princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição de excesso.

Inclusive, consultando-se a jurisprudência dos tribunais superiores, é possível constatar a existência de variadas discussões acerca do tema, tendo, de um lado os entes tributantes – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios – e, de outro lado, os contribuintes.

Muitos processos que tramitam no Supremo Tribunal Federal (STF), portanto em última e definitiva instância, discutem o limite às multas.

Nessa esteira, é possível verificar que, nos autos do Recurso Extraordinário nº 882.461-MG, discute-se, em sede de repercussão geral, o limite à multa moratória que, muito embora na esfera federal esteja limitada a 20%, encontra, nas esferas estaduais e

municipais, percentuais em patamares superiores.

Em acréscimo, a excessividade da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, §1º, da Lei nº 9.430/96, está sendo discutida no STF, também em grau de repercussão geral, nos autos do Recurso Extraordinário nº 736.090-SC.

De qualquer forma, em que pesem as discussões doutrinárias e jurisprudenciais, tem-se que os percentuais das multas tributárias nos patamares legalmente estatuídos, quando aplicados ao valor do crédito tributário principal, exacerbam consideravelmente o valor final devido, gerando inegável impacto financeiro à pessoa jurídica.

4. Considerações finais

Diante do exposto, constata-se que não são singelas as consequências e os riscos advindos das não conformidades, oriundas do inadimplemento no pagamento de obrigações tributárias principais, ou da ausência do cumprimento de obrigações tributárias acessórias, estas consubstanciadas pela não entrega ou entrega a destempo de declarações ou informes ou pela ausência ou insuficiência na prestação de informações.

Ainda, a despeito dos embates doutrinários e das inúmeras discussões judiciais em torno das multas tributárias, não se pode deixar de considerar o peso que as mesmas representam quando inconformidades tributárias são detectadas, principalmente, por ocasião da lavratura de autos de infração e imposição de multas.

Nessa perspectiva, o compliance tributário se traduz em mecanismo salutar e indispensável à condução dos negócios empresariais.

A imperiosa e inafastável necessidade de observância das normas aplicáveis, ainda que em matéria tributária tais normas alberguem indiscutível complexidade e amplitude, se constitui no cerne do compliance tributário.

Por fim, cabe a afirmação de que o compliance tributário, como instrumento preventivo à ocorrência de não conformidades, se preocupa em afastar riscos que possam causar impactos negativos à pessoa jurídica, tanto financeiros, quanto reputacionais e de imagem.

Referências

ALLINGHAM, Michael G.; SANDMO, Agnar. Income tax evasion: a theoretical analysis. Journal of public economics, v. 1, n. 3-4, p. 323-338, nov. 1972.

Disponível em: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download;jsessionid=12153D376C0A737CCB8A3951C2414A54?-doi=10.1.1.588.5382&rep =rep1&type=pdf. Acesso em: 18 dez. 2020.

ALM, James; MCCLELLAND, Gary H.; SCHULZE, William. Why do people pay taxes? Journal of public economics, v. 48, n. 1, p. 21-38, jun. 1992. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/4919510_Why_Do_People_Pay_Taxes. Acesso em: 18 dez. 2020.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In: CARVALHO, André Castro (coord.). Manual de compliance. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 39-58.

BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.

planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

LUDWIG MAXIMILIAN UNIVERSITY OF MUNICH. Tax Attractiveness Index. Disponível em: https://www.tax-index.org/. Acesso em: 7 dez. 2020.

LUDWIG MAXIMILIAN UNIVERSITY OF MUNICH; PADERBORN UNIVERSITY. Tax Complexity Index. Disponível em: https://www.taxcomplexity.org/. Acesso em: 7 dez. 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.

THE WORLD BANK. Doing Business: medindo a regulamentação do ambiente de negócios. Disponível em: https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploretopics/paying-taxes. Acesso em: 7 dez. 2020.

As normas ISO como esquemas regulatórios para as nanotecnologias

ISO Standards as regulatory schemes for nanotechnologies

Wilson Engelmann[1]

Patricia S. Martins[2]

Sumário: 1. As Normas ISO e as Nanotecnologias; 2. A Ausência de Marcos Regulatórios Nanoespecíficos no Brasil; 3. A Autorregulação e a Norma ISO 31000 – Gestão de Riscos; 4. Direitos Fundamentais e Princípios das Normas Técnicas como Acoplamento Estrutural; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar reflexões acerca dos processos de autorregulação através da adoção das normas técnicas ISO e aspectos da Responsabilidade Social Empresarial no curso do desenvolvimento nanotecnológico. Caracterizar as nanotecnologias e suas peculiaridades, bem como apresentar o sistema de normalização ISO. Também, se busca realizar um estudo acerca dos princípios da Norma Técnica ISO 31000, suas diretrizes e requisitos, relacionando-os com os direitos fundamentais e, a responsabilidade empresarial, para compreender a comunicação ocorrida nestes três aspectos. Após a análise dos princípios das normas técnicas e princípios do direito, é possível verificar que, havendo ausência de marco regulatório nanoespecífico, em especial no cenário brasileiro, as condutas empresariais autorregulatórias, orientadas pelos princípios direitos fundamentais, podem significar um desenvolvimento juridicamente seguro, informativo com adequada gestão quanto aos riscos.

1 Professor Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS. Atualmente é professor deste Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) e da Graduação em Direito da UNISINOS. Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq); Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinos.br

2 Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS, Bolsista CAPES/Proex. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS/RS, Bolsista do PROEX/CAPES (2016). Membro do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq); professora do Curso de Graduação em Direito na Universidade Luterana do Brasil (ULBRA/Torres) RS. E-mail: patricia.mart@hotmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

Assim, é possível afirmar que os processos de autorregulação através da adoção voluntária de Normas ISO, que estejam orientados por condutas de responsabilidade social empresarial, voltadas a atender e respeitar os direitos fundamentais individuais e sociais poderá ser uma interface regulatória válida e eficiente para nanotecnologias, representando um espaço juridicamente seguro mesmo na ausência de marcos regulatórios específicos produzidos pelo monopólio legislativo estatal, tanto para as empresas como para os consumidores tendo em vista a oferta ampla de produtos com nanotecnologia embarcada, à disposição no mercado.

Palavras-chave: Normas Técnicas ISO ; Autorregulação; Nanotecnologias.

Abstract: The present work aims to present reflections about the processes of self-regulation through the adoption of ISO technical standards and aspects of Corporate Social Responsibility in the course of nanotechnological development. Characterize nanotechnologies and their peculiarities, as well as present the ISO standardization system. Also, it seeks to carry out a study on the principles of ISO 31000 Technical Standard, its guidelines and requirements, relating them to fundamental rights and, corporate responsibility, to understand the communication that took place in these three aspects. After analyzing the principles of technical norms and principles of law, it is possible to verify that, in the absence of a nanospecific regulatory framework, especially in the Brazilian scenario, self-regulatory business conduct, guided by fundamental rights principles, can mean a legally safe, informative development with adequate risk management. Thus, it is possible to affirm that the self-regulatory processes through the voluntary adoption of ISO Standards, which are guided by corporate social responsibility conduct, aimed at meeting and respecting individual and social fundamental rights, can be a valid and efficient regulatory interface for nanotechnologies, representing a legally secure space even in the absence of specific regulatory frameworks produced by the state legislative monopoly, both for companies and consumers in view of the wide offer of products with embedded nanotechnology, available on the market.

Keywords: ISO Technical Standards; Self-regulation; Nanotechnologies.

1. As Normas ISO e as Nanotecnologias

As nanotecnologias podem ser conceituadas como as diversas técnicas e áreas que operam a partir da escala nano, ou seja, aquela medida que equivale à bilionésima parte de um metro. Elas carregam consigo a promessa de vantagens de produtividade, eficiência, além de efeitos econômicas e de consumo, capazes de atender aos mais variados anseios sociais. Ao se referir a "nanotecnologias", significa o acesso humano à escala onde estão os átomos e as moléculas, que podem ser representadas pela notação científica equivalente a 10-9 ou ainda dizer de um tamanho equivalente entre 1 a 100 nanômetros, por convenção conceitual.

Diz-se de uma convenção conceitual, pois podem também ser chamadas de nanopartículas, aquelas que ultrapassam aos 100 nanômetros. Em outras palavras explorar a escala nano[3] significa transitar em um espaço invisível aos olhos humanos, repleto de possibilidades e soluções para as reais necessidades da vida global. Significa adentrar um espaço que décadas atrás não poderia ser imaginável.

Esta exploração só é possível a partir de invenções que permitem ao homem, vislumbrar a escala nanométrica, com isso, pode-se indicar como um dos marcos técnicos para a exploração em escala nanométrica, a invenção do microscópio com campo de emissão no ano de 1936; o microscópio de íon de campo, em

3 O prefixo "nano" que tem origem no grego significa anão. Na escala representada pelo prefixo nano, 01 nanômetro (nm) é equivalente a uma bilionésima parte de 1 metro. Algumas comparações podem facilitar o entendimento da medida de 01 nanômetro; é o mesmo que comparar em tamanho, uma bola de futebol e o planeta Terra. Umfio de cabelo tem aproximadamente 100.000 nm de largura e uma célula sanguínea glóbulo vermelho possui cerca 7.000 nm; um vírus tem entre 45 nm a 200 nm (DA RÓZ, et al, 2015, p.4). MARTINS, Patricia S. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6206/Patricia+Santos+Martins_.pdf;jsessionid=DBD1E20F1B30DBC4BF4AE846692D4190?sequence=1. Acesso em: 21 jun. 2020. p.19.

1951[4] dentre outros equipamentos que permitiram a partir de então, o rompimento da fronteira entre o mundo até então conhecido, e o mundo em escala nano. Além disso, há dois métodos possíveis de serem utilizados na manipulação de nanopartículas, um delas é o Top-down e o outro é o Bottom-Up. O primeiro consiste em utilizar um processo de desconstrução de um tamanho macro até chegar à nanopartícula. O segundo método, considerado mais complexo, onde precursores em escala atômica ou moleculares são moldados em nanoestruturas. O primeiro método é mais utilizado na indústria, pela facilidade de se trabalhar com grandes escalas, mas, em contrapartida os nanomateriais, possuem tamanhos e fases variadas, não podem ser utilizados para aplicações mais rigorosas como na medicina por exemplo. Enquanto o segundo método, bottom-up tem maior utilização quando se busca alto controle quanto ao formato, tamanho e cristalinidade dos nanomateriais.[5] (nChemy.com; 2020).

Já as normas ISO, são normas técnicas produzidas pela Organização Internacional de Padronização (ISO), que tem produzido normalização técnica por meio de normas de especificação, como a que atribui o conceito de nanopartículas, como também produz normalização técnica com normas de gestão, capazes de apontar diretrizes e princípios norteadores de condutas empresariais para melhores práticas no desenvolvimento de produtos e serviços. A Organização Internacional de Padronização (ISO) enuncia, em sua Norma ISO/TS 80.004-1:2015(en) o conceito de nanotecnologias como os processos e técnicas utilizados para pesquisar, projetar e fabricar materiais, dispositivos e sistemas através do controle da matéria em nanoescala, que permitem o gerenciamento de características como tamanho, formato, morfologia, composição

4 MARTINS, Patricia S. O Sistema de Normas ISO e as Nanotecnologias: as interfaces regulatórias e o diálogo entre as fontes do Direito Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6206/Patricia+Santos+Martins_.pdf;jsessionid=DBD1E20F1B30DBC4BF4AE846692D4190?sequence=1> Acesso em: 21 jun. 2020. p.23-24.

5 nChemi.org Enginnering nanoMaterials. O que é Nanotecnologia? Disponível em: < http://nchemi.com/nanotecnologia/ > Acesso em: 28 dez. 2020.

química e configuração molecular do material para a melhoria ou desenvolvimento de novos processos e propriedades do produto[6]. A referida norma de definição de vocabulário foi acreditada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas sob o título ISO/TS 80004-1:2015.

Com o objetivo de promover uma harmonização conceitual e terminológica, a ISO empregou esforços na produção da série de normas ISO/TS 80004, que apresentam uma maneira estruturada padronizada relativa ao vocabulário empregado em nanotecnologias, e, definições dos termos essenciais neste vocabulário emergente que servem como base para um vocabulário mais amplo constituído coletivamente em toda a série de normas ISO/TS 80004.[7]

A ISO é organização independente, não-governamental e internacional que conta com mais de 165 membros de diversos países, nascida em 1946 conta atualmente com 23.581 padrões de normalização técnica que abarcam quase todos os aspectos de tecnologia e fabricação. Dentre suas normas, seleciona-se a de Gestão de Riscos NBR 31000, que conta com princípios e diretrizes, dentre eles: a criação e proteção de valor aos fatores humanos e culturais, processos de melhoria contínua e integrada, criação e geração de valor inclusivo, dinâmico e personalizado, a criação e proteção de valor em uma estrutura abrangente, integrada e voltada a melhoria contínua.[8]

Assim, as nanotecnologias, cuja padronização conceitual recebe olhar especial da ISO, apresentam inúmeras vantagens em face das suas peculiaridades. Por apresentarem comportamentos diferentes daqueles em tamanhos já conhecidos, a escala nano

6 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE PADRONIZAÇÃO (ISO). ISO/TS 80004-1:2015(en) Nanotechnologies – Vocabulary Part 1 – Core Terms. Disponível em: < https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:ts:80004:-1:ed-2:v1:en > Acess em: 28 dez. 2020.

7 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE PADRONIZAÇÃO (ISO). ISO/TS 80004-1:2015(en) Nanotechnologies – Vocabulary Part 1 – Core Terms. Disponível em: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:ts:80004:-1:ed-2:v1:en> Acesso em: 28 dez. 2020

8 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT COLEÇÃO. ABNT NBR ISO 31000:2018. Disponível em: <https://www.abntcolecao.com.br/unisinos/norma.aspx?ID=392334#> Acesso em: 28 dez. 2020

proporciona, conforme o tipo de nanomaterial, aplicações e usos diversos que podem ser desde a utilização em fármacos e tratamentos médicos como, agriquímicos, químicos, materiais esportivos, têxteis e componentes eletrônicos. Conforme se pode acompanhar na base de dados StatNano[9] até o momento já foram produzidos 8.928 (oito mil novecentos e vinte e oito produtos) pela atuação de 2.494 empresas em diferentes 63 países. Ao menos 12% destes produtos têm aplicação na área médica, 9% em cosméticos e 21,5% em eletrônicos. Logo, verifica-se elevado percentual de aplicação para consumo humano.

2. A Ausência de Marcos Regulatórios Nanoespecíficos no Brasil

A partir deste cenário de desenvolvimento das nanotecnologias e a disponibilidade de produtos no mercado global, se buscou observar as iniciativas legislativas no âmbito brasileiro, contudo não há lei específica ou marco regulatório. Há atual ausência de marco regulatório nanoespecífico, com apenas duas iniciativas legislativas, em trâmite no Senado Federal, porém sem prazo para entrada em vigor. São elas: o Projeto de Lei nº 880 que institui o Marco Legal da Nanotecnologia e Materiais Avançados, além de dispor sobre estímulos ao desenvolvimento científico, pesquisa, capacitação científica e tecnológica bem como à inovação nanotencológica, que atualmente aguarda designação de relator desde 19 de fevereiro de 2020. A segunda iniciativa legislativa é o Projeto de Lei Complementar nº 23 de 2019, que busca alterar a Lei Complementar nº 123 de 2006, para incluir no Simples Nacional[10] empresas que se envolvam em pesquisa e desenvolvimento de nanotecnologias,

9 NANOTECHNOLOGY PRODUCTS DATABASE STATNANO. Products. Disponível em: <https://product.statnano.com/ > Acesso em: 28 dez. 2020.

10 Simples Nacional é um regime de arrecadação, cobrança e fiscalização tributária aplicado às microempresas e empresas de pequeno porte, significando um meio de fomentar determinadas atividades, com escalonamento de distintas faixas tributárias.

análises técnicas e tecnológicas. Diante deste contexto, importa buscar alternativas regulatórias que não dependam exclusivamente da produção normativa ocorrida no âmbito do monopólio estatal legislativo. Perseguindo, através de interfaces com outras normas ou sistemas de normalização, a perfectibilização de sistemáticas que demonstrem a responsabilidade das empresas que desenvolvem nanotecnologias, com respeito aos direitos humanos e direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira[11] eleva a vida, a saúde e o meio ambiente ao status de direitos fundamentais (individual no primeiro caso, e sociais, no tocante à saúde e meio ambiente) em seus artigos 5º, 6º e o ordenamento jurídico brasileiro conta com diplomas que visam assegurar que atividades empresariais, não causem dano ou lesão, aos consumidores, é o caso da Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor, que dispõe, em seu artgo 4º que deve haver uma harmonização de interesses das partes envolvidas nas relações de consumo a fim de compatibilizar a proteção do consumidor com a necessidade do desenvolvimento econômico e tecnológico.

Assim, existe um entrelaçamento entre os direitos fundamentais garantidos na Carta Consitucional com o objetivo de assegurar o desenvolvimento econômico. Todavia, diante de um fenômeno tecnológico de alta complexidade, capaz de produzir diversificados resultados, se faz necessário encontrar meios de regular o desenvolvimento nanotecnológico sem frear o seu avanço. Neste sentido a formação de banco de dados capazes de instrumentalizar empresas desenvolvedoras de nanoprodutos é a mais relevante iniciativa encontrada no âmbito da União Europeia, especificamente através do trabalho do Observatório da União Europeia para Nanomateriais, integrante da Agência Europeia para Produtos Químicos (ECHA), que tem por mote adentrar as questões de segurança, conhecer suas características,

11 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 28 dez. 2020.

estabelecer processos que incluem a análise do tamanho e superfície das nanopartículas, para observar a hidrossolubilidade, uma vez que tais características afetam o grau de toxicidade. Este conjunto de informações colabora na formação de um banco de dados para assegurar a comparabilidade de estudos e assim, possibilitar a correta avaliação dos riscos, acompanhar o padrão de comportamento dos nanomateriais, tendo por base seus parâmetros físico-químicos.[12]

A relevância desse tipo de inciativa merece reflexões tanto quanto se deve buscar alternatvas regulatórias que assegurem às empresas, um cenário de desenvolvimento tecnológico e econômico, juridicamente seguros. É o que se trará no item a seguir, ao tratar de sistemas de autorregulação.

3. A Autorregulação e a Norma ISO 31000 – Gestão de Riscos

Com a inexistência de normas nanoespecíficas, e diante das peculiaridades deste contexto tecnológico, cujas reações físico-químicas podem alterar completamente se comparados aos mesmos materiais em escala macro, cuida-se de preservar a atividade empresária, no curso de sua empreitada tecnológica e, respeitar concomitantemente, bens jurídicos como a vida, saúde e meio ambiente.

Fazê-lo a partir dos documentos legais vigentes no Brasil, se mostra insuficientes, ora porque o próprio Código de Defesa do Consumidor pode proteger o consumidor, mas não abarca detalhes da atividade empresária nos seus processos de produção, ora porque a Constituição Federal aponta o caminho através de seus dispositivos e princípios, mas não regulamenta a temática nanoespecífica. Assim, enquanto o sistema de produção normativa

12 EUROPEAN UNION OBSERVATORY FOR NANOMATERIALS (EUON). Caracterização dos Nanomateriais. Disponível em: < https://euon.echa.europa.eu/pt/characterisation-of-nanomaterials > Acesso em: 27 dez. 2020.

pertence ao monopólio estatal navega lentamente entre os trâmites processuais legislativos lentos, provocando um distanciamento do célere ritmo do desenvolvimento, a autorregulação por pode ser a interface adequada, nos casos em que, somadas aos conceitos de Responsabilidade Social Empresarial, consiga demonstrar a diligência necessária na exploração da fronteira tecnológica em escala nano.

Autorregulação a partir da perspectiva de Hoffmann-Riem[13] significa dizer de "regras comportamentais desenvolvidas, como compromissos morais ou éticos autoimpostos ou regras dos participantes em um processo ou produto sobre a natureza de sua interação, por exemplo, os códigos de conduta", assim, a autorregulação permite que indivíduos ou grupos sociais, instituições e organizações se autoconstituam a partir de tais normas de conduta, para que, ao cumprirem-nas, alcancem o bem comum.

A definição de autorregulação[14] é diretamente proporcional e se relaciona com a definição de Responsabilidade Social Empresarial, que tem por norte a ideia de que a empresa não mais é apenas a atividade econômica inserida num determinado território políticamente, economicamente e socialmente estruturado para extrair riquezas e gerar empregos, mas, ao longo das décadas de amadurecimento sobre a necessidade de que os interesses dos sócios na manutenção da existência da empresa, se transformou em uma percepção de a atividade empresária representa também uma forma organizacional capitalista, com mecanismos aptos a produzir riquezas, gerar milhões de empregos e, sobretudo, fornecer à sociedade cuidados como saúde, igualdade racial, apoio à educação, artes e cultura, ao mesmo tempo em que reduz

13 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, Autorregulamentação e Autorregulamentação Regulamentada no Contexto Digital. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v.46, n.146, junho, 2019, p.531.

14 ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologia e direitos humanos. In: Cadernos de Dereito Actual, Santiago de Compostela, Espanha, n. 9. Núm. Ordinario, 2018, p. 441-487. Disponível em http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/325/201. Acesso em 28. Dez. 2020.

ou minimiza as mudanças climáticas, com o objetivo de obter um otimismo social[15].

Por esta razão a Norma ISO 31000 – Gestão de Riscos se apresenta como uma norma técnica, direcionada à indicar princípios e diretrizes aplicáveis a quaisquer tipos de atividades empresárias, auxiliando nos processos autorregulatórios empresariais, que, a partir da definição do escopo da Gestão de Riscos, poderá autoconstituir normas orientadas éticamente a atender a Responsabilidade Social Empresarial, conectando-se instrinsecamente aos direitos fundamentais e direitos humanos já assegurados em documentos internacionais e nacionais, como no caso do Brasil, a própria essência da Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, garantindo o respeito aos bens jurídicos da vida, saúde e meio ambiente.

4. Direitos Fundamentais e Princípios das Normas Técnicas como Acoplamento Estrutural

Se os direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde e meio ambiente, constam do rol de bens jurídicos tutelados constitucionalmente, sendo tais bens jurídicos, fundamentos da República, através da proteção da dignidade da pessoa humana, e, possuindo o ordenamento jurídico, abertura para, nos casos de lacuna legislativa, aplicação dos princípios gerais de direito para prestação da tutela jurisdicional, por parte do Estado. Portanto, é correto dizer que princípios de normas técnicas que estejam coerentes e convergentes com os princípios da dignidade da pessoa humana, e proteção aos bens como a vida, saúde e meio ambiente, possuam com os princípios de direito um acoplamento estrutural capaz de que, através da adoção voluntária de uma norma técnica nestes moldes, possa representar uma interface regulatória apta a

15 CARROLL, A. B. et al. Corporate Responsibility: The American Experience. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. ISBN 9781107020948. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=473226&lang=pt-br&site=ehost-live. Acesso em: 28 dez. 2020.

suprir a ausência de marco regulatório nanoespecífico.[16]

Assim, cumpre ressaltar que integram o rol de princípios da NBR ISO 31000, a criação e proteção de valor em fatores humanos e culturais, criação e proteção de valor inclusivo, dinâmico e personalizado, criação e proteção de valor estruturado e abrangente dentro da empresa, de forma integrada e buscando a melhoria contínua e, criação e proteção de valor para melhor informação disponível.[17]

Expostos os princípios da NBR ISO 31000 é possível estabelecer relações com o princípio da dignidade humana quando a referida norma expressamente declara a necessidade da organização, em um processo voluntário, crie e proteja valores humanos, culturais, inclusivos, dinamicos e personalizados. Além disso, a proteção e criação de valor que busque a melhoria contínua e melhores informações disponíveis, atende, igualmente, a proteção de direitos como a vida, através de condutas de gestão de riscos e precaucionais/preventivas, bem como ao meio ambiente, além de respeitar o direito/dever à informação, protegido tanto no texto constitucional (elevado ao status de direito social fundamental) como no Código de Defesa do Consumidor.

Considerações Finais

Conclui-se com este estudo, que as nanotecnologias, que surgem para possibilitar uma ampla gama de soluções às atuais problemáticas globais, como a saúde, a fome e acesso às novas tecnologias, podem e devem receber o olhar social e Estatal, a partir das possibilidades e vantagens por elas trazidas, contudo, à medida que o desenvolvimento das nanotecnologias ocorre,

16 SCHWAB, Klaus. A incorporação de valores em tecnologias. In: Aplicando a quarta revolução industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2018, Capítulo 3 e Suplemento Especial, p. 65-88.

17 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT COLEÇÃO. ABNT NBR ISO 31000:2018. Disponível em: < https://www.abntcolecao.com.br/unisinos/norma.aspx?ID=392334# > Acesso em: 28 dez. 2020 p.3.

e, tendo em vista iniciativas no sentido de formação de banco de dados, para estruturar sistemas empresariais de exploração nanotecnológica com melhores informações disponíveis (quanto a toxicidade, quando a diversidade de comportamento das nanopartículas) é necessário também que se assegure que bens jurídicos já assegurados como direitos fundamentais não sejam postos como preço a pagar pelo possível benefício.

Neste sentido, havendo ausência de marco regulatório nanoespecífico, em especial no contexto Brasileiro, é possível creditar aos processos autoconstitutivos por meio da autorregulação, relacionados às condutas empresariais, com fundamento por exemplo, na Responsabilidade Social Empresarial, a eficiência no sentido de observar, voluntariamente que o desenvolvimento nanotecnológico, com suas respectivas vantagens econômicas, não ignorem mas, tenham normas de cumprimento voluntário, que demonstrem um desenvolvimento juridicamente seguro e orientado pelos direitos fundamentais.

As normas técnicas ISO estão à disposição das sociedades empresárias, para adoção voluntária com fins de lograr êxito em possível certificação, mas, não obrigatoriamente a sua adoção deva ter como consequência a certificação, que se trata de processos administrativos mais caros. A adoção das normas técnicas, em especial a NBR ISO 31000, indica e dá autonomia à organização para delimitar o escopo e o modo de aplicação dos princípios, logo, se a autorregulação diz respeito a uma autoconstituição de padrões de conduta eticamente responsáveis (ou moralmente e socialmente aceitáveis), é possível dizer que a autorregulação através da adoção da NBR ISO 31000 sirva de interface regulatória para garantir um desenvolvimento nanotecnológico juridicamente seguro tanto para a sociedade empresária, como para o consumidor e a sociedade em geral, que já está consumindo os frutos desta exploração humana em escala nano.

Por outra via, o acoplamento estrutural através da conexão

dos princípios da norma técnica e, princípios de Direito, representa a consolidação de uma tendência de exigibilidade social, quando ao respeito aos direitos já assegurados. Não há mais espaço social para que empresas se comportem como a atividade parasitária que, ao se instalar em um determinado território economicamente viável e politicamente conveniente, retribua a parcela de lucros que aufere em sua atividade, com a gerração de empregos. Para além desta tarefa, na atualidade, as atividades empresárias devem buscar tanto a manutenção da saúde econômica da empresa como o bem estar do ambiente social no qual está inserida.

A demonstração máxima do cumprimento deste desiderato está na voluntariedade da adoção de padrões normativos que não dependam, necessariamente, de serem produzidos pelo Estado, e possuirem uma sanção para o caso de descumprimento. Razão pela qual, pela abrangência e acuidade técnica, se utiliza neste estudo o Sistema de Normalizaçao ISO, como sugestão de interface regulatória capaz de auxiliar no desenvolvimento nanotecnológico juridicamente seguro.

Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT COLEÇÃO. ABNT NBR ISO 31000:2018. Disponível em: < https://www.abntcolecao.com.br/unisinos/norma.aspx?ID=392334# > Acesso em: 28 dez. 2020 p.3.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 28 dez. 2020.

CARROLL, A. B. et al. Corporate Responsibility: The American Experience. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. ISBN 9781107020948. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=473226&lang=pt-br&site=ehost-live. Acesso em: 28 dez. 2020.

ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologia e direitos humanos. In: Cadernos de Dereito Actual, Santiago de Compostela, Espanha, n. 9. Núm. Ordinario, 2018, p. 441-487. Disponível em http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/325/201. Acesso em 28. dez. 2020.

EUROPEAN UNION OBSERVATORY FOR NANOMATERIALS (EUON). Caracterização dos Nanomateriais. Disponível em: < https://euon.echa.europa.eu/pt/characterisation-of-nanomaterials > Acesso em: 27 dez. 2020.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, Autorregulamentação e Autorregulamentação Regulamentada no Contexto Digital. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v.46, n.146, junho, 2019, p.531.

MARTINS, Patricia S. O Sistema de Normas ISO e as Nanotecnologias: as interfaces regulatórias e o diálogo entre as fontes do Direito. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6206/Patricia+Santos+Martins_.

Sequestro parental internacional de menores: As experiências brasileira e italiana na aplicação da Convenção de Haia de 1980

International parental chilld abduction:

The Brazilian and italian experiences in the application of the 1980 Hague Convention

Jessica de Aguiar Vasconcelos[1]

Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima[2]

Sumário: 1. Introdução 2. A Itália e o sequestro internacional de menores; 3. A aplicabilidade da Convenção de Haia de 1980 no ordenamento jurídico brasileiro; 4. As jurisprudências brasileira e italiana nos casos de sequestro internacional de menores; 5. Considerações finais.

Resumo: A Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, conhecida como "Convenção de Haia de 1980", objeto desta pesquisa, preconiza sobre as medidas aplicáveis aos casos de rapto de menores e consequentemente sobre a resolução de tal controvérsia internacional, sempre tutelando e priorizando o melhor interesse do infante. Esta Convenção foi uma das mais ratificadas do mundo, sendo adotada por diversos países, dentre eles, a Itália e o Brasil. O presente trabalho tem como objetivo a realização de uma análise comparativa entre as experiências brasileira e italiana na aplicação da Convenção de Haia de 1980 em casos de sequestro interparental de menores. No cenário de globalização, esta é uma problemática bastante recorrente, devido ao aumento exponencial das famílias plurinacionais. Na análise comparativa do ordenamento brasileiro e italiano, realizada com base em pesquisa bibliográfica e documental, concluiu-se que

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará. E-mail: jessicakatti@hotmail.com

2 Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra-UC. Mestre em Políticas Públicas e Sociedade pela Universidade Estadual do Ceará-UECE. Especialista em Direito Internacional pela Universidade de Fortaleza_Unifor. Docente do curso de Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará. E-mail: sarahlimabr@gmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

apesar de Brasil e Itália entenderem diversamente a abordagem do sequestro internacional de menores, a Convenção de Haia de 1980 é de extrema relevância em ambos os ordenamentos, e cada caso concreto deverá ser analisado em sua complexidade, sendo a sentença judicial proferida sempre com fulcro na tutela do melhor interesse da criança, assim como dispõem as diretrizes da Convenção de Haia de 1980.

Palavras-chave: Sequestro interparental de menores; Convenção de Haia de 1980; Brasil; Itália.

Abstract: The Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, known as the "1980 Hague Convention", the object of this research, recommends the measures applicable to the cases of abduction of minors and, consequently, on the resolution of such international controversy, always guarding and prioritizing the infant's best interest. This Convention was one of the most ratified in the world, being adopted by several countries, among them, Italy and Brazil. The present paper aims to carry out a comparative analysis between the Brazilian and Italian experiences in the application of the 1980 Hague Convention in cases of interparental abduction of minors. In the globalization scenario, this is a very recurring problem, due to the exponential increase of plurinational families. In the comparative analysis of Brazilian and Italian law, carried out based on bibliographic and documentary research, it was concluded that although Brazil and Italy differ in their approach to the international abduction of minors, the 1980 Hague Convention is extremely relevant in both countries ordinances, and each specific case must be analyzed in its complexity, with the judicial sentence always being handed down to protect the best interests of the child, as provided in the guidelines of the Hague Convention.

Keywords: International parental child abduction; 1980 Hague Convention; Brazil; Italia.

Introdução

O cenário mundial de extrema globalização proporcionou um aumento exponencial na formação de famílias compostas por indivíduos de diferentes nacionalidades, porém as separações em

tais casos podem apresentar algumas complicações, especialmente em relação aos filhos, podendo culminar em uma grande controvérsia a nível internacional, como o sequestro internacional de menores, prática um tanto comum na atualidade. Fato alarmante, tendo em vista que o sequestro internacional de menores pode ocasionar diversos tipos de consequências à criança e para que seja resolvido é imprescindível a cooperação dos Estados envolvidos.

A Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, conhecida como "Convenção de Haia de 1980", preconiza sobre as medidas aplicáveis em casos de sequestro internacional parental de menoes e consequentemente sobre a resolução de tal controvérsia internacional, sempre tutelando e priorizando o melhor interesse do infante. Ademais, no âmbito internacional é a Convenção inerente a tal assunto mais ratificada do mundo e consequentemente a mais popular, sendo adotada por diversos países, dentre eles, a Itália e o Brasil. No Brasil, a Convenção de Haia de 1980 foi ratificada por meio do Decreto n° 3413/00 em 2000, não possuindo anteriormente qualquer legislação específica sobre o assunto. Na Itália, foi ratificada por meio da Lei n. 64 de 15 de janeiro de 1994, 6 (seis) anos antes do Brasil.

O objetivo central deste artigo, alcançado por meio de pesquisa bibliográfica e doumental, é a realização de uma análise comparativa entre as experiências brasileira e italiana na aplicação da Convenção de Haia de 1980 em casos de sequestro parental internacional de menores. A realizaçao deste estudo comparado se mostra relevante uma vez que a comunidade italiana no Brasil é a segunda maior do mundo, representando aproximadamente 15% da população, com cerca de 30 milhões de descendentes de italianos, assim como a Itália já apresenta um número significativo de migrantes brasileiros. Tal análise, portanto, é importante para o estudo de como as experiências brasileira e italiana podem contribuir entre si para trazerem melhores soluções em casos de sequestro internacional parental de menores.

1. A Itália e o sequestro internacional de menores

São duas as ocorrências mais comuns para a subtração ou sequestro interparental de menores: A primeira ocorre quando o genitor, após estabelecer nova residência, subtrai de maneira ilícita o filho do convívio com o outro genitor detentor da guarda, sem o consentimento do próprio para outro país diverso do seu domicílio regular; A segunda hipótese, que é a mais pertinente, ocorre quando o genitor detentor da guarda do infante, autoriza a criança a realizar uma breve viagem com o outro genitor, fato que culmina na retenção de maneira ilícita do infante e consequentemente, no não retorno ao seu país de domicílio, violando o acordo prévio entre as partes.[3]

As razões que levam ao sequestro interparental de menores são diversos, dentre eles, a manifestação de forma nociva do exercício do poder familiar, ou como uma espécie de vingança entre o ex companheiro, ou até mesmo uma forma de escapar de maus tratos e outras formas de violênciaem casos mais extremos. [4]

A Convenção de Haia de 1980 foi ratificada na Itália por meio da Lei n. 64 de 15 de janeiro de 1994.[5] No entanto, no âmbito da União Europeia, os institutos e regras predispostos na Convenção de Haia de 1980 se unem ao regulamento 2201 de 2003, que é o prevalecente, conforme preconiza o artigo 60 do referido regulamento.[6] Cabe salientar que as disposições da Convenção de Haia de 1980 são também aplicáveis. O objetivo de tal regulamento, assim como a Convenção de Haia de 1980, é a obtenção do retorno do infante no tempo mais breve possível.[7]

A regra geral consiste em que o juiz do Estado solicitado

3 SIFUENTES, Mônica. Manual de aplicação da Convenção da Haia de 1980. 2015.

4 MÉRIDA, Carolina Helena Lucas. Seqüestro interparental: o novo direito das crianças. Revista Internacional de Direito e Cidadania, 2011, no 9.

5 ITÁLIA. Lei nº n. 64. 1994.

6 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 2201 de 2003. art. 60, 2003.

7 MARI, Luigi. L'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori). Studi Urbinati, A-Scienze giuridiche, politiche ed economiche, 2013, 63: 99-117.

ordene o retorno imediato do menor que foi vítima de sequestro internacional. Tal regra está disposta no artigo 12 da Convenção de Haia de 1980[8], que ressalta que tal instância deverá ser proposta em até um ano do ato, exceto se for comprovado que o infante se adaptou ao novo ambiente. Após a verificação dos pressupostos e para a adoção das medidas cabíveis, o juiz competente deverá deferir o retorno imediato da criança.

A autoridade competente é o Dipartimento per la Giustizia Minorile del Ministero di Giustizia (Departamento da Justiça Infantil do Ministério da Justiça). Cabe ressaltar que o genitor que possuiu seu direito a custódia do infante violado poderá obter assistência, visando o retorno do infante de qualque autoridade central, conforme preconiza o artigo 8º da Convenção de Haia de 1980.

A legislação europeia criou um sistema onde a decisão definitiva relativa ao retorno do infante é competência do Juiz do Estado de residência habitual do menor antes do sequestro internacional. Nos moldes do artigo 13 da Convençao de Haia de 1980[9], o juízo competente pode deferir tal decisão.

O regulamento n. 2201 visa proporcionar uma aplicação mais eficaz da Convenção de Haia de 1980, contando com os princípios presentes na esfera judiciária europeia.[10] Ele foi criado com o objetivo de compor os possíveis conflitos entre as competências do Estado de residência originária do infante e o de residência atual, resolvendo assim, em prol da jurisdição do Estado de residência originária e atribuindo a competência da decisão do deferimento de reingresso ou não do menor impúbere.

Ademais, o regulamento visa a realização de uma análise aprofundada do caso concreto e de cada elemento pertinente ao assunto, a fim de estabelecer se o regresso do menor é compatível com o melhor interesse da criança.

A tutela dos direitos da criança consiste em privilegiar e

8 HOLANDA. Convenção de Haia de 1980. Artigo 22. Haia, 1980

9 HOLANDA. Convenção de Haia de 1980. Artigo 13. Haia, 1980

10 LUPOI, Michele Angelo. “La Sottrazione Internazionale Di Minori: Gli Aspetti Processuali.” Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2014.

garantir seu interesse superior, culminando na necessidade de interpretar as normativas internacionais relativas ao sequestro internacional de menores, tendo como base a própria criança em questão. O melhor interesse da criança não é predeterminado, mas deverá ser individualizado em cada caso concreto. Ressalte-se que este interesse possui relevância absoluta e predomina sobre todos os outros interesses. Apenas na hipótese da presença de outros infantes, deve ocorrer um balanceamento de interesses.[11]

2. A aplicabilidade da Convenção de Haia de 1980 no ordenamento jurídico brasileiro

Somente após 20 (vinte) anos da sua edição, a Convenção de Haia entrou em vigor no Brasil, em 14 (quatorze) de abril de 2000, por meio do Decreto n° 3413/00[12]. Salienta-se que antes dela, o Brasil não contava com qualquer legislação intrínseca ao assunto.

Não obstante, podemos afirmar que o Estado Brasileiro procura resguardar os direitos primordiais do infante ao ratificar convenções que visam sanar os confrontos subsequentes ao sequestro internacional de crianças, validando, assim, o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, a Constituição Federal de 1988 e a Declaração dos Direitos da Criança.

No âmbito jurídico, administrativo e legislativo, o Estado brasileiro, visando propiciar a resposta mais adequada a comunidade internacional, tem se estruturado através da busca pela maior presteza nos processos, se posicionando em relação as questões heterogêneas e gerando meios de alastramento do conhecimento e preparo dos profissionais do direito.[13]

Entende-se que a forma mais usual para a solução de

11 MARI, Luigi. L'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori). Studi Urbinati, A-Scienze giuridiche, politiche ed economiche, 2013, 63: 99-117.

12 BRASIL. Decreto n. 3.413. 2000.

13 GASPAR, Renata Alvares; AMARAL, Guilherme. Sequestro internacional de menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor?. Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC, 2013, vol. 8, nº 1.

tal controvérsia, visando a não violação de qualquer direito, particularmente relacionados ao menor, é a cooperação entre os Estados. A custódia relativa a tais direitos advém das normas do direito internacional privado e do direito interno.

Conforme evidencia Maria Berenice Dias, competem à Justiça Federal os casos relacionados a aplicação da Convenção de Haia de 1980 e a função de Autoridade Central no Brasil é desempenhada pelo Secretário Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, o qual deverá tentar proporcionar a resolução de forma amistosa. Salienta ainda que, nos casos de infantes trazidos para o Brasil por meio de sequestro internacional, não sera plausível algum acordo de forma amistosa e a Advocacia-Geral da União deverá arbitrar seu pedido ante a Justiça Federal. Ademais, é possível que tal pedido seja arguido por parentes do infante, que poderão atuar como assistentes no processo[14].

É competência da Autoridade Central Brasileira requisitar a atuação da Interpol para obtenção da localização do infante e prestação de informações relativas aos trâmites e diligências pertinentes à Convenção.

Conforme entendimento em lei[15], o Ministério Público deverá conduzir toda ação relacionada aos interesses de crianças e adolescentes.

Percebe-se que a ocorrência do sequestro internacional de menores transgride tanto os documentos internacionais como o direito interno, além de afrontar de modo direto os direitos fundamentais da criança e sua dignidade como ser humano.[16]

Após a apresentação de todos os aspectos teóricos relativos a aplicabilidade da Convenção de Haia de 1980 em dois ordenamentos

14 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias: de acordo com o novo cpc. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

15 Artigo 129, inciso IX da Constituiçao Federal de 88; artigo 178, inciso II do Novo Còdigo de Processo Civil e artigo 698; inciso VIII do Estatuto da Criança e do Adolescente.

16 Cf. TONINELLO, Fernanda. A aplicação dos direitos fundamentais nos casos de seqüestro internacional de menores. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 1, 2007.

jurídicos distintos, iremos fazer uma breve comparação de decisões judiciais tratando deste assunto, provenientes de tribunais de cada país.

3. As jurisprudências brasileira e italiana nos casos de sequestro internacional de menores

Com base em consulta realizada junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) do Brasil, percebemos que a decisão mais pertinente em relação aos casos concretos de sequestro internacional de menores segue nesses moldes:

> DIREITO INTERNACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. DECRETO N. 3.413, DE 14 DEABRIL DE 2000. DUAS IRMÃS MENORES ALEGADAMENTE RETIDAS DE MODO INDEVIDO PELA MÃE NO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DA UNIÃO. PECULIARIDADES EXCEPCIONAIS DO CASO DEVIDAMENTE CONSIDERADAS PELO ARESTO RECORRIDO. ART. 13 DA CONVENÇÃO DE HAIA. MANUTENÇÃO DAS MENORES NO BRASIL. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.
>
> 6. Diante disso, no caso em exame, considerando, seja o disposto no art. 13 da Convenção de Haia - Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000 -, sejam as peculiaridades excepcionais decorrentes do caso, não se há de acolher a conclusão de que as crianças devam retornar, de imediato, ao país onde inicialmente tinham residência e onde mora o seu genitor. 4. [..] tal como avaliado pela Corte de origem, com base em idôneo acervo probatório, em verdade, as crianças mais viveram no Brasil do que na Espanha. E tal assim ocorrera com o consentimento, no mínimo tácito, do genitor, o qual jamais reclamou dos longos períodos de convivência das filhas no Brasil, exclusivamente em companhia da mãe. [...]E acrescenta que inclusive a filha mais nova é nascida no País". [17]

Podemos claramente observar que a decisão proferida na jurisprudência supramencionada, foi a favor da mãe das crianças,

17 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (SEGUNDA TURMA) AgInt no AREsp 379630-DF. Ministro Relator OG FERNANDES (1139). Data de julgamento 18/05/2007. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp acesso em: 25/09/2020.

decidindo pelo não retorno das crianças ao seu país de residência habitual, na Espanha. A decisão foi baseada na manutenção do melhor interesse dos infantes em questão e segundo as disposições da Convenção de Haia de 1980, considerando que residiram mais tempo no Brasil do que na Espanha, e, por isso, as crianças deveriam permanecer em território brasileiro para a tutela dos seus direitos fundamentais.

Existem decisões judiciais divergentes, estabelecendo o retorno imediato da criança ao seu país de residência habitual.

> CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. COOPERAÇÃO JURÍDICA ENTRE ESTADOS. BUSCA E APREENSÃO DE MENORES. REPATRIAÇÃO.
>
> 5. Na hipótese dos autos, a ação foi proposta após o prazo de 1 (um) ano a que se refere o art. 12 caput da Convenção. Sendo que o acórdão recorrido, ao reformar a sentença para que a menor permanecesse em solo brasileiro assentou que "diante da constatação no estudo psicológico de que a menor se encontra inteiramente integrada ao meio em que vive e que a mudança de domicílio poderá causar malefícios no seu futuro desenvolvimento -, e do próprio reconhecimento da Autoridade Central Administrativa de que "não seria prudente, portanto, arriscar que ela vivencie uma nova 'ruptura' de vínculos afetivos, especialmente em virtude de sua tenra idade" (três anos à época da avaliação) -, a "interpretação restritiva" dada pelo ilustre Juiz ao art. 12 da Convenção, determinando o imediato regresso à Argentina, quatro anos depois do seu ingresso em solo nacional (hoje conta com seis anos), vai de encontro à finalidade principal da Convenção, que é a proteção do interesse da criança."[18]

A decisão do STJ em questão difere da anterior, uma vez que neste caso concreto foi deferida a repatriação do infante ao seu país de origem. A decisão foi embasada nas diretrizes da Convenção de Haia de 1980, a fim de tutelar o interesse da menor impúbere, posto que, diante da análise do caso concreto, em sua complexidade, foi entendido que o ideal para o desenvolvimento fisico e psíquico do infante era o retorno ao seu país de origem, sob os cuidados do genitor previamente detentor da guarda.

18 SUPERIOR TRIBUNAL DA JUSTIÇA (SEGUNDA TURMA) REsp 1293800 / MG, Ministro relator HUMBERTO MARTINS (1130), data de julgamento 28/05/2013. Disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp. Acesso em 25/09/20.

Na Itália também são encontradas jurisprudências nos dois sentidos.

> CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE SESTA PENALE
>
> (ud. 31/03/2016) 28-04-2016, n. 17679
>
> 3.1. La Corte territoriale ha ritenuto integrato il delitto di cui all'art. 574 bis c.p., in quanto la K. senza alcuna legittimazione ha trasferito la figlia minore all'estero, sottraendola all'altro genitore e impedendo a costui in un primo momento totalmente e poi solo in parte di esercitare la responsabilità genitoriale.
>
> 3.3. Ed invero il reato di cui all'art. 574 bis c.p., è integrato dalla condotta di "abduction" o di trattenimento del minore al di fuori del territorio dello Stato, cui consegua l'impedimento dell'esercizio della potestà genitoriale (Cass. Sez. 6, n. 45266 del 14/10/2014, C., rv. 261011).
>
> Ed allora deve concludersi che, contrariamente all'assunto difensivo, correttamente la Corte ha dato rilievo al fatto in sè della sottrazione, accompagnata dalla concreta preclusione del potere/dovere di cura in capo al S., in ciò risiedendo l'offesa al bene giuridico protetto, a prescindere dal successivo apprezzamento del concreto interesse del minore, valutato dall'A.C. competente, apprezzamento con il quale è stata fatta coincidere la cessazione della permanenza del reato, cioè la cessazione dell'autonoma rilevanza di quella condotta di materiale preclusione.[19]

Neste caso concreto, o Juiz entendeu que, de fato, ocorreu sequestro internacional e proferiu a sentença contra a mãe que levou ilicitamente a criança sem a autorização do outro genitor, além de praticar alienação parental, consequentemente ferindo o interesse superior da menor. Ademais, a mãe responderá penalmente pelo sequestro internacional e a criança será repatriada sob a custódia do pai, visando a tutela do seu interesse superior.

Algumas decisões divergem da anterior, como a seguinte, na qual se compreendeu que não houve qualquer violação as diretrizes da Convenção de Haia de 1980:

> CORTE DI CASSAZIONE, PRIMA SEZIONE CIVILE, ordinanza n. 9767/19 dell'8 aprile (9767:19)

19 CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE SESTA PENALE (ud. 31/03/2016) 28-04-2016, n. 17679. Disponivel em https://canestrinilex.com/risorse/sottrazione-internazionale-di-minore-cass-1767916/, Acesso em 25/09/20.

> Per la Suprema Corte, che ha ritenuto infondato il ricorso, non si è verificata alcuna violazione della Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori del 25 ottobre 1980, ratificata dall'Italia con legge n. 64/1994.
>
> In primo piano anche la volontà del minore in tutti i casi in cui abbia raggiunto un'età e un grado di maturità da giustificare il rispetto della sua opinione. Per la Cassazione, nella situazione in esame, erano presenti talune condizioni ostative al rimpatrio e, quindi, il ricorso è stato respinto.[20]

Neste caso, a Suprema Corte entendeu que não foi verificada qualquer violação a Convenção de Haia de 1980 e não foi deferida a repatriação do menor impúbere, que expressou interesse em continuar no país onde estava, assumindo-se que ele possuía discernimento suficiente para decidir onde ficar.

A partir de tal análise comparativa entre o entendimento jurisprudencial dos dois países, conclui-se que no Brasil são levados em consideração diversos fatores internos e externos ao processo. A decisão juducial é proferida sempre visando o melhor interesse da criança, independentemente de em qual país este se encontre, e a Convenção de Haia de 1980 é a legislação predominante e única fonte internacional sobre a temática.

Já na Itália, as decisões são baseadas principalmente no regulamento 2201 de 2003, mas também é levado em consideração o disposto nas diretrizes da Convenção de Haia de 1980. Os casos concretos são analisados em toda a sua complexidade, porém as decisões mais pertinentes são as que estabelecem o retorno do infante para o seu país de origem, salvo em casos excepcionais, visando sempre a tutela do supremo interesse da criança. Também é levada em consideração a vontade do infante, o que não ocorre no Brasil.

Cabe ressaltar que, conforme preconiza o artigo 11, n. 1 do Regulamento n. 2201/2003 [21], em casos de sequestro interparental

20 CORTE DI CASSAZIONE, PRIMA SEZIONE CIVILE. Ordinanza n. 9767/19 dell'8 aprile (9767:19). Disponivel em http://www.marinacastellaneta.it/blog/la-corte-di-cassazione-sulla-sottrazione-internazionale-del-minore-italian-court-of-cassation-on-international-children-abduction.html . Acesso em 25/09/20.

21 UNIÃO EUROPEIA. Regolamento n 2201 del 2003. Artigo n 11. Bruxeles, 2003.

de menores entre os Estados Membros da União Europeia, são aplicados o Regulamento combinado com a Convenção de Haia de 1980, sendo o Regulamento predominate. Já no Brasil, tal Regulamento não é aplicável.

Apesar de ambos os países entenderem diversamente a abordagem do sequestro internacional de menores, a Convenção de Haia de 1980 é de extrema relevância em ambos os ordenamentos, pois as suas diretrizes são de fundamental importância para o embasamento das decisões judiciais tanto no Brasil como na Itália e, consequentemente, para a tutela do melhor interesse da criança.

4. Considerações finais

A Convenção de Haia de 1980 possui extrema importância no âmbito internacional, visto que antes de sua celebração os casos de sequestro parental internacional eram de mais difícil resolução.

Constata-se que apesar dos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro possuírem algumas divergências no que toca a modalidade de guarda compartilhada e abordarem diversamente o sequestro internacional de menores, - visto que as decisões relativas ao sequestro internacional de menores na Itália são embasadas principalmente no Regulamento n 2201/2003 em conjunto com a Convençao de Haia de 1980, ao contrário do Brasil que possui apenas as diretrizes da Convenção de Haia de 1980 - é cristalino que, a referida Convenção possui extrema relevância em ambos ordenamentos, e é fundamental para o embasamento das decisões judiciais de cada país, obedecendo às suas diretrizes no que tange ao assunto.

Conclui-se, ainda, que as experiências brasileira e italiana podem contribuir entre si para trazer melhores soluções aos casos de sequestro internacional de menores, embasando sempre suas decisões no melhor interesse da criança, devendo cada caso concreto ser analisado diante da sua complexidade, sem ter que

seguir necessariamente uma regra previamente estabelecida, visto que, o grande objetivo é a tutela dos direitos fundamentais da criança que se encontra em uma situação incomum e que pode ter sofrido diversos traumas devido a tal situação.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 2000 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24/09/2020

_____ Decreto n. 3.413 de 14 de abril de 2000. 2000.

_____ Lei n 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm Acesso em: 23/09/2020.

CORTE DI CASSAZIONE, PRIMA SEZIONE CIVILE, ordinanza n. 9767/19 dell'8 aprile (9767:19), disponivel em http://www.marinacastellaneta.it/blog/la-corte-di-cassazione-sulla-sottrazione-internazionale-del-minore-italian-court-of-cassation-on-international-children-abduction.html , acesso em 25/09/20.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE SESTA PENALE (ud. 31/03/2016) 28-04-2016, n. 17679, disponivel em https://canestrinilex.com/risorse/sottrazione-internazionale-di-minore-cass-1767916/, acesso em 25/09/20

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias: de acordo com o novo cpc. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1275 p.

GASPAR, Renata Alvares; AMARAL, Guilherme. Sequestro internacional de menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor?. Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC, 2013, vol. 8, no 1.

ITÁLIA. Codice Civile. Regio Decreto 16 marzo 1942. n 262. 1942

_____ Constituzione della Reppublica Italiana. 1947.

_____ Lei n 54 de 8 fevereiro de 2006. Gazzeta Ufficiale n 50. 2006. Disponível em: https://www.camera.it/parlam/leggi/06054l.htm Acesso em 22/09/2020.

ITÁLIA. Lei n 64 de 15 de janeiro de 1994. 1994. Disponível em:<. https://www.esteri.it/mae/normative/normativa_consolare/serviziconsolari/tutelaconsolare/minori/conlus200580.pdf> Acesso em 22/09/2020.

LUPOI, Michele Angelo. “La Sottrazione Internazionale Di Minori: Gli Aspetti Processuali.” Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2014.

MARI, Luigi. L’interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori). Studi Urbinati, A-Scienze giuridiche, politiche ed economiche, 2013, 63: 99-117.

MÉRIDA, Carolina Helena Lucas. Seqüestro interparental: o novo direito das crianças. Revista Internacional de Direito e Cidadania, 2011, no 9, p. 7-16.

SIFUENTES, Mônica. Manual de aplicação da Convenção da Haia de 1980. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Comentário à Convenção de Haia de 1980. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verTexto.asp?pagina=textoConvencao>. Acesso em: 26/09/20.

SUPREMO TRIBUNAL DA JUSTIÇA (SEGUNDA TURMA) REsp 1293800 / MG, Ministro relator HUMBERTO MARTINS (1130), data de julgamento 28/05/2013. Disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp acesso em 25/09/20

TONINELLO, Fernanda. A aplicação dos direitos fundamentais nos casos de seqüestro internacional de menores. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 1, 2007.

UNIAO EUROPEIA. Regolamento n 2201 del 2003. Bruxeles, 2003.

Do verde às cinzas, da vida à morte: reflexões sobre as queimadas no pantanal / Brasil e o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado

From green to ashes, from life to death: reflections on burnings in Brazil's pantanal wetland and the right to a healthy and balanced environment

Mireni de Oliveira Costa Silva[1]

Walkiria Martinez Heinrich Ferrer[2]

Sumário: Introdução. 1. Pantanal Mato-grossense: patrimônio da humanidade; 2. Chamas, cinzas e mortes no Pantanal – Brasil; 3. Do direito ao meio ambiente e à qualidade de vida saudável; Considerações Finais; Referências.

Resumo: As queimadas no Pantanal, no Brasil, foram objeto de muita publicidade e inquietações, tanto de estudiosos do bioma quanto de organizações não governamentais, movimentos da sociedade organizada e algumas instituições públicas, que se organizaram em frentes de trabalho para tentar aplacar o fogo. O presente artigo tem o objetivo de fazer uma reflexão sobre tais queimadas no Pantanal – Brasil e o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, bem como discutir a proteção do meio ambiente na perspectiva da previsão legal e do desenvolvimento sustentável, conforme previsto na legislação brasileira, em legislações internacionais das quais o Brasil é signatário, na Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável e, mais recentemente, na proposta da Economia de Francisco, como possibilidade de cuidado com o planeta Terra e também de garantia da vida futura. Para tanto, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental. Com o respaldo do método dedutivo, conclui-se que: a) para evitar

1 Mestranda em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR/SP, Brasil e-mail: mirenicosta@gmail.com.

2 Doutora em Educação e Pós-doutora em Sociologia do Trabalho. Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR/SP, Brasil. E-mail: walkiriamf@terra.com.br.

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

os crimes ambientais promovidos no Pantanal, faz-se necessária uma política governamental de prevenção e punição mais rígida; b) a flexibilização das normas ambientais e o discurso negacionista de que os níveis das queimadas estavam dentro dos padrões normais para o período de seca contribuíram para o evento criminoso.

Palavras-chave: Queimadas; Pantanal; Meio Ambiente; Sustentabilidade.

Abstract: Burnings in Brazil's Pantanal wetland have been a focus of much publicity and concerns both by researchers interested in studying that biome and by non-governmental organizations, organized society movements, and some public institutions, which have organized themselves into work fronts in an attempt to put out the fires. This paper aims at reflecting on the occurrence of those fires in the Pantanal – Brazil and the right to a healthy and balanced environment. Furthermore, it discusses the protection of the environment from the perspective of legal provision and sustainable development, in accordance with the Brazilian and international laws with which Brazil has complied, the Agenda 2030 for Sustainable Development, and more recently the Economy of Francesco, as a possibility to guarantee life in the future. Supported by the deductive method, one can conclude that: a) a more strict governmental policy for prevention and punishment is necessary to prevent environmental crimes from happening in the Pantanal; b) the flexibilization of environmental norms and the negationist discourse stating that the number of fires were within the normal standards of the dry period have contributed to the occurrence of criminal events.

Keywords: Burnings; Pantanal; Environment; Sustainability.

Introdução

O Pantanal brasileiro, situado nos estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, foi declarado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) como reserva da biosfera. É a maior planície alagada do mundo e reconhecido pela legislação brasileira e convenções internacionais como patrimônio natural da humanidade, tendo ganhado os

noticiários em 2020 devido ao grande volume de focos de queimadas monitorados pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE).

No ano de 2020, segundo dados oficias do governo brasileiro, as queimadas no Pantanal tiveram um aumento vertiginoso. Isso ocasionou a morte de milhares de espécies de animais e transformou em cinzas milhares de hectares de vegetação. A resposta ao combate ao incêndio por parte dos órgãos governamentais não teve o condão de acabar e nem mesmo de minimizar os resultados catastróficos que ocorreram, já que a sociedade organizada, até o momento, está fazendo mutirão de doações de alimentos para alimentar parte dos animais que conseguiram se salvar do fogo, mas que tiveram seu habitat natural destruído.

A legislação brasileira garante o direito à vida em todas as suas formas, o direito à saúde, à alimentação e ao meio ambiente saudável. No entanto, embora exista previsão legal desses direitos, eles não foram devidamente observados na região pantaneira, nem na qualidade de vida das populações que vivem no entorno do Pantanal. Além disso, o negacionismo da atual administração do país em relação à gravidade do problema fez com que ele se agravasse e tomasse proporções gigantescas.

Nesse sentido, o objetivo da presente pesquisa é fazer uma reflexão sobre as queimadas no Pantanal, no Brasil, e o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, com respaldo do método dedutivo.

1. Pantanal Mato-grossense: patrimônio da humanidade

O Pantanal é composto pela maior área úmida do planeta e encontra-se cravado na América do Sul, abrangendo partes da Bolívia, do Paraguai e do Brasil. No Brasil, tem clima tropical úmido e está situado na bacia hidrográfica do Alto Paraguai, com extensão de 240 mil km², sendo que aproximadamente 200 mil km² ficam localizados entre os estados de Mato Grosso e Mato Grosso do

Sul. É "considerado um Complexo de Ecossistemas, pois trata-se de uma região de encontro entre Cerrado, Chaco, Amazônia, Mata Atlântica e Bosque Seco Chiquitano"[3], o que significa dizer que sua vegetação é formada por um conjunto de paisagens diversas.

Ele é "uma planície aluvial afetada por rios que drenam a bacia do Alto Paraguai, onde se desenvolvem fauna e flora de rara beleza e abundância, e é influenciada por quatro outros grandes biomas: Amazônia, Cerrado, Chaco e Mata Atlântica"[4]. Sua existência depende fundamentalmente dos rios e afluentes que inundam toda a sua extensão, sendo o Rio Paraguai a sua principal fonte de abastecimento.

Em relação à vegetação, "o cerrado é formação mais representativa, com 36% da vegetação do pantanal [...] ao passo que os campos naturais representam 31%"[5].

O Pantanal abriga milhares de espécies da fauna e flora brasileiras. A parte central fica alagadiça durante todo o ano, e as partes mais periféricas dependem das condições e níveis de água dos afluentes. Portanto, qualquer interferência climática que afeta os afluentes interfere direta e sistematicamente na vida dessas espécies e no seu equilíbrio, sobretudo, comprometendo sua existência.

A UNESCO, Agência da Organização das Nações Unidas (ONU) com sede em Paris, em 2000, reconheceu o Pantanal como Reserva da Biosfera, o que implica dizer que ele integra o conjunto dos ecossistemas do planeta Terra.

O Pantanal apresenta um relevo variado, subdividido entre morros, cordilheiras, baías ou lagos, maciços, vazantes,

3 PANTANAL SOS. Sobre o Pantanal. 2020. Disponível em: https://www.sospantanal.org.br/pantanal/. Acesso em: 21 dezembro. 2020.

4 EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária. O Pantanal. 2020. Disponível em: https://www.embrapa.br/pantanal/apresentacao/o-pantanal. Acesso em: 20 dezembro. 2020.

5 PACHECO, Dagno Maylor Salvador. Trabalho de Geografia. Biomassa do Pantanal. Conteúdo sobre o bioma completo do pantanal, sua localização, seus rios, extensão, relevo, clima, hidrografia, enchentes, fauna, flora, vegetação, economia, agropecuária, animais e extinção. 2013. Disponível em: http://pt.scribd.com/doc/174825563/Pantanal-docx. Acesso em: 21 dezembro. 2020.

corixos, chapadas e serras, além de outras estruturas. Entre outras características marcantes, conta com uma das maiores biodiversidades do planeta.

Grande parte do solo é arenoso e comporta pastagens consideradas nativas, o que contribui de maneira decisiva para o sustento dos animais que habitam o Pantanal, bem como para a criação de gado de fazendeiros que ocuparam extensa parte daquela área. Há vários tipos de ambientes aquáticos, levando a uma grande variedade de espécies que podem ser facilmente encontradas em sua extensão.

A reprodução de uma infinidade de espécies, entre elas, as subaquáticas, depende das enchentes. Isso significa que os períodos de secas interferem diretamente nos ciclos de vida no Pantanal. As mudanças climáticas, em especial as provocadas pela ação humana, principalmente as queimadas, produzem um efeito devastador naquele bioma.

O Pantanal, além de servir como habitat natural para milhares de espécies de animais, é também habitat transitório de espécies oriundas de outras regiões, e "o bioma é considerado uma das vias mais importantes para aves migratórias dos hemisférios norte e sul"[6]. O relevo, com formação de lagos temporários, especialmente nos períodos de seca, oferece alimentação abundante para os pássaros que estão de passagem.

2. Chamas, cinzas e mortes no Pantanal - Brasil

O INPE começou a fazer o monitoramento do Pantanal em 1998, e, de lá para cá, houve momentos alternados de índices elevados de focos de queimadas. O monitoramento dá a exata dimensão do que aconteceu no ano de 2020 no Pantanal. Em meio à pandemia provocada pelo novo coronavírus, registrou-se um aumento assombroso de focos de queimadas no bioma.

6 RIOS, Eloci Peres; THOMPSON, Miguel. Biomas brasileiros. São Paulo: Melhoramentos, 2013. p. 37.

Os dados do Programa Queimadas do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais na Tabela anual comparativa de biomas do Brasil - últimos anos no intervalo de 01/Jan até 25/Dez[7], foram catalogados e disponibilizados observando o ano e a quantidade de focos de queimadas da seguinte forma: em 1998/1.642; 1999/8.983; 2000/2.273; 2001/6.777; 2002/12.276; 2003/3.714; 2004/8.681; 2005/12.523; 2006/3.160; 2007/9.850; 2008/4.476; 2009/ 5.728; 2010/7.906; 2011/3.251; 2012/7.407; 2013/3.382; 2014/1.562; 2015/4.360; 2016/5.162; 2017/5.773; 2018/1.680; 2019/9.952; 2020/22.062, o ano de 2020 apresentou o pior resultado da história.

Os dados apresentados revelam que, durante o ano de 2020, não houve uma fiscalização adequada no Pantanal. A Polícia Federal do Brasil abriu inquérito policial para investigar as responsabilidades pelas queimadas no Pantanal, tanto em Mato Grosso quanto em Mato Grosso do Sul, e as investigações apontaram cinco fazendas como responsáveis "por terem dado início a incêndios no Pantanal"[8] para transformar a vegetação do bioma natural em pastagens para rebanho bovino.

Segundo dados divulgados pelo Portal G1[9], em razão do número expressivo de focos de incêndio, o Pantanal perdeu parte considerável de sua vegetação. Entre os anos de 2000 e 2018, foram 2.100 km²; porém, só em 2020, foram 23.000 km². Essa perda de vegetação tem reflexo direto no equilíbrio da fauna e flora pantaneira, colocando em risco todas as espécies que a habitam,

7 Programa Queimadas. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. Tabela anual comparativa de biomas do Brasil - últimos anos no intervalo de 01/Jan até 25/Dez. 2020. Disponível em: http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/portal-static/situacao-atual/. Acesso em: 22 dezembro. 2020.

8 VILARINO, Cleiton. Polícia Federal investiga cinco fazendas do MS por terem dado início a incêndios no Pantanal. 2020. Disponível em: https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Sustentabilidade/noticia/2020/09/policia-federal-investiga-acao-criminosa-e-premeditada-em-incendios-no-pantanal.html. Acesso em: 22 dezembro. 2020.

9 SILVEIRA, Daniel. Área queimada no pantanal em 2020 supera em dez vezes a área de vegetação natural perdida em 18 anos. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/natureza/noticia/2020/09/24/pantanal-bioma-mais-preservado-ate-2018-perdeu-ao-menos-10-vezes-mais-area-em-2020-que-em-18-anos.ghtml. Acesso em: 21 dezembro. 2020.

pois elas dependem fundamentalmente de seu habitat natural; inclusive, muitas espécies correm o risco de extinção, a exemplo da arara azul[10].

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) [11],

> [...] no Pantanal, 60% das mudanças desde 2010 foram em áreas nativas que deram lugar a pastagens [...] entre 2016 e 2018, 75,3% das alterações tiveram o nível mais acentuado, de acordo com indicador de intensidade de mudanças utilizado na pesquisa, que avalia o grau de modificação no uso da terra, [...] o pasto nativo vai sendo substituído por uma pastagem com inserção de técnicas e tecnologias agropecuárias.

A inserção de novas tecnologias nas áreas rurais tornou-se comum no Brasil, especialmente em Mato Grosso, já que o estado é considerado "campeão na produção de soja, milho, algodão e de rebanho bovino"[12]. O manejo do solo, que antes era manual e empregava técnicas mais rústicas, ao longo dos anos, cresceu em larga escala e tornou-se dependente de maquinários modernos. O desmatamento e as queimadas aumentaram em escala galopante, em especial no ano de 2020, período em que as atenções estavam mais voltadas para a pandemia de Covid-19, chegando ao ponto de o Ministro do Meio Ambiente, Sr. Ricardo Salles, dizer em uma reunião ministerial:

> [...] enquanto estamos nesse momento de tranquilidade no aspecto de cobertura de imprensa, porque só fala de COVID e ir passando a boiada e mudando todo o regramento e simplificando normas. De IPHAN, de ministério da Agricultura, de ministério de Meio Ambiente, de ministério disso, de ministério daquilo. Agora é hora de unir esforços pra dar de baciada a simplificação, é de regulatório que nós

10 WWF – Brasil. Arara-azul. 2020. Disponível em: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/pantanal/nossas_solucoes_no_pantanal/protecao_de_especies_no_pantanal/arara_azul/. Acesso em: 21 dezembro. 2020.

11 BELANDI, Caio. Geociências. Agência IBGE Notícias. IBGE retrata cobertura natural dos biomas do país de 2000 a 2018. 2020. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28944-ibge-retrata-cobertura-natural-dos-bios-do-pais-de-2000-a-2018. Acesso em: 20 dezembro. 2020.

12 MT - Governo de Mato Grosso. Economia. 2015. Disponível em: http://www.mt.gov.br/economia. Acesso em: 22 dezembro. 2020.

precisamos, em todos os aspectos.[13]

A ideia era flexibilizar e simplificar as normas e regulamentos legais, para facilitar a utilização indiscriminada de agrotóxicos, o desmatamento e as queimadas, até mesmo em áreas de preservação ambiental.

Pode-se dizer que o uso desregrado do fogo tem provocado uma catástrofe no meio ambiente brasileiro, com reflexos altamente negativos para o meio ambiente de modo geral, interferindo de maneira sistemática nas mudanças climáticas do planeta, na qualidade de vida de seus habitantes e na garantia de um direito básico, elementar, que é o direito ao meio ambiente saudável e à qualidade de vida sustentável.

3. Do direito ao meio ambiente e à qualidade de vida saudável

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5°[14], garante o direito à vida e, em seu art. 6º, assegura a todos o direito à saúde e à alimentação. No art. 60 § 4°, IV[15], considerado cláusula pétrea, afirma que não será objeto de deliberação uma proposta que vise a abolir os direitos e garantias individuais inseridos no conjunto dos direitos fundamentais.

É sabidamente notório que o meio ambiente não está adstrito somente ao natural. Em uma compreensão mais lato sensu, ele compreende todos os espaços habitados pelos seres vivos, nas suas relações com a natureza e nas interações humanas. Nesse

13 G1. Política. Ministro do meio ambiente defende passar a 'boiada' e 'mudar' regras enquanto a atenção da mídia está voltada para a Covid-19. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/ministro-do-meio-ambiente-defende-passar-a-boiada-e-mudar-regramento-e-simplificar-normas.ghtml. Acesso em: 22 dezembro. 2020.

14 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 dezembro. 2020.

15 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 dezembro. 2020.

sentido, converge com a definição admitida na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n. 6938/81[16], que definiu em seu art. 3º, I, o meio ambiente como sendo "o conjunto de condições, leis, influências e infraestrutura de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

O direito à vida, ao meio ambiente, à saúde e à alimentação tem estreita relação com a qualidade do meio ambiente, com as reais possibilidades de produção de alimentos saudáveis, sem o uso indiscriminado de agrotóxicos. Abrange a produção de boas relações do homem com o meio ambiente natural como a única possibilidade real de garantia de vida saudável para as futuras gerações.

Não é mais cabível o discurso do desenvolvimento desvinculado da vida saudável e da sustentabilidade. A ONU, em 2015, criou a Agenda 2030[17], com 17 objetivos para colocar o mundo no caminho do desenvolvimento sustentável. Na mesma direção, ainda em 2015, o Papa Francisco[18] lançou a Laudato Si, sobre o cuidado da casa comum. Ao tratar da biodiversidade, aponta que

> os recursos da terra estão sendo depredados também por causa de formas imediatistas de entender a economia e a atividade comercial e produtiva. A perda de florestas e bosques implica simultaneamente a perda de espécies que poderiam constituir, no futuro, recursos extremamente importantes não só para a alimentação, mas também para a cura de doenças e vários serviços.

Nessa perspectiva, ele atribui à qualidade de vida um componente essencial: a qualidade do meio ambiente e da biodiversidade. Tratando o meio ambiente como casa comum, quer atribuir a cada um uma parcela de responsabilidade por sua

16 BRASIL. Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 26 dezembro. 2020.

17 NAÇÕES UNIDAS no Brasil. Objetivos de desenvolvimento sustentável. 2020. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/sdgs. Acesso em: 26 dezembro. 2020.

18 BERGOGLIO, Jorge Mario (Papa Francisco). Carta Encíclica "Laudato Si' - Louvado sejas": sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Loyola, 2015. p. 26.

preservação.

O desenvolvimento econômico, em contrapartida, deve estar conectado ao desenvolvimento sustentável, pois este "é um conceito fundamental para a nossa época. É ao mesmo tempo uma maneira de compreender o mundo e um método para resolver os problemas globais"[19]. É necessário pensar no direito de as gerações futuras terem um ambiente saudável para viver, como afirma Freitas, considerando "a dimensão propriamente ambiental da sustentabilidade, ao direito das gerações atuais, sem prejuízo das gerações futuras, ao meio ambiente limpo, em todos os aspectos"[20].

Isso implica diretamente as tomadas de decisão do poder público para garantir efetivamente a preservação do meio ambiente, com novas regulações que objetivem a sustentabilidade e o aprimoramento das normas já existentes, pois, "embora haja por parte das pessoas preocupações com o meio ambiente e haja consciência de que o ser humano necessita efetivamente dele para sobreviver, a ganância por bens materiais sobrepõe-se a tais inquietações"[21]. Essa afirmativa coaduna-se com o aumento dos focos de queimadas no Pantanal Mato-grossense, conforme já apontado. Segundo investigações da Polícia Federal brasileira, o problema tem sua raiz nos grandes latifúndios do Pantanal.

É inegável que existe uma nova tendência global no sentido de efetiva garantia dos direitos da natureza. Merico[22] aponta que

> [...] existem todos os outros seres vivos que habitam conosco este planeta e que, independentemente de sua utilidade para os propósitos humanos, têm direito de existência. A contínua destruição de habitats reduz essa imensa malha de diversidade genética que se autoequilibra e coevolui. É o que se pode chamar da teia da vida. Essa obrigação moral

19 SACHS, Jeffrey D. A era do desenvolvimento sustentável. Lisboa-Portugal: Almedina, 2017. p. 11.

20 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 72.

21 OLIVEIRA, Elizabete. A educação ambiental & Manoel de Barros: diálogos poéticos. São Paulo: Paulinas, 2012. p. 33.

22 MERICO, Luiz Fernando Krieger. Economia e sustentabilidade. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2009. p. 16.

> e ética para com todas as formas de vida é fundamento da sustentabilidade e deve ser levada a sério pela atual civilização.

Esse é o compromisso que deve ser assumido por todos, envolvendo mudanças de paradigma – no modo de viver, de consumir e de relacionar-se com a natureza e com o meio ambiente.

4. Considerações Finais

O Pantanal Mato-grossense, considerado patrimônio da humanidade pela UNESCO, é um bioma rico em diversidade de fauna e flora e possui milhares de espécies de animais.

O presente estudo apontou que, apesar de no Brasil existirem leis de proteção ao meio ambiente e à vida em todas as suas manifestações, essas não foram observadas pelos fazendeiros apontados como autores do crime gravíssimo ocorrido no Bioma Pantanal neste ano de 2020.

Por outro lado, observamos que a postura da administração central do país, ao aproveitar o período de pandemia para "ir passando a boiada", como foi mencionado sobre a flexibilização dos regulamentos legais para preservação e conservação do meio ambiente, contribuiu para que proprietários de grandes faixas de terras no Pantanal ateassem fogo na vegetação para transformá-la em pasto para o rebanho bovino, conforme ficou demonstrado pela investigação da Polícia Federal. Soma-se a isso o próprio negacionismo em relação ao fogo no Pantanal, bem como às suas causas e consequências danosas para o meio ambiente global.

Foi possível também compreender que as medidas governamentais devem ter um conteúdo que possibilite a prevenção dessas ações. Caso elas ocorram, a responsabilização deve ser imediata e ter um caráter pedagógico para que o criminoso não retorne à prática criminosa.

Finalmente, acrescenta-se que o desenvolvimento deve levar sempre em conta a preservação do meio ambiente e a

sustentabilidade; uma coisa não pode desconsiderar a outra em nenhuma hipótese, sob pena de inviabilizar a vida humana de gerações futuras, a vida da fauna e da flora e a própria existência do planeta Terra. Em um momento em que 103 países se reuniram em torno de uma ideia de economia para a "casa comum", que é a Economia de Francisco, tendo como um de seus pilares centrais a sustentabilidade da vida e do planeta, não é admissível que as ações de governos eleitos democraticamente não sejam voltadas para a preservação da vida.

Referências

BELANDI, Caio. Geociências. Agência IBGE Notícias. IBGE retrata cobertura natural dos biomas do país de 2000 a 2018. 2020. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28944-ibge-retrata-cobertura-natural-dos-bios-do-pais-de-2000-a-2018. Acesso em: 20 dezembro. 2020.

BERGOGLIO, Jorge Mario (Papa Francisco). Carta Encíclica "Laudato Si' - Louvado sejas": sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Loyola, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 dezembro. 2020.

BRASIL. Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 26 dezembro. 2020.

BRASIL. Programa Queimadas. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. Tabela anual comparativa de biomas do Brasil - últimos anos no intervalo de 01/Jan até 25/Dez. 2020. Disponível em: http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/portal-static/situacao-atual/.

Acesso em: 22 dezembro. 2020.

EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária. O Pantanal. 2020. Disponível em: https://www.embrapa.br/pantanal/apresentacao/o-pantanal. Acesso em: 22 dezembro. 2020.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

G1. Política. Ministro do meio ambiente defende passar a 'boiada' e 'mudar' regras enquanto a atenção da mídia está voltada para a Covid-19. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/ministro-do-meio-ambiente-defende-passar-a-boiada-e-mudar-regramento-e-simplificar-normas.ghtml. Acesso em: 22 dezembro. 2020.

MERICO, Luiz Fernando Krieger. Economia e sustentabilidade. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2009.

MT - Governo de Mato Grosso. Economia. 2015. Disponível em: http://www.mt.gov.br/economia. Acesso em: 22 dezembro. 2020.

NAÇÕES UNIDAS no Brasil. Objetivos de desenvolvimento sustentável. 2020. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/sdgs. Acesso em: 26 dezembro. 2020.

OLIVEIRA, Elizabete. A educação ambiental & Manoel de Barros: diálogos poéticos. São Paulo: Paulinas, 2012.

PACHECO, Dagno Maylor Salvador. Trabalho de Geografia. Biomassa do Pantanal. Conteúdo sobre o bioma completo do pantanal, sua localização, seus rios, extensão, relevo, clima, hidrografia, enchentes, fauna, flora, vegetação, economia, agropecuária, animais e extinção. 2013. Disponível em: http://pt.scribd.com/doc/174825563/Pantanal-docx. Acesso em: 21 dezembro. 2020.

PANTANAL SOS. Sobre o Pantanal. 2020. Disponível em: https://www.sospantanal.org.br/pantanal/. Acesso em: 21 dezembro. 2020.

RIOS, Eloci Peres; THOMPSON, Miguel. Biomas brasileiros. São

Paulo: Melhoramentos, 2013.

SACHS, Jeffrey D. A era do desenvolvimento sustentável. Lisboa-Portugal: Almedina, 2017.

SILVEIRA, Daniel. Área queimada no pantanal em 2020 supera em dez vezes a área de vegetação natural perdida em 18 anos. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/natureza/noticia/2020/09/24/pantanal-bioma-mais-preservado-ate-2018-perdeu-ao-menos-10-vezes-mais-area-em-2020-que-em-18-anos.ghtml. Acesso em: 21 dezembro. 2020.

VILARINO, Cleiton. Polícia Federal investiga cinco fazendas do MS por terem dado início a incêndios no Pantanal. 2020. Disponível em: https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Sustentabilidade/noticia/2020/09/policia-federal-investiga-acao-criminosa-e-premeditada-em-incendios-no-pantanal.html. Acesso em: 22 dezembro. 2020.

WWF – Brasil. Arara-azul. 2020. Disponível em: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/pantanal/nossas_solucoes_no_pantanal/protecao_de_especies_no_pantanal/arara_azul/. Acesso em: 21 dezembro. 2020.

Processo de harmonização dos direitos fundamentais perante os Tribunais Europeus (TJUE e TEDH)

Process of harmonization of fundamental rights before European courts (TJUE and TEDH)

Gésun Fernando Prestes[1]

Sumário: 1. Processo de harmonização dos direitos fundamentais na União Europeia; 2. Evolução e harmonização das normas de direitos fundamentais entre o TJUE e o TEDH.

Resumo: O presente estudo tem a pretensão de observar a prática evolutiva da harmonização dos direitos fundamentais nos tribunais europeus, a nível do Tribunal de Justiça da União Europeia e Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O processo evolutivo de harmonização do direito europeu busca, acima de tudo, a proteção qualitativa de algumas normas ou princípios, configurados em tratados, directivas, normas de direitos fundamentais, princípios e liberdades fundamentais, sedimentados na União, porém, ainda enfrentam, um grande desafio no processo de harmonização, devido ao ambiente diversificado entre os Estados-Membros, influenciados por vertentes políticas, econômicas e sociais, o que torna ainda mais complexa a solução de todos os conflitos apresentados. Entretanto, o avanço, no contexto que hoje se chega na UE, é significativo, não compete mais aos interesses da União Europeia discutir sobre sua existência, consolidação, e legitimidade, ou ainda, a necessidade de implementar instrumentos jurídicos (para aferição de sua competência e jurisdição) como uma possível Constituição Europeia, ou, se suas normas possuem características supralegais ou constitucionais, estes, e outros temas já estão superados. Após o Tratado de Lisboa (2009), com a vinculação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2001) e consequente adesão à Convenção Europeia dos Direitos

1 Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil. Professor nas disciplinas de Direito Processual Civil, Direito Internacional Público e Privado na Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil. Pesquisador no Exterior pela Dom Helder Câmara. E-mail: gesun@domhelder.edu.br

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

Humanos (1950) como órgão internacional, uma vertente mais presente na dogmática de proteção dos direitos fundamentais se consolidou, neste sentido, restou ao direito comunitário o desafio, após o Tratado de Lisboa (2009), de ampliar e harmonizar esses direitos com os já consolidados.

Palavras-chave: Harmonização; Direitos Fundamentais; Tribunais europeus

Abstract: The present study challenged here aims to observe the evolutionary practice of harmonizing fundamental rights in European courts, at the level of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights. The evolutionary process of harmonization of European law seeks, above all, the qualitative protection of some norms or principles, configured in treaties, directives, norms of fundamental rights, fundamental principles and freedoms, established in the Union, however, they still face, a great challenge in the harmonization process, due to the diverse environment among the Member States, influenced by political, economic and social aspects, which makes the solution of all the conflicts presented even more complex. However, the progress, in the context that is arriving in the EU today, is significant, it is no longer up to the interests of the European Union to discuss its existence, consolidation, and legitimacy, or even the need to implement legal instruments (to gauge its competence and jurisdiction) as a possible European Constitution, or, if its norms have supralegal or constitutional characteristics, these, and other themes are already outdated. After the Lisbon Treaty (2009), with the binding of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (2001) and consequent accession to the European Convention of Human Rights (1950) as an international body, a more present aspect in the dogmatic of protection of fundamental rights was consolidated, in this sense, Community law was left with the challenge, after the Lisbon Treaty (2009), to extend and harmonize these rights with those already consolidated.

Keywords: Harmonization; Fundamental rights; European Courts

1. Processo de harmonização dos direitos fundamentais na União Europeia

O processo de harmonização das normas, diretivas e demais regulamentos na União Europeia, uma vez uniformizado com o Tratado de Lisboa de 2007, consolidou-se através de uma linguagem comum, não só no âmbito da livre circulação de bens e serviços, mas em harmonização com demais normas e princípios consagrados pelas legislações nacionais, as quais passaram por ser harmonizados pelos Tribunais europeus[2]. Um exemplo da tendência evolutiva de harmonização entre os Tribunais Europeus, diz respeito ao caso, "Mamatkulov e Askarov versus Turquia" (PASQUALUCCI, 2005, on-line, p. 2) levado ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH, o qual versou sobre medidas provisórias. O TEDH nesse apreço, determinou que as medidas provisórias serão obrigatórias para os Estados Parte da Convenção Europeia de Direitos Humanos - CEDH[3]. Já o Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE, declarou nesse sentido, que a Convenção Europeia de Direitos Humanos, deve ser interpretada conjuntamente com os princípios do Direito Internacional, uma intepretação, segundo Pasqualucci, "uma interpretaçãoque avança o objetivo de harmonização interestadual do direito internacional" (PASQUALUCCI, 2005, on-line, p. 3).

Observa-se na prática que o Tribunal de Estrasburgo diferencia-se em suas competências, jurisdição e funcionamento com o TJUE, no TEDH essas são delimitadas pela CEDH em seu art.

2 Os Estados-Membros aderiram a uma política partilhada ou regime comum sacrificando parte do âmbito de sua aplicação independente, objetivando assim, uma harmonia a nível da União Europeia. Cfr. SAUTER, Wolf, Proportionality in EU Law: A Balancing Act? (January 25, 2013). TILEC Discussion Paper No. 2013-003. p. 16. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2208467. Acesso em 11 dez 2020.

3 A Convenção Europeia dos Direitos do Homem veio a ser adotada pelo Conselho Europeu em 1950, entrando em vigor somente em 1953, ela é composta de vários protocolos modificados ao longo do tempo até a presente estrutura. Além de prever a estrutura jurídica e funcional do TEDH ela adota alguns princípios inerentes a proteção dos direitos do cidadão europeu. Cf. European Convention Rights. In European Court of Human Rights. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c. Acesso em 11 dez 2020

34º: "receber de qualquer pessoa, organização não governamental ou grupo de particulares, demandas relativas à violação de direitos reconhecidos pela Convenção e seus protocolos"[4]. Já o TJUE, tem suas competências, jurisdição e funcionamento regidos em estatuto próprio.

O Tribunal (TEDH) tem autoridade para aplicar e interpretar um dos mais importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos no mundo, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, que entrou em vigor em 1953. O cerne da Convenção e seus protocolos é o direito à vida e proibição de tortura. Também importantes são a proibição da escravidão e do trabalho forçado, direito de liberdade e segurança, direito ao respeito pela vida privada e familiar, direito à educação e eleições livres, direitos processuais a um julgamento justo, bem como a um recurso efetivo e nenhuma punição sem lei[5].

A Convenção e seus protocolos garantem várias liberdades, como liberdade de pensamento, consciência e religião, liberdade de expressão, liberdade de reunião e associação. Estes documentos também protegem a propriedade e proíbem a discriminação, bem como abolição da pena de morte. Alguns desses direitos são absolutos, como a proibição da tortura e das práticas desumanas e tratamentos degradantes, outros podem ser restritos, mas essas restrições só são permitidas se forem prescritas por lei[6].

Alguns autores consideram que o TEDH possui uma atuação

4 Cfr. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Art. 34º. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf Acesso em 11 dez 2020.

5 Os cidadãos da União Europeia além do direito constitucional interno que assegura proteção aos direitos fundamentais, têm proteção imediata da CEDH e seus protocolos, além do direito Europeu, em especial a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.(Polakiewicz, Jörg, EU Law and the ECHR: Will EU Accession to the European Convention on Human Rights Square the Circle? (September 26, 2013). p. 3 Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2331497 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2331497. Acesso em 12 dez. 2020)

6 Cf. Julia Lafranque. A Look at the European Court of Human Rights Case Law on Moral Issues and Academic Freedom. Vlex. Disponível em: https://app.vlex.com/#WW/search/*/balancing+of+european+court+of+human+rights/WW/vid/739456485 Acesso em 12 dez. 2020

"quase" constitucional[7], que vai além da sua função precípua de caráter internacional de direitos humanos. Em sua "margem de apreciação"[8] o TEDH reconheceu alguns direitos fundamentais oriundos da Convenção, e os considerou, na mesma proporção, fundamentais, como o direito à vida privada, a liberdade de expressão e a um julgamento justo, os quais outorga aos Estados Parte da Convenção o dever de cumpri-los, sujeitando-os a supervisão do TEDH[9].

O TJUE, por sua vez, nasce com a ideia de harmonizar o direito da União, além de demarcar a autonomia do direito da União perante o direito internacional. Seus instrumentos de atuação para esse fim são os Tratados Europeus consolidados, e sua principal

7 A posição que considera o TEDH um tribunal quase constitucional pode ser visto em: (PARRAS, Francisco Javier Mena. Democracy, diversity and the margin of appreciation: a theoretical analysis from the perspective of the international and constitutional functions of the European Court of Human Rights. ISSN: 1697-5197. Disponível em: Vlex. https://app.vlex.com/#WW/search/*/Arai-Takahashi%2C+Yutaka+(2002)./WW/vid /628864898) Acesso 13 dez. 2020.

8 A teoria da margin of appreciation é uma criação jurisprudencial em que a Corte Europeia de Direitos Humanos adota para que os Estados, em caso de conflitos, tenham uma noção sobre os limites dos direitos individuais, interesses nacionais e questões morais, com o fim de desenvolver um equilíbrio dos direitos humanos. (CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. Northwestern Journal of International Human Rights, International Law Commons, vol. 11, edição 1, outono de 2012. [on line]. Disponível em: https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1155&context=njihr. Acesso em 13 dez. 2020); Cfr. SANTOS, Yuele Luiz Tavares. A aplicabilidade da doutrina na margem de apreciação no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. [on line]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=14bc3485c0d01cc6. Acesso 13 dez. 2020.

9 A jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo reconhece e afirma um caráter mínimo de proteção da CEDH. Da mesma forma, a doutrina confirma que nada obsta em que um Estado-membro da Convenção atribua uma norma maior relevo que a Convenção, porém, cabe ao TEDH tentar harmoniza-la como o caráter mínimo de proteção exigível na CEDH. (DIAZ, Angel Rodrigues. La mayor protección interna de los derechos de la convención europea de derechos humanos y el impacto del margen de apreciación nacional. Revista Derecho Político. [on line]. Vlex. Disponível em: https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/Arai-Takahashi%2C+Yutaka+(2002)./WW/vid /665363609 pp. 75 – 102. Acesso em 13 dez. 2020

função é de garantidor da interpretação e aplicação destes[10], como órgão competente para manifestar-se "sobre interpretação dos tratados, e sobre validade e a interpretação dos atos adoptados pelas Instituições, órgãos ou organismos da União" (RAMOS, 2015. p. 200), além da efetiva tutela jurisdicional de seus domínios[11].

Essa consolidação como órgão de jurisdição da União Europeia, somente tornou-se plena com o Tratado de Lisboa[12], assinado em 2007 e em vigor desde dezembro de 2009, chamado de Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE, consagrando o Tribunal (TJUE) como única instância, porém, com uma estrutura composta pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Geral.

O TJUE surge nesse aspecto, como uma importante instituição jurídica, de natureza supranacional, com jurisdição própria, atuando de forma independente e exclusiva, intervindo nos casos, como dito acima, relativos a interpretação e aplicação dos tratados. É de se observar que ele não é considerado como uma instância superior perante os Estados, e não interfere nos mesmos, sua atuação restringe-se na ordem interna apenas para efeito de aplicação do direito da União Europeia (UE) , podendo inclusive, anular atos dos Estados-Membros, caso afrontem o direito europeu[13].

Um dos objetivos da UE é assegurar uma estrutura normativa harmonizada entre todos os Estados-Membros, na esteira que estes sejam subordinados àquela, sempre disposto no que fora pactuado pelos tratados em sua competência ratione personae, assim, importa ressaltar, a título de exemplo, até mesmo nos casos que envolvem celebração de contratos entre particulares e que atentam ao direito europeu, o TJUE pode ser acionado e sua

10 Competência definida no art. 19° do TUE, e pelo art. 267° do TFUE. Cfr. CAMPOS e CAMPOS, 2010. Manual de Direito Europeu. p. 189

11 Cfr. MACHADO, Jonatas E. M. Direito da União Europeia. p. 41

12 Sobre Tratado de Lisboa, cfr. GOMES, José Caramelo. Tratado de Lisboa; Tratado da União Europeia; Tratado sobre funcionamento da União Europeia; DUARTE e LOPES (2008), Tratado de Lisboa. Versão consolidada do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre funcionamento da União Europeia.

13 CAMPOS e CAMPOS, op. cit. p. 184

decisão deve ser integrada aos Estados-Membros[14]. Também pode ser acionado pelos juízes nacionais, que podem pedir ao TJUE que se manifeste acerca de determinada interpretação que se está a fazer de alguma norma e para que auxilie na resolução de um possível conflito normativo.[15]

2. Evolução e harmonização das normas de direitos fundamentais entre o TJUE e o TEDH

Na sua concepção, o TJUE detinha uma atuação limitada, traduzida pelo objetivo de assegurar a eficácia do direito comunitário e de seus tratados constitutivos, prevalecendo nesse período, juntamente com a intervenção do legislador, uma primazia normativa da União Europeia sobre as ordens jurídicas nacionais[16]. Todavia, com o passar dos anos, mesmo tendo uma estratégia de não adentrar no conflito gerado no campo dos direitos fundamentais, a sua atuação nesta temática se tornou inevitável.

O TJUE começou sua evolução após o início dos anos 2000, quando passou a ampliar e reconhecer a diversidade jurídica da UE, momento em que passou a aceitar que "as liberdades fundamentais garantidas pelo Direito da União pudessem ceder perante direitos fundamentais garantidos pelas ordens jurídicas estaduais" (MARQUES, 2011. p. 205). A partir de 2007, com a assinatura do Tratado de Lisboa, a ideia de uma Constituição europeia foi abandonada, no entanto, isso não quer dizer que os

14 Quanto a regulação dos contratos na UE, cfr. WARBURTON, Joshua M. An Innovative Legal Approach to Regulating Digital Content Contracts in the EU. 7 (2016) JIPITEC 246 para 1. [on line]. Disponível em: https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-7-3-2016/4505. Acesso 16 dez. 2020.

15 Cfr. KULK, Stefan and ZUIDERVEEN BORGESIUS, Frederik. Privacy, Freedom of Expression, and the Right to Be Forgotten in Europe (September 1, 2017). Cambridge Handbook of Consumer Privacy, eds. Jules Polonetsky, Omer Tene, and Evan Selinger (Cambridge University Press, 2017). Disponível em: SSRN: https://ssrn.com/abstract=2923722 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2923722 . p. 11-12. Acesso em 16 dez. 2020.

16 Sobre esta primazia das normas supranacionais, conferir o caso COSTA c. ENEL, proc 6/64, de 15 de julho de 1964. p. 1160. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61964CJ0006 Acesso em 16 dez. 2020

tratados da União deixam sua primazia supralegal, mas apenas que podem flexibilizar, conforme sua evolução jurisprudencial[17]. Evolução em muito, contribuída pelo reconhecimento dos direitos fundamentais invocados pelos Estados-Membros, além de atuar no controlo dos Estados, que por ventura, tomassem medidas contrárias aos direitos fundamentais implementados pela União[18].

A partir desse momento o TJUE começou a se aproximar do TEDH de forma dinâmica sem se intrometer na sua competência, preservando os limites de sua atuação. Esta medida de interação e não de uniformização tem como característica a possibilidade de uma corte poder opinar na outra em litígios envolvendo direitos humanos, harmonizando assim, suas jurisprudências.

Esse contexto de harmonização foi sedimentado, com o Tratado de Lisboa[19], assinado em 2007 e em vigor desde dezembro de 2009, em especial no seu art. 6, nº2, quando da adesão pela União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos como um órgão internacional[20], uma vez que a adesão direta não seria possível em razão da incompatibilidade com as competências do TJUE, entretanto, essa nova fonte de direito internacional, tornou a União mais competente para tratar de proteção dos direitos de seus

17 Nesse sentido, conferir Declaração nº 27, anexa ao Tratado de Lisboa, "A conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, os tratados e o direito da União adoptado com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições referidas na jurisprudência" (MARQUES, 2011. p. 209)

18 Cfr. MATOS, Monique Fernandes Santos. Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos do Homem e a Interação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos, p. 190.

19 Não havia, antes do Tratado de Lisboa uma proteção de direitos fundamentais a nível estrutural consolidado, exceto pelas modulações jurisprudenciais do TJUE e do TEDH. Agora, um quadro europeu é formado através do TJUE, TEDH e da CEDH, assegurando assim, princípios, direitos e liberdades, no âmbito de atuação regional.

20 Não custa lembrar que em duas oportunidades o TJUE se manifestou através do Parecer 2/94 e 2/13 pela não adesão à Convenção, uma vez que seria incompatível com as competências do TJUE, portanto, o Tratado de Lisboa apenas inseriu a Convenção no âmbito internacional, como fonte de direito.

cidadãos, que viram nessa junção um ambiente mais favorável[21].

Definiu-se, portanto, que o TEDH exercerá papel de corte internacional, devendo observar e respeitar as competências adotadas pelo TJUE, mas com possibilidade de interação entre elas[22].

Devemos frisar que esse processo de apropriação dos direitos humanos pela União Europeia começou a se apresentar de forma mais significativa desde a assinatura da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[23], em 07 de dezembro de 2000, em Nice, assinada pelo Conselho Europeu, Comissão e Parlamento. Cumpre salientar que o art. 6º, n 1 do TJUE reconhece a Carta como tratado, logo, a torna parte integrante do direito comunitário, por sua vez, a mesma inclui em seu corpo, os princípios gerais instituídos pela CEDH[24].

Em ascensão, a Europa progrediu para uma organização mais complexa no trato da proteção dos direitos humanos, criando um "triangulo normativo" (NADE, Belisa Carvalho, 2012. p. 25, Apud MATOS, 2014. p. 183), composto pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos – SEDH, do qual faz parte a Corte Europeia de Direitos Humanos, o Direito Comunitário (representado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no âmbito da União), e pelos tribunais constitucionais nacionais dos Estados-Membros, que juntamente integram esse sistema normativo de proteção dos direitos humanos.

Outro fator importante que contribui para essa integração

21 Muito antes, o Tratado de Amsterdão, aprovado em 02 de outubro de 1997, deu os primeiros sinais de alteração nesse cenário, modificando o TUE e o Tratado das três comunidades. Ele assegurou o desenvolvimento da União, manutenção de um espaço de liberdade, segurança e justiça, reforçando alguns princípios importantes e estruturais como dos direitos fundamentais e o da igualdade.

22 Verificou-se que as garantias aos cidadãos pelo TJUE eram insuficientes quando se tratasse de matéria ligada aos direitos humanos, sua jurisprudência mostrou-se pouco útil. Nesse sentido, uma nova coalisão era necessária, mas agora no patamar institucionalmente jurídico, a favor dos cidadãos e articulado com a União. Cf. MATOS, op. cit. p. 178

23 Cfr. SILVEIRA e CANOTILHO (coord). Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – comentada. Especialmente título I sobre artigo 1º Dignidade do ser humano. pp 33-45

24 MATOS, op. cit. p. 181

foi a criação de uma regra de harmonização, segundo Maria Luíza Duarte, essa regra é tutelada pela adoção a um princípio, o de "maior proteção aos indivíduos" (DUARTE, 2006. p. 283). Este princípio, juntamente com ampliação normativa estendida ao Direito Constitucional, Direito Internacional e supranacional, constituem um espaço normativo de tratamento similar aos direitos fundamentais.

Para Duarte (2006), o princípio da maior proteção dos indivíduos tem como característica a adoção de uma norma pelo critério de "conteúdo, e não de origem ou estatuto formal" (DUARTE, 2006, p. 286), obtendo do Direito Internacional uma atuação subsidiária, como prevenção em caso de conflito de normas, a qual deixaria de ser observada quando o conflito não ocorresse mais, atendendo assim, os interesses dos indivíduos.

Bibliografia

CAMPOS, João Mota. CAMPOS, João Luiz Mota. Manual de Direito Europeu: O sistema institucional, a ordem jurídica, o ordenamento econômico da União Europeia. 6ª Ed. Coimbra Editora. 2010

DUARTE, Maria Luíza. União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da inter-normatividade. Lisboa: AAFDL, 2006.

DUARTE, Maria Luísa; LOPES, Carlos Alberto. Tratado de Lisboa. Versão consolidada do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre funcionamento da União Europeia. Lisboa: AAFDL, 2008.

GOMES, José Caramelo. Tratado de Lisboa; Tratado da União Europeia: (anotado com todas as versões anteriores); Tratado sobre funcionamento da União Europeia: (anotado com todas as versões anteriores) / compil. José Carmelo Gomes. (Textos jurídicos) ISBN 978-989-640-062-0

LAFFRANQUE. Julia. A Look at the European Court of Human Rights Case Law on Moral Issues and Academic Freedom. Vlex. Disponível em:

https://app.vlex.com/#WW/search/*/balancing+of+european+court+of+human+rights/WW/vid/739456485

LINTZ, Marcelo Henriques. KINDERMANN, Milene Pacheco. O diálogo do sistema europeu de direitos humanos. Disponível em: http://www.unisul.br/wps/wcm/connect/011e5f09-54d3-48ad-bf11-f70a2d5becc6/artigo_marcelo-milene_viii-spi.pdf?MOD=AJPERES

MACHADO, Jonatas E. M. Direito da União Europeia. 3ª Edição. Coimbra. 2018. Ed. Gestlegal. ISBN: 978-989-54076-8-2.

MARQUES, Francisco Paes. Capitulo: O Direito da União Europeia e a Constituição Portuguesa: tensões entre a integração supranacional e a soberania estadual. Livro: Direito Constitucional em Homenagem a Jorge Miranda / Coordenação de Helena Telino Neves Godinho e Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza – Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MATOS, Monique Fernandes Santos. Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos do Homem e a Interação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Revista PPGDir/UFRGS. Qualis B1. 2014. DOI: https://doi.org/10.22456/2317-8558.45572

NADER, Belisa Carvalho. Os “triângulos normativo e judicial europeus”: a coerência intersistemática em matéria de direitos humanos. Revista de Direito Internacional, Brasília, DF, v. 9, n. 2, p. 25-43, jul/dez. 2012.

PASQUALUCCI, Jo M. Interim Mea Sures in International: Human Rights: Evolution and Harmonization. Vanderbilt Journal of Transnational Law. Vol. 38 Núm. 1, January 2005. ISSN: 0090-2594 Disponível: https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/harmonization/p3/WW/vid/54841675. p. 1 – 52. Acesso: 21 dez. 2020.

RAMOS, Rui Manuel Moura. Tratado da União Europeia e tratado sobre o funcionamento da União Europeia / [compil.] Rui Manuel

Moura Ramos – 5ª ed. 2015. Coimbra Editora. ISBN 978-972-32-2316-3

SANTOS, José Augusto Cerqueira. A Harmonização do Direito do Consumo: Recentes desenvolvimentos ao nível europeu e nacional. Dissertação para Mestrado em Ciências Jurídico-Privatísticas na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2015.

SILVEIRA, Alessandra. CANOTILHO, Mariana. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia - Comentada. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (coordenadoras). Edição Almedina. Coimbra, 2013. ISBN 978-972-40-5120-8

Os direitos fundamentais e a mediação digital como forma de resolução dos conflitos trabalhistas frente à pandemia do novo coronavírus covid-19

Fundamental richts and digital mediation as a way to resolve labor conflicts in front of the new coronavirus covid-19 pandemic

Kárita Barboza Gouveia[1]

Nicélia Pereira Lima Ferreira[2]

Sumário: 1. A mediação como método de resolução de conflitos; 2. A mediação trabalhista e os direitos fundamentais; 3. A mediação digital como forma de resolução dos conflitos trabalhistas frente a pandemia do Novo Coronavírus COVID-19; 4. Considerações Finais.

Resumo: Com o aumento das demandas judiciais, houve a necessidade de criar novos métodos de solução de litígios, dentre estes novos métodos, a mediação tem se tornado uma forma eficaz de solucionar os conflitos judiciais e extrajudiciais, ela é uma técnica mais célere que estimula o diálogo e mantém o relacionamento entre as partes. Neste artigo, será abordado a mediação na resolução dos conflitos trabalhistas, observando os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, ressaltando que a mediação trabalhista é um importante método de solução de litígios a qual

1 Mestranda no Mestrado Profissional em Direito das Empresas e dos Negócios pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Processual Civil com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade Damásio (2019). Graduada em Direito pela Universidade de Rio Verde (2013). Advogada no escritório Barboza Malta Advogados. Servidora na Universidade de Rio Verde. Endereço eletrônico: karitabgadv@gmail.com

2 Mestranda no Mestrado Profissional em Direito das Empresas e dos Negócios pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Público com ênfase em Gestão Pública (2016) pela Faculdade Damásio. Especialista em Direito Constitucional Aplicado com capacitação para o ensino no Magistério Superior (2017) pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito (2013) pela UniRV – Universidade de Rio Verde. Advogada. Servidora da Universidade de Rio Verde – UniRV. Endereço eletrônico: ni1lima@hotmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

ajuda a resguardar os direitos fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais, assegurados pelo art. 7º, da Constituição Federal. O método da mediação também poderá ser utilizado por meio das plataformas digitais, através dos mecanismos de resolução dos conflitos, instrumentalizados pelo uso da tecnologia de informação e comunicação, denominados de ODRS (Online Dispute Resolution). Desta forma, verificou-se que a mediação digital utilizada pelos Tribunais Trabalhistas, através do uso das plataformas virtuais desenvolvidas em razão da nova era tecnológica, tem sido uma técnica muito favorável na resolução dos litígios, principalmente durante o atual momento que vivenciamos, devido a pandemia causada pelo novo coronavírus COVID-19, que por ser um método alternativo para a efetiva entrega da prestação jurisdicional, respeita as normas sanitárias impostas para o enfrentamento da doença. Nessa seara o objetivo principal do presente artigo foi verificar a mediação online como forma alternativa de resolução dos conflitos trabalhistas de acordo com os direitos fundamentais. A metodologia de pesquisa utilizada foi a exploratória, baseada em artigos científicos nacionais e internacionais, doutrinas, textos legais, adotando-se o método qualitativo.

Palavras-chave: Mediação; Conflitos Trabalhistas; Mediação Digital; Direitos Fundamentais; Covid-19.

Abstract: Mediation as a method of resolving labor conflicts, respecting the fundamental rights provided for in the Federal Constitution, is currently used in digital form due to the pandemic caused by the new coronavirus (COVID-19), as it is an alternative method for the effective delivery of benefits jurisdiction, which respects the health rules imposed to face the disease. In this area, the main objective of this article was to verify online mediation as an alternative way of resolving labor conflicts. The research methodology used was the bibliographic, through the review, analysis and interpretation of articles. It was found that the digital mediation used by the Labor Courts, through the use of virtual platforms developed due to the new era we are experiencing, has been a very useful technique for the solution of conflicts, making it possible to shorten distances and solve disputes in a faster, without the need to wait for a physical hearing at the headquarters of the Courts. In the end, it is concluded that online mediation is an effective and quick method for resolving conflicts, and it becomes totally viable in the face of the current moment we are experiencing,

due to the pandemic caused by the new corona virus COVID-19.

Keywords: Mediation; Labor conflicts; Digital Mediation; Fundamental rights; Covid-19.

1. A mediação como método de resolução de conflitos

Com a crescente demanda dos litígios, houve a necessidade de criar novos métodos de resolução de conflitos, pois o poder judiciário que detinha essa função não é mais a melhor opção para solucionar todas as modalidades de desavenças. Dentre os motivos estão a morosidade excessiva do judiciário, a incapacidade de lidar com a crescente complexidade dos conflitos, o alto custo do processo, a perda de autonomia das partes, o exagero de formalidade, e os desgastes dos relacionamentos, resultando desta forma em excessivas demandas judiciais.[3]

Diante das constatações de que a busca por resoluções dos conflitos não emanava apenas do Poder Judiciário, pois este não seria o único a ser o detentor da garantia constitucional do acesso à justiça, verificou-se a necessidade de criação de outros métodos de resolução de conflitos.

Estes Métodos Adequados de Solução de Conflitos – MASC, ou, na expressão em inglês, ADR (Alternative Dispute Resolution), são mais satisfatórios do que o Poder Judiciário na solução das demandas, vez que eles permitem que as partes assumam maior controle sobre o litígio, porque possuem como características a confidencialidade, a informalidade, a autonomia e a flexibilidade.[4]

Dentre as modalidades de Métodos Adequados de Solução de Conflitos estão a mediação, a conciliação, a arbitragem e a

3 PEREIRA, F. A. G. A nova gestão dos conflitos empresariais: a utilização de métodos adequados para prevenção, administração e resolução de conflitos em organizações. XXV Encontro Nacional do CONPEDI, Brasília. Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/322620176_A_Nova_Gestao_dos_Conflitos_Empresariais_A_Utilizacao_de_Metodos_Adequados_para_Prevencao_Administracao_e_Resolucao_de_Conflitos_das_Organizacoes>. Acesso em: 20 de ago. de 2020.

4 Idem, ibidem.

negociação. Neste estudo, será abordado o instituto da mediação como método de resolução dos conflitos trabalhistas.

A mediação trata-se de um método inovador de resolução de conflitos em que uma terceira pessoa, imparcial, nominada como mediador, auxilia as partes a solucionarem um conflito existente.

Sales explica que a mediação se configura como um meio consensual de solução de conflitos através de técnicas em que o poder da decisão é das partes e não do mediador, são as partes que são responsáveis pela administração da solução dos seus litígios.[5]

Neste sentindo Vasconcelos (2015, p. 57), aduz que:

> A mediação é tida como um método dialogal e autocompositivo e, também, como uma metodologia, em virtude de estar baseada num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia do direito e da 31 teoria dos sistemas. E é, também, como tal, uma arte, em face das habilidades e sensibilidades próprias do mediador.[6]

Em suma, a mediação trata-se de um método em que as partes, voluntariamente, submetem seus conflitos a um terceiro imparcial, sem poder decisório, que se incumbe de facilitar o diálogo entre elas, buscando reduzir a adversariedade, para que, com empatia, elas possam participar da elaboração de soluções adequadas para a disputa, sempre com fito na continuidade da relação entre si. A mediação cuida da preservação ou restauração do vínculo existente entre as partes.

Diante disso, a mediação possui como características a confidencialidade, a flexibilidade, a voluntariedade, a interdisciplinaridade, a economia e o poder participativo das partes. Desta forma a mediação tem se tornado um ótimo método de resolução de conflitos, podendo ser judicial e extrajudicial.

A mediação extrajudicial é realizada por instituições

5 SALES, Lília Maia de Morais. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

6 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 4ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro: Editora Método, São Paulo, 2015.

credenciadas ou por um mediador independente. Ela deve ser buscada de forma espontânea pelas partes, tendo como vantagem a confidencialidade, pois é uma forma discreta de solução, já que no Brasil a maioria dos processos são públicos.[7]

O credenciamento das instituições de mediação e a capacitação do mediador extrajudicial é feito pelo CONIMA – Conselho Nacional das Novas Organizações, que tem como objetivo representar as entidades de mediação e arbitragem, visando o desenvolvimento, a credibilidade e a excelência dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias.

Neste sentido, devido suas inúmeras vantagens, por se mostrar uma maneira objetiva e eficiente de solucionar conflitos, além de ter um baixo custo, a mediação extrajudicial vem ganhando cada vez mais espaço na sociedade, já que nem todos os conflitos podem aguardar o transcurso extremamente lento de um processo judicial.[8]

De acordo com Tartuce (2019, p. 71):

> A mediação privada oferece mais uma alternativa para reduzir tempo e custos na solução de conflitos. Embora normalmente ela seja realizada antes da instauração de uma relação processual, nada obsta que litigantes em conflito busquem dirimi-lo pela mediação extrajudicial mesmo havendo um processo pendente; nesse caso, é possível pedir a suspensão do feito enquanto participam das sessões consensuais. [9]

Cumpre ressaltar que uma das principais vantagens da mediação extrajudicial é a possibilidade de as partes resolverem diretamente o litígio sem a intervenção de um terceiro, proferindo uma decisão futura que haverá o descontentamento de uma das partes.

No Brasil a mediação foi utilizada por instituições privadas

7 FARIAS, Juliana Guanaes S. de Carvalho. Panorama da Mediação no Brasil: Avanços e Fatores Críticos diante do Marco Legal. Revista de Direito UNIFACS, nº 188, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4099>. Acesso em: 06 de set. de 2020.

8 Idem, ibidem.

9 TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

desde a década de noventa. Ocorre que diante dos resultados e benefícios que este instituto apresentou no âmbito extrajudicial, o Poder judiciário reconheceu este método como uma forma eficaz na solução dos conflitos.[10]

Neste sentido, viu-se a necessidade de regulamentar o processo da mediação, sendo que a primeira expressão legal que tornou efetiva a necessidade de implementação da mediação nas comarcas do país, foi através da Resolução nº. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a qual determinou a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMECs e a instalação no Poder Judiciário de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs, além de realizar um cadastro nacional de mediadores judiciais.

Contudo, foi apenas em 2015, através do Novo Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105/2015[11], que a mediação foi regulamentada como método de resolução conflitos, e em junho deste mesmo ano, foi sancionada a Lei específica da Mediação nº. 13.140/2015[12].

Desse modo, a mediação poderá abordar vários tipos de conflitos, no entendimento de Tartuce, a mediação judicial será efetivada no decurso de uma demanda judiciária já instaurada, e será conduzida através de mediadores judiciais previamente habilitados e cadastrados nos Centros Judiciários de Solução dos Conflitos e Cidadania - CEJUSCs do respectivo Tribunal, designados ou indicados pelo juiz da causa.[13]

10 FARIAS, Juliana Guanaes S. de Carvalho. Panorama da Mediação no Brasil: Avanços e Fatores Críticos diante do Marco Legal. Revista de Direito UNIFACS, nº 188, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4099>. Acesso em: 06 de set. de 2020.

11 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 de set. de 2020.

12 BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação; Brasília, DF, 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 10 de set. de 2020.

13 TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

Logo, verifica-se que esse método alternativo de resolução de disputas, vem sendo cada vez mais reconhecido e legitimado pelo Poder Judiciário, para ajudar a amenizar a crise deste sistema. Pois trata-se de um meio eficaz que acentua a pacificação dos conflitos, a concretização de direitos fundamentais e a satisfação do jurisdicionado, levando as partes ao acordo ou até mesmo criando condições mais favoráveis ao processo judicial.[14]

2. A mediação trabalhista e os direitos fundamentais

os direitos fundamentais estão garantidos pela Constituição Federal em seu Título II, e dentre eles estão assegurados o direito a justiça, a saúde, a educação, ao trabalho, a previdência social e a segurança.

Neste anseio, o direito a justiça por ser um direito Constitucional Fundamental, vem sendo desrespeitado pela estrutura do sistema judiciário que tem dificultado em promover o acesso à justiça, devido a sua morosidade na pacificação de disputas.

Diante destas constatações, para ajudar a assegurar o direito a justiça, tem-se a mediação como forma eficaz de garantir as partes uma solução pacífica das suas controvérsias.

Desse modo, no entendimento de Aguiar, as práticas da Mediação e da Justiça Restaurativa, podem ser entendidas como Direitos Fundamentais, que apesar de não estarem diretamente relacionados na Constituição Federal, estão positivados no Art. 5º, § 2º, o qual estabelece a possibilidade de haver outros Direitos Fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados, além dos direitos e garantias expressos na Constituição, pois estas práticas representam a concretização tanto dos princípios fundamentais estruturantes, da democracia, da promoção da paz, como do princípio fundamental geral do respeito à dignidade da

14 FARIAS, Juliana Guanaes S. de Carvalho. Panorama da Mediação no Brasil: Avanços e Fatores Críticos diante do Marco Legal. Revista de Direito UNIFACS, nº 188, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4099>. Acesso em: 06 de set. de 2020.

pessoa humana.[15]

Ainda, segundo esta autora, os Princípios Processuais Constitucionais de acesso à Justiça, do contraditório, da igualdade, são alcançados pela prática da mediação, que consiste na evidente demonstração do exercício de cidadania, refletindo na promoção de um Estado Democrático de Direito.[16]

Neste sentido, ressalta-se que a mediação trabalhista é um importante método de solução de litígios que ajuda a resguardar os direitos fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais, assegurados pelo Art. 7º, da Constituição Federal.

Segundo Delgado (2017, p. 1663), a mediação e o direito do trabalho vêm antes da Constituição Federal de 1988:

> A ordem jurídica trabalhista anterior a 1988 previa a mediação compulsória nos conflitos laborais coletivos, a ser realizada por autoridades do Ministério do Trabalho. De fato, a CLT, no campo regulatório da negociação coletiva trabalhista (art. 616, §§ 1º e 2º), previa a convocação compulsória para comparecimento perante os órgãos administrativos especializados do Ministério do Trabalho de sindicatos e empresas recalcitrantes, visando a dinâmica negocial a ser ali implementada. Presentes as partes, processava-se a mediação administrativa em direção à negociação coletiva.[17]

Nesta perspectiva a mediação trabalhista cuida dos conflitos decorrentes das relações de trabalho. Ocorre que há inúmeras críticas de que a principal característica dos direitos trabalhistas é a indisponibilidade, desse modo seria inviável a discussão dos direitos e garantias já assegurados ao trabalhador.

No entanto, existem direitos que comportam indisponibilidade absoluta e outros de indisponibilidade relativa, onde a doutrina e as jurisprudências admitem a transação de direitos relativamente

15 AGUIAR, Carla Maria Z. Boin. A humanização do Sistema Processual como forma de realização dos Princípios Constitucionais – Mediação e Justiça Restaurativa. Portal Domínio Público – Teses e Dissertações. 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=124642>
Acesso em: 02 de set. de 2020.

16 Idem, ibidem.

17 DELGADO, Maurício Godinho. Curso do direito do trabalho. 16.ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

específicos.

Desse modo, com o advento da Lei 13.140/2015, por força do Art. 3º, § 2º, expandiu-se a possibilidade de ocorrer mediação em direitos indisponíveis transigíveis, sendo necessária e obrigatória após a realização do acordo a homologação pela Justiça responsável pelo assunto ali tratado, trazendo a possibilidade da mediação não apenas para o direito coletivo trabalhista, como também para o individual.[18]

Diante destas discussões, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSTJ) editou a Resolução nº. 174/2016, que trata justamente da mediação e da conciliação no âmbito da Justiça do Trabalho. Esta resolução estabelece que a mediação judicial trabalhista, pode abordar conflitos individuais e coletivos, desde que seja realizada no Tribunal Regional do Trabalho por meio do próprio juiz do trabalho ou por um mediador que seja servidor público do respectivo Tribunal, supervisionado pelo juiz.

Contudo, a resolução nº. 174/2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho em seu art. 7º, § 6º, proíbe a mediação ou conciliação extrajudicial de direitos individuais do trabalho, descrevendo que não homologará nenhum acordo que venha de câmaras privadas de conciliação, mediação, arbitragem e de normas atinentes à conciliação e mediação extrajudicial pré-processual previstas no NCPC.

Desta forma, não há como ocorrer a mediação extrajudicial trabalhista sobre direitos individuais, sendo possível apenas no âmbito judicial.

Todavia, o uso da mediação nas relações de trabalho tem demonstrado ser cada vez mais compatível com os direitos trabalhistas, sendo uma maneira célere e eficiente de resolução dos litígios.

18 ALVES, Rebecca Falcão. MENDES, Ana Carolina F. Figueiredo. A Possibilidade da Mediação Extrajudicial nas Relações Trabalhistas ante a Reforma Trabalhista de 2017. Revista de Formas Consensuais de Solução dos Conflitos. Salvador. V. 4. Nº. 01. P. 125-143, 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/4411>. Acesso em: 10 de set. de 2020.

3. A mediação digital como forma de resolução dos conflitos trabalhistas frente a pandemia do novo coronavírus Covid-19

Diante da eficácia no uso dos métodos de resolução dos conflitos, houve a necessidade de criar plataformas digitais que pudessem proporcionar as partes a resolução de seus conflitos, mesmo estando em ambientes ou até mesmo em Países diferentes.

Com o avanço da internet, do uso de smartphones, a nova tecnologia está mudando completamente a vida, o cotidiano e o hábito das pessoas. O mundo está vivendo uma nova realidade que altera os modelos econômicos tradicionais. Exemplo disso são os aplicativos Uber, Netflix, WhatsApp, Spotify, Ifood, dentre outros.

Diante de tais mudanças, surgiu a ODRS (Online Dispute Resolution), que são mecanismos de resolução de conflitos, instrumentalizados através do uso de tecnologias de informação e comunicação, demonstrando que os meios de resoluções de conflitos não estão contidos apenas a forma física, podendo ser utilizados pela via online.

Desse modo, a mediação poderá ser utilizada por meio digital, conforme estabelece o art. 46 da Lei nº. 13.140/15, tendo como vantagem a economia de tempo, a economia financeira, e a facilidade do procedimento, já que ambas as partes poderão resolver o litígio em ambientes diversos.

Neste sentindo, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça com a intenção de viabilizar a mediação digital (mediação online), acrescentou o inciso X, no artigo 6º, da Resolução nº. 125/2010, que prevê a criação do Sistema Digital tanto para solução pré-processual de conflitos como para as demandas judiciais em andamento.

Desta forma, o CNJ legitimou as novas tendências previstas na Lei da Mediação e no sistema processual civil, ao inserir o inciso

X, no art. 6º, da Resolução nº. 125/2010.[19]

Portanto, a mediação digital favorece a comunicação entre as partes, e poderá ser aplicada por qualquer plataforma virtual, como a videoconferência, o Microsoft Teams, o Whatsapp, Skype e o Messenger, desde que as partes estejam em comum acordo, conforme dispõe o art. 46 da Lei 13.140/2015.

A mediação digital tem se tornando um importante instrumento de resolução dos conflitos, principalmente agora diante da pandemia do novo coronavírus - COVID19.

A pandemia do novo coronavírus COVID-19, surgiu na cidade de Wuhan, na China, no final do ano de 2019, classificada como uma doença causada por um vírus da família corona vírus, que provoca sintomas como febre, tosse, dificuldade respiratória e pode levar seus portadores a morte, e que rapidamente tornou-se um problema de saúde pública mundial, espalhando-se rapidamente em todos os continentes ainda nos primeiros meses de 2020.

Devido a esta doença, os governantes adotaram diversos protocolos de segurança para evitar a disseminação do vírus. Dentre os protocolos foi exigido o uso de máscaras, foram adotadas medidas como o distanciamento social, os comércios foram fechados, ocorreu a suspensão de aulas e eventos e fez com que os Tribunais fechassem suas portas.

No entanto, o isolamento forçado não acabou com as disputas, pelo contrário, diversos conflitos oriundos da crise passaram a existir, no direito civil, no do consumidor, no âmbito do direito médico, e principalmente no direito do trabalho.

Com as empresas fechadas, empregados foram demitidos, e no âmbito da saúde várias contratações foram realizadas, surgindo diversos outros conflitos, além daqueles rotineiramente existentes. Diante deste panorama, para a efetiva manutenção do acesso a

19 NASCIMENTO JUNIOR, Vanderlei de Freitas. A evolução dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos em Ambiente Virtual: On Line Dispute Resolution. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 12, n. 1, p. 265-282, jul. 2017. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/439>. Acesso em: 15 de set. 2020.

ordem jurídica, foi necessário a ampliação da modernização na solução dos conflitos.

Os Tribunais, para garantir o acesso contínuo à justiça em meio ao isolamento social, se movimentaram em busca de soluções, introduzindo os modelos de tribunais remotos, onde as audiências foram realizadas por meios de telefone e vídeo.

Neste sentido, a Justiça do Trabalho aderiu a utilização da plataforma de videoconferência para os atos processuais, realizando audiências e sessões de julgamentos telepresenciais, conforme regulamentado pela Portaria nº. 61, de 31 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça.

Diante dessa situação, a mediação digital, tornou-se um método eficiente na resolução dos conflitos trabalhistas, principalmente aqueles advindos da pandemia COVID-19.

As empresas que precisaram fechar suas portas devido à crise econômica ocasionada pelo novo coronavírus, puderam utilizar deste método para entrar em comum acordo com seus funcionários, resguardando os direitos fundamentais de seus trabalhadores, promovendo a garantia social de seu empregado poder receber de forma mais rápida os seus direitos, frente a paralização nos Tribunais.

Assim, como visto, a mediação digital é um método mais célere na resolução dos conflitos em decorrência dos reflexos do desenvolvimento social que caracterizam a atual Sociedade da Comunicação, tendo se tornado uma tendência diante dos contornos da pandemia do COVID-19, salvaguardando o próprio sistema judiciário para a manutenção da Justiça, através das plataformas digitais.

4. Considerações finais

A mediação é um método consensual de solucionar controvérsias, em que as partes detêm o poder de solucionar e

decidir o seu litígio, através do diálogo e por meio de técnicas.

Conforme exposto no decorrer deste artigo, o direito a justiça assegurado pela Constituição Federal, vem sendo desrespeitado pela estrutura do Poder Judiciário, devido a sua formalidade e morosidade na pacificação de disputas.

Diante disto, a mediação veio como método alternativo de resolução de conflitos, resguardando a garantia constitucional do direito das partes de acesso à justiça, podendo tratar de conflitos trabalhista.

Sendo que, a mediação trabalhista que decorre das relações de trabalho de direitos individuais, poderá ser ocorrer apenas no âmbito judicial, devido ao art. 7º, § 6º, da resolução nº. 174/2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Contudo, o uso da mediação digital nas relações de trabalho tem demonstrado ser cada vez mais compatível com os direitos fundamentais trabalhistas, frente a pandemia.

Diante disso, restou comprovado que a mediação digital, é um método eficaz, célere e mais adequado na resolução dos conflitos, principalmente diante da pandemia do novo coronavírus COVID-19. Resguardando os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal e assegurando que os trabalhadores afetados pela pandemia irão perceber seus direitos de forma rápida, mesmo diante da paralização dos tribunais.

Referências bibliográficas

AGUIAR, Carla Maria Z. Boin. A humanização do Sistema Processual como forma de realização dos Princípios Constitucionais – Mediação e Justiça Restaurativa. Portal Domínio Público – Teses e Dissertações. 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=124642>. Acesso em: 02 de set. de 2020.

ALVES, Rebecca Falcão. MENDES, Ana Carolina F. Figueiredo. A Possibilidade da Mediação Extrajudicial nas Relações Trabalhistas

ante a Reforma Trabalhista de 2017. Revista de Formas Consensuais de Solução dos Conflitos. Salvador. V. 4. Nº. 01. P. 125-143, 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/4411>. Acesso em: 10 de set. de 2020.

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.) Mediação: método de resolução de controvérsias. São Paulo: LTR, 1999.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de Composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. V.3 Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso do direito do trabalho. 16.ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

FARIAS, Juliana Guanaes S. de Carvalho. Panorama da Mediação no Brasil: Avanços e Fatores Críticos diante do Marco Legal. Revista de Direito UNIFACS, nº 188, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4099>. Acesso em: 06 de set. de 2020.

NASCIMENTO JUNIOR, Vanderlei de Freitas. A evolução dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos em Ambiente Virtual: On Line Dispute Resolution. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 12, n. 1, p. 265-282, jul. 2017. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/439>. Acesso em: 15 de set. 2020.

PEREIRA, F. A. G. A nova gestão dos conflitos empresariais: a utilização de métodos adequados para prevenção, administração e resolução de conflitos em organizações. XXV Encontro Nacional do CONPEDI, Brasília. Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/322620176_A_Nova_Gestao_dos_Conflitos_Empresariais_A_Utilizacao_de_Metodos_Adequados_para_Prevencao_Administracao_e_Resolucao_de_Conflitos_das_Organizacoes>. Acesso em: 20 de ago. de 2020.

SALES, Lília Maia de Morais. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 26 ago. de 2020.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 4ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro: Editora Método, São Paulo, 2015.

A renda mínima no Brasil e na França

Minimum income in Brazil and France

Kalinca Gonçalves Leite[1]

Anderson Orestes Cavalcante Lobato[2]

Sumário: Introdução; 1. A renda mínima no Brasil; 2. A renda mínima na França; 3. Renda mínima incondicional; Considerações finais.

Resumo: Com o presente trabalho, busca-se analisar os projetos de renda mínima no Brasil e na França. O programa de renda básica de cidadania no Brasil foi assinado em 2004, sendo que instituiu um abono universal para todos os brasileiros, que se inicia pelos mais necessitados, até se estender, gradualmente, a todos os cidadãos, conforme as condições orçamentárias. Na França, existia um programa chamado Renevue Minimum d'ìnsertion, o qual foi uma concessão financeira, que vigorou entre 1988 e 2009, sendo então substituída pelo programa de Renda de Solidariedade Active, havendo uma mudança significativa na filosofia e uma ampliação da população atingida. Com efeito, este trabalho busca demonstrar que os programas de renda mínima contribuem para o alcance dos objetivos de um Estado Democrático de Direito, especialmente no que tange a redução das desigualdades sociais. Para atingir os objetivos propostos, apresentou-se revisão de literatura em que se relaciona os programas de Renda Mínima no Brasil e na França. Ainda em perspectiva teórica, buscou-se destacar a natureza de direito fundamental dos benefícios de renda mínima. Por fim, traçou-se um panorama do tratamento às questões envolvendo políticas de alívio à pobreza em prol especialmente das minorias, em prol da redução das desigualdades sociais e regionais.

Palavras-chave: Renda mínima; Distribuição de renda; Brasil; França.

1 Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande, Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande, Advogada. E-mail: kalincaleite@gmail.com

2 Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, Pós-Doutor pela Université Sorbonne Nouvelle, Doutor e Mestre em Direito Público pela Université de Sciences Sociales de Toulouse. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: aoclobato@gmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

Abstract: The present work seeks to analyze minimum income projects in Brazil and France. The basic citizenship income program in Brazil was signed in 2004, and it instituted a universal allowance for all Brazilians, starting with the most needy, until it gradually extends to all citizens, according to budgetary conditions. In France, there was a program called Renevue Minimum d'ìnsertion, which was a financial concession, which was in force between 1988 and 2009, and was then replaced by the Active Solidarity Income program, with a significant change in philosophy and an expansion of the affected population . In effect, this work seeks to demonstrate that minimum income programs contribute to the achievement of the objectives of a Democratic State of Law, especially with regard to the reduction of social inequalities. To achieve the proposed objectives, a literature review was presented in which the Minimum Income programs in Brazil and France are related. Still from a theoretical perspective, we sought to highlight the fundamental right nature of minimum income benefits. Finally, an overview of the treatment of issues involving poverty alleviation policies was drawn up, especially for minorities, for the reduction of social and regional inequalities.

Keywords: Minimum income; Income distribution; Brazil; France.

Introdução

O mínimo existencial pode ser considerado como um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. Benefícios de cunho social, como o Bolsa Família e o Benefício de Prestação Continuada exercem papel essencial tanto para a redução de desigualdades como para a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana. Por se tratar de indivíduos vivendo no limite ou abaixo da linha da pobreza, encontram-se em estado de vulnerabilidade social e têm dificuldade de acesso à assistência jurídica.

Para além desses benefícios, existem políticas de caráter universal, que visam a redução das desigualdades, tais como o programa de Renda Mínima Universal para todos, no Brasil ou o

programa Renevue Minimum dìnsertion (RMI), na França.

O presente estudo tem como objetivo evidenciar o caráter de direito fundamental dos benefícios de renda mínima como concretizadores do mínimo existencial e densificadores de princípios constitucionais expressos, como a redução das desigualdades sociais e regionais e a erradicação da pobreza, em prol de um Estado Democrático de Direito.

Para atingir os objetivos propostos, apresentou-se revisão de literatura em que se relaciona os programas de Renda Mínima no Brasil e na França. Ainda em perspectiva teórica, buscou-se destacar a natureza de direito fundamental dos benefícios de renda mínima. Por fim, traçou-se um panorama do tratamento às questões envolvendo políticas de alívio à pobreza em prol da redução das desigualdades sociais e regionais.

1. A Renda Mínima no Brasil

Os benefícios de renda mínima constituem elemento essencial para a garantia do mínimo existencial. Celso Bastos[3], destaca que o Direito brasileiro considera a desigualdade social como um problema de relevância constitucional (art. 3º, III, da Constituição Federal de 1988). É preciso, pois, buscar formas de combater a pobreza e assegurar condições mínimas para o indivíduo, não se concebendo que a riqueza sirva apenas para alguns, enquanto outra grande parte da população careça de condições mínimas de sobrevivência.

1.1 A incondicionalidade do Programa

A definição de renda básica universal (RBU) adotada no presente trabalho é a mais aceita e comumente usada, tendo

3 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988.

sido sugerida por Van Parijis e Vanderbrought[4], e conhecida pelas expressões análogas de “renda básica de cidadania”, “renda básica incondicional”, “renda mínima universal”, “dividendo territorial”, “demogrant”, “benefício universal”, entre outras. A renda básica universal é um pagamento feito em dinheiro, periodicamente, individualmente a todos os cidadãos em determinada sociedade.

O direito ao benefício não é determinado através de condicionalidades, como exemplo, provas de insuficiência econômica, frequência escolar, busca ativa por emprego etc. Ou seja, a renda básica universal difere da maioria dos benefícios sociais atualmente existentes no brasil, como por exemplo o bolsa família, o qual possui um série de condicionantes.

Nesse sentido, a renda básica universal vai ao encontro das seguintes premissas: a) para todos dentro de uma comunidade política definida; b) individualmente; c) independente do rendimento ou riqueza do beneficiário; d) sem condicionantes e; e) sem referência à quaisquer contribuições anteriores de histórico de trabalho[5].

No Brasil, o perfil dos cidadãos potenciais beneficiários dos programas de renda mínima indica que são pessoas de baixa escolaridade, vivendo no limite ou abaixo da linha da pobreza. Possuem, assim, uma inerente dificuldade de mobilização para buscar assistência judiciária. Não têm consciência de seus próprios direitos e, quando têm, não sabem a quem recorrer.

Diferente da renda básica universal, o Bolsa Família é um programa de transferência de renda que possui condicionalidades na área da saúde e educação para as famílias que recebem o benefício variável, além da prova da insuficiência econômica. Tais condicionantes fazem com que o programa seja constantemente fraudado, conforme dados apresentados pela Corregedoria

4 PARIJIS , Philippe Van; VANDERBORGHT, Yannick. Basic income: A radical proposal for a free society and a sane economy. Londres: Harvard University Press, 2017, 395 p.

5 MARTINELLI, Luke. IPR policy brief: assessing the case for a universal basic income. In: The UK. Bath: Institute for policy Reseearch, University of Bath, 2017, 94 p.

Geral da União[6] e, para além das fraudes em relação à renda, o programa também apresenta problemas no acompanhamento das condicionalidades impostas.

1.2 Os Direitos e Obrigações

Uma das exigências para a pertinência do Bolsa Família, por exemplo, é a matrícula escolar de crianças maiores de 6 anos e frequência mínima de 85% às aulas para crianças de 6 a 15 anos e de 75% para alunos entre 16 e 17 anos. Dessa forma, além da inflexibilidade apresentada nesse processo de verificação da presença dos alunos em relação às questões diversas que estão presentes no cotidiano desses alunos, ignora também algumas particularidades e deficiências apresentadas pela falta de infraestrutura no país.

Outra condicionantes existente no Bolsa Família se refere à área da saúde. A verificação do cumprimento dessa contrapartida relacionada à saúde apresenta-se como uma tarefa complexa, envolvendo diversos setores do governo, e complicados processos de gestão, além do atendimento precário. Sendo assim, conclui-se que o Bolsa Família foi benéfico para o país e constituiu uma importantes forma de reduzir a pobreza no país, no entanto, acredita-se que a substituição do programa pela renda básica universal acabaria ou diminuiria problemas apresentados pelo programa.

Com efeito, em 2 de abril de 2020, foi publicada a Lei 13.982, posteriormente revisada pela Lei 13.998 de 14 de maio de 2020. Estas leis dispõem acerca do chamado auxílio emergencial.

Tal norma consolida a existência de um programa de transferência de renda, ainda com condicionalidades, mas que amplia os programas de Bolsa família e Benefício de prestação

6 Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Relatório de avaliação da execução do programa de governo número 75. Programa Bolsa Família – Brasília, 2017.

continuada. Todavia, o auxílio emergencial possui lapso temporal de vigência, dependendo-se dos interesses políticos atuais a sua consolidação. Nesse sentido, aduz-se que a Medida Provisória n 1000 de 2 de setembro de 2020, ampliou o lapso temporal de vigência da lei, porém, reduziu o valor do benefício, que passou de R$ 600,0 (seiscentos reais) para R$ 300,00 (trezentos reais), por quatro meses. Verifica-se, pois, estar a população sujeita à boa vontade política para a consolidação do auxilio emergencial, criado durante a pandemia de SARS -COV-2.

Pode-se concluir que no Brasil, não existe o Programa de Renda Básica Universal, havendo apenas benefícios de transferência de renda condicionados a fatores de miserabilidade, tais como o supracitado Bolsa Família.

2. A Renda Mínima na França

Na França, por sua vez, existe um programa de transferência de renda chamado Revenu Minimum d'Insertion (RMI), o qual se propôs a atacar não somente o problema de recrudescimento da pobreza derivada da crise econômica, mas também da desestabilização das estruturas familiares advindas em seu bojo. Apresenta-se, para tanto, como uma ruptura na tradição das políticas sociais francesas (de cunho assistencialista), inaugurando um novo modelo de intervenção pública, tendo como fundamento o resgate dos princípios fundamentais de cidadania.

2.1 Os Beneficiários e Recursos

A Renda Mínima de Inserção (RMI) é uma prestação de auxilio social a cargo do Estado, destinada a pessoas sem recursos suficientes para custear suas despesas básicas. Pode-se afirmar que o RMI é um direito atribuído, automaticamente, desde que o beneficiário atenda às condições de acesso: nacionalidade, idade,

residência fixa, carência de recursos.

O RMI é considerado, ainda um direito integral e objetivo não limitado por qualquer condição de oportunidade ou qualquer contrapartida, sendo a inserção social, profissional e econômica o individuo um “imperativo nacional”.

Em termos gerais, o público contemplado pelo RMI é uma população nova, diferenciada daquela prioritariamente atendida pelos serviços sociais profundamente heterogênea. Pode-se traçar um perfil estatístico da população beneficiária do RMI como tendo: idade média em torno de 35 anos; é uma população individual: 75% a 80% são indivíduos sozinhos, e 50% a 70% são beneficiários sem crianças (o grupo dominante é, portanto, de adultos solteiros.

2.2 Os Direitos e Obrigações

Os beneficiários do RMI também apresentava uma série de condicionalidades, tais como baixo nível de qualificação, desemprego, pobreza, exclusão da economia. Como os “excluídos sociais”, também pouco cobertos pela RMI; d) Grupo das pessoas cujos riscos ainda mal cobertos pelo sistema de proteção social. ; É o segundo grupo mais atingido.

Hoje, tal programa foi substituído pelo Revenu de Solidarité Active, ou Renda de Solidariedade Ativa, no qual qualquer cidadão francês (ou estrangeiro em situação regular) pode contar com uma ajuda financeira mensal, que se chama “RSA” (Revenu de Solidarité Active, ou Renda de Solidariedade Ativa), que é direcionada às pessoas em situação de necessidade temporária ou durável.

Em março de 2016 as estatísticas mostraram que mais de 2,53 milhões de lares franceses contavam com esta ajuda em dinheiro. Ou, em pessoas, 4.000.000 de pessoas que vivem de uma ajuda mínima de 514 € para uma pessoa sozinha, 925 € se esta pessoa tiver até dois filhos e 1.079 € para um casal com até dois filhos. E para além disso, cada cidade francesa possui

estruturas de moradia de urgência direcionadas aos seguintes grupos sociais: famílias, idosos, jovens mães, homens sozinhos, mulheres agredidas, portadores de distúrbios psiquiátricos, adictos ou alcoolicos, pequenos delitos etc.

Nas palavras de Piketty,

> O fato de existir um rendimento básico, isto é, um sistema de renda mínima garantido, em vários países e em especial maioria dos países da Europa Ocidental é excelente. Esses sistemas podem e devem ser aprimorados, e devem ser envidados esforços para que eles sejam mais automáticos e universais, sobretudo em relação aos requerentes sem domicilio fixo, que em geral tem maior dificuldade em obter renda básica. (PIKETTY, 2020, p. 846)

O autor enfatiza que é essencial compreender a renda básica como um elemento constitutivo de um todo mais ambicioso que inclua o imposto progressivo sobre a propriedade e a renda, a dotação do capital e o Estado de bem-estar social[7].

3. Renda Mínima Incondicional

O debate sobre universalizar ou focalizar benefícios sociais naqueles que mais precisam perpassa algumas décadas. Nos anos 1970 e 1980, muitos países pobres e de renda média deslocaram-se das políticas sociais mais amplas, que enfatizavam benefícios universais, para programas destinados à fração da população que satisfazia determinados critérios.

3.1 A supressão das Regras Burocráticas

Como se viu, no Brasil e na França existem programas de transferência de renda com uma série de condicionantes. Nesse sentido, Bernard Friot propõe a existência de um salário vitalício[8], diferentemente da RMI, pois difere-se do conceito de renda.

7 PIKETTY, Thomas. Capital e Ideologia. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 847.

8 FRIOT, Bernard. “À partir des retraites, imaginer un salaire à vie” [Partindo da aposentadoria, pensar um salário vitalício], Les Blogs du Diplo, 8 set. 2010. Disponível em: http://blog.mondediplo.net. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

O salário vitalício proposto por Friot é universal duplamente, no sentido de que é para todos e para tudo. Ele substitui o mercado de trabalho e o direito de propriedade lucrativa. É um direito político que recusa a impostura do capital como ator econômico e que qualifica as pessoas, colocando-as como as únicas produtoras e fazendo dos produtores atores políticos. Ou seja, cada um a partir da sua entrada em um coletivo de trabalho até a sua morte terá direito a uma qualificação e ao salário irrevogável que vem com elaO programa Bolsa Família foi um passo importantíssimo e na direção correta para o desenvolvimento no Brasil. No entanto, é preciso expandi-lo, finalmente introduzindo a Renda Básica de Cidadania. Ademais, os programas condicionais de transferência de renda retiram as condições de luta popular por direitos e subordinam uma boa parte da população. Esses programas representam a pobretologia, a cargo de aparelhos privados de hegemonia, os quais se conhece, como o todos pela educação, por exemplo.

A pobretologia[9] representa o rebaixamento das conquistas constitucionais de políticas universais à condição de políticas pobres para os pobres, e, com isso coloca a disposição do mercado, planos de saúde e escolas privadas complementares, para além de receberem os recursos públicos para gerirem instituições públicas. Note-se, é uma política para o capital, e não para as classes trabalhadoras. É uma política de prevenção da possibilidade de lutas e não de melhoria da qualidade de vida. As condicionalidades que tais políticas envolvem, significam em muitos casos reduzir a autonomia organizativa das classes trabalhadoras, principalmente aquelas que se encontram em situação de desemprego, e favorecerem atitudes subservientes para que se consiga receber as migalhas. Em outras palavras, impedir que tais atividades ou ações mitigadoras de sofrimento se convertam em direitos de fato, e aquelas que já eram direitos de fato, como educação e

9 PEREIRA, João Márcio Mendes. O Banco Mundial e a construção político-intelectual do “combate à pobreza”. Topoi (Rio J.), Rio de Janeiro , v. 11, n. 21, p. 260-282, dez. 2010.

saúde publica, que fossem reduzidas a uma saúde publica e uma educação publica para pobres.

Hoje, tem-se a discussão acerca do programa Renda Cidadã, o qual pretende ser um substituto do bolsa família, com parcelas de valores ínfimos, incapazes de garantir a dignidade da pessoa humana, não sendo, nada mais, que outra política de redistribuição de renda condicionada, que visa não a redução das desigualdades, mas sim, a captação de votos do povo nordestino para o governo atual. Assim, o programa renda cidadã pode ser visto como uma política em favor das classes dominantes, que não retira os desfavorecido da situação de pobreza extrema que assola o país, apenas dá migalhas a uma parcela que necessita.

Considerações Finais

O presente estudo teve como objetivo evidenciar o caráter de direito fundamental dos benefícios de renda mínima como concretizadores do mínimo existencial e densificadores de princípios constitucionais expressos, como a redução das desigualdades sociais e regionais e a erradicação da pobreza, em prol de um Estado Democrático de Direito.

Para atingir os objetivos propostos, apresentou-se revisão de literatura em que se relaciona os programas de Renda Mínima no Brasil e na França. Ainda em perspectiva teórica, buscou-se destacar a natureza de direito fundamental dos benefícios de renda mínima. Por fim, traçou-se um panorama do tratamento às questões envolvendo políticas de alívio à pobreza em prol da redução das desigualdades sociais e regionais.

Nesse sentido, são inúmeros os benefícios da introdução da RBU no Brasil, podendo-se destacar: a diminuição da desigualdade e da pobreza; a promoção da igualdade e da cidadania; a colaboração para o crescimento do desenvolvimento econômico; a promoção do bem estar social; o aumento na arrecadação

do governo sem acarretar em aumento nos gastos públicos; a promoção do emprego através da dinamização da economia, a eliminação da armadilha do desemprego e da pobreza; além de contribuir para melhorar a qualificação do trabalhador brasileiro.

Referências bibliográficas

FRIOT, Bernard. As aposentadorias: uma possibilidade de salário por toda a vida. equipe Le Monde Diplomatique Brasil, 2 de setembro de 2010. Disponível em: https://diplomatique.org.br/as-aposentadorias-uma-possibilidade-de-salario-por-toda-a-vida/. Acesso em: 13 de setembro de 2020

MARTINELLI, Luke. “IPR policy brief: assessing the case for a universal basic income”. In: The UK. Bath: Institute for policy Reseearch, University of Bath, 2017, 94 p..

MILANO, Serge.- “Le Revenu Minimum Garanti: les idées, les faites, les choix”, Regards sur l’Actualit, Paris, n. 143, p. 19-31,jui. 1988-a.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Relatório de avaliação da execução do programa de governo número 75. Programa Bolsa Família – Brasília, 2017.

MORAES, Verena Duarte de . MACHADO, Cristiani Vieira. “O Programa do Bolsa Família e as condicionalidades de saúde: desafios da coordenação intergovernamental e intersetorial”. SAÚDE DEBATE / RIO DE JANEIRO, V. 41, N. ESPECIAL 3, p- 129-143, Setembro 2017.

NEPP. Brasil: “O gasto social e as despesas com programas focalizados na pobreza”. Campinas, 1994.

PARIJIS, Philippe Van; VANDERBORGHT, Yannick. Basic income: A radical proposal for a free society and a sane economy. Londres: Harvard University Press, 2017, 395 p.

PEREIRA, João Márcio Mendes. O Banco Mundial e a construção político-intelectual do “combate à pobreza”. Topoi (Rio J.), Rio de Janeiro , v. 11, n. 21, p. 260-282, dez. 2010 . Disponível em

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-101X2010000200260&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 27 set. 2020. 22

PIKETTY, Thomas. Capital e Ideologia. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

SILVA LUCAS, Barbara da. Bolsa Família e suas condicionalidades: análise das motivações para evasão e infrequência escolar na vida dos adolescentes. Rio de Janeiro. Fevereiro de 2017. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/30694/30694.PDF. Acesso em 13 de setembro de 2020.

SOUZA, Pedro Bastos de. "Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social." Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 1, 2016 p. 166-183.

SUPLICY, Eduardo. Renda de cidadania – a saída é pela porta. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 20008.

TEIXEIRA, Juliana Esteves. A seguridade social no contexto de uma renda universal garantida: os fundamentos político-jurídicos para uma ética universal na governabilidade do mundo. 2010. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3744 Acesso em 22 jul. 2020.

A responsabilidade sobre o fornecimento da infraestrutura necessária no regime de teletrabalho. Estudo comparado entre Brasil e Itália

Responsibility for the infrastructure required in the home office. Compared study between Brazil and Italy

Camilla Martins dos Santos Benevides[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Teletrabalho e o princípio da alteridade no Brasil; 3. Teletrabalho e o ordenamento jurídico italiano; 4. Conclusão.

Resumo: Considerando o aumento da utilização de contratos de trabalho na modalidade "teletrabalho", por conta da pandemia COVID, o presente estudo busca analisar a responsabilidade sobre os custos decorrentes deste tipo de contrato. Sendo esta situação replicada em diversos países, a análise comparativa de dois ordenamentos jurídicos diversos tem como objetivo estabelecer os pontos comuns e destacar as divergências sobre o tema, considerando a evolução histórica e a posição econômica-social de cada um, a fim de identificar possíveis intercâmbios e aperfeiçoamentos legislativos. Quanto aos aspectos metodológicos, o presente estudo será elaborado por meio de revisão legislativa e bibliográfica do Brasil e da Itália, com a utilização de critérios qualitativos. A pesquisa demonstra que existem similaridades entre os ordenamentos jurídicos. No Brasil existe maios insegurança jurídica em face da redação imprecisa da Reforma Trabalhista, o que tem sido sanado por meio de negociações coletivas, embora de maneira gradual, lenta e com abrangência limitada as categorias. A Itália, por outro lado, mesmo sem legislação específica com relação ao teletrabalho nos contratos privados, consegue sanar

1 Advogada e Professora. Doutoranda em Direito do trabalho, empresa, autonomia privada e tutela dos direitos na perspectiva europeia e internacional pela Università degli Studi di Roma La Sapienza. Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas e Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela PUC/PR. Diretora de intercâmbio (emissivo) no Instituto Ítalo-Brasileiro de Direitos do Trabalho: E-mail: camilla.benevides1@gmail.com.

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

de forma minimamente satisfatória a lacuna legislativa, por meios normas coletivas de abrangência nacional, estipuladas pelos sindicatos. Diante da crise do direito do trabalho existente no Brasil e no mundo, os sindicatos têm atuado como última barreira, não somente entre empregados e empregadores, mais também entre o poder legislativo e os trabalhadores, utilizando as normas coletivas para reestabelecer equilíbrio entre o capital e o trabalho.

Palavras-chave: Teletrabalho; Responsabilidade Contratual; Direito Comparado.

Abstract: Considering the increase in the use of the “home office” modality, due to the COVID pandemic, this study seeks to analyze the responsibility for the costs from this type of contract. Since this situation is replicated in several countries, the comparative analysis of two different legal systems aims to establish common points and highlight the differences, considering the historical evolution and the economic and social position of each one, to identify possible exchanges and legislative improvements. About the methodological aspects, this paper will be prepared by legislative and bibliographic review of Brazil and Italy, using qualitative criteria. This research shows that there are similarities between these legal systems. In Brazil, there is more legal uncertainty, because of the imprecise text of the Labor Law Reform, which has been solved through union negotiation, gradually, slowly and with limited scope for the categories. Italy, on the other hand, even without specific legislation regarding home office in private contracts, manages to remedy the legislative gap in a minimally satisfactory way, through collective norms of national scope, stipulated by the unions. Faced with the crisis in labor law, unions have acted as a last barrier, not only between employees and employers, but also between the legislative and workers, using collective contracts to reestablish balance between capital and the work.

Keywords: Home office; Contractual Responsibility; Comparative law.

1. Introdução

A pandemia global causada pelo coronavírus é responsável por crises e vulnerabilidades, não somente no cenário da saúde.

Todas as relações sociais foram, em algum grau, atingidas pela pandemia, e o direito do trabalho não ficou imune.

O distanciamento social antecipou tendências e acelerou mudanças no desempenho de atividades do ambiente corporativo: teletrabalho, reuniões virtuais e plataformas de serviços online são apenas alguns exemplos de transformações ocorridas na rotina de muitos trabalhadores.

Tal situação resultou no aumento exponencial de contratos na modalidade teletrabalho[2], e considerando a precariedade das normas relativas ao tema, bem como a urgência de implementação, padecem de discussão determinados pontos, tais como a responsabilidade sobre os custos decorrentes desta modalidade contratual, sendo este o problema proposto no presente estudo.

Sendo esta situação replicada em diversos países, a análise comparativa de dois ordenamentos jurídicos diversos tem como objetivo estabelecer os pontos comuns e destacar as divergências sobre o tema, considerando a evolução histórica e a posição econômica-social de cada um, a fim de identificar possíveis intercâmbios e aperfeiçoamentos legislativos. Assim, o presente estudo será elaborado por meio de revisão legislativa e bibliográfica do Brasil e da Itália, com a utilização de critérios qualitativos.

Diante dessa nova relação com o trabalho, os sistemas jurídicos se veem compelidos a atualizar conceitos e normas trabalhistas para uma maior efetividade, evitando-se um cenário ainda mais perverso em tempos de pandemia. Até mesmo porque, em uma sociedade desigual como a que vivemos, não procedendo desta forma tornaremos ainda mais evidentes as dissimetrias sociais e as barreiras para uma maior inclusão social.

2 Oliveira, Nelson. Teletrabalho ganha impulso na pandemia, mas regulação é objeto de controvérsia. Publicado 24/07/2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/07/teletrabalho-ganha-impulso-na-pandemia-mas-regulacao-e-objeto-de-controversia. Acesso em 18 de novembro de 2020

2. Teletrabalho e o princípio da alteridade no Brasil

O teletrabalho está contemplado pelos artigos 75-A a 75-E da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)[3], inseridos pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Antes da Reforma de 2017, a modalidade de teletrabalho não era disciplinada de forma satisfatória pelo nosso ordenamento jurídico, sendo abordada exclusivamente no parágrafo único do artigo 6º da CLT.

O artigo 75-B da CLT conceitua teletrabalho como sendo "a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo". O parágrafo único do artigo 75-B, por sua vez, explicita que o comparecimento do empregado às dependências do empregador para realizar certas atividades que exijam sua presença não afasta sua condição de teletrabalhador.

Tal característica distingue expressamente o conceito de teletrabalho brasileiro, com aquele previsto na Itália, eis que conforme será mencionado nos próximos itens, o ordenamento jurídico italiano entende como teletrabalho, as atividades realizadas exclusivamente fora empresa, não sendo cabível a realização de atividades na sede do empregador.

O artigo 75-D da CLT dispõe que a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como o reembolso de despesas arcadas pelo empregado deverão constar em contrato escrito. Em que pese o dispositivo não especifique de forma expressa a quem cabe arcar com tais expensas, dando a parecer que a responsabilidade poderia ser de qualquer das partes, parece cauteloso atribuir tal responsabilidade ao empregador, em face do princípio da alteridade.

Por meio desse importante princípio do Direito do Trabalho,

3 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso 10 de novembro 2020.

insculpido no artigo 2º, caput, da CLT, o teletrabalhador, assim como qualquer outro empregado, por prestar seus serviços por conta alheia, não deve assumir qualquer risco pela empresa. Daí porque o artigo 75-D, em que pese impreciso, tende a ser interpretado de modo que o empregado não arque com nenhum ônus da atividade econômica, o que parece ganhar ainda maior relevância em tempos pandêmicos. Nesse sentido é o comentário dos autores Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado[4], pois ainda que a lei seja imprecisa, o fato é que a CLT segue a diretriz geral de que os custos e encargos relativos ao contrato empregatício cabem ao empregador, ao invés de ao empregado.

Ainda mais enfático quanto ao perigo que a atual redação do caput do artigo 75-D da CLT pode trazer é o posicionamento de Carlos Henrique Bezerra Leite[5]:

> O novel art. 75-D da CLT prevê a possibilidade de "contrato escrito" para transferência para o empregado dos gastos necessários à aquisição de equipamentos e material de trabalho implicará, na prática, a transferência dos ricos da atividade econômica para o trabalhador, contrariando, assim, toda a lógica do modo capitalista de produção e consagrada no art. 2º da CLT, que define o empregador como aquele que na relação de emprego assume a responsabilidade da atividade econômica. Ademais, nos momentos de crise e de desemprego estrutural, o empregador acabará invocando o art. 75-D da CLT como condição para contratação de empregado, o que não deixa de ser algo manifestamente injusto e contrário aos princípios fundamentais da valorização do trabalho e da própria livre iniciativa (CF, art. 1º, IV).

Defensável, portanto, a ideia de que cabe exclusivamente ao empregador fornecer os equipamentos indispensáveis à prestação de serviços, bem como arcar com os custos decorrentes destes. A controvérsia surge quando tais equipamentos telemáticos são considerados como de "uso comum", caso das atividades exercidas por meio de computador.

Parte da doutrina tem entendido que, quanto aos equipamentos

4 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017 – São Paulo: LTr, 2017, p. 139.

5 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 10ª edição, Saraiva, 2018. p. 228.

que já fazem parte de infraestrutura ordinária do empregado, não haveria necessidade de reembolso, conforme entendimento do voto vencido no E-RR-12-47.2012.5.04.0522[6] com relação aos custos necessários para limpeza do uniforme.

Com a devida vênia, essa não parece ser a mais adequada das interpretações, considerando as normas trabalhistas como um todo, que devem estar atreladas ao conceito de "risco da atividade" e ao princípio da alteridade.

É importante observar que no voto vencido que embasa o entendimento doutrinário acima citado não há qualquer discussão sobre a responsabilidade do empregador em fornecer o uniforme, discutindo-se apenas a responsabilidade sobre a lavagem, quando não há exigência de produtos específicos, já que a higiene das roupas é medida de ordem comum[7].

Ademais, não é possível comparar os custos relacionados à limpeza do uniforme com os custos, por exemplo, derivados da utilização de equipamentos eletrônicos. Esses últimos, em face da sua tecnologia, são muito mais custosos, e se deterioram não somente com a passagem do tempo, mas também pela frequência de uso, que é substancialmente elevada se utilizada para fins de trabalho.

Em face do exposto, parece-nos mais adequado o entendimento de que, mesmo que o empregado possua os meios necessários para realização das atividades em modo telemático, este deverá ser ressarcido pelo desgaste e prejuízos oriundos da

6 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (E-RR-12-47.2012.5.04.0522, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 12/03/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 03/11/2015).

7 "A lavagem ordinária de uniformes da empresa não causa prejuízo indenizável ao empregado (art. 186 do Código Civil) ou mesmo transferência dos riscos do empreendimento ao empregado, com causação de enriquecimento sem causa da parte adversa, no caso, do empregador (art. 886 do CC). Isso porque a lavagem de roupas é medida de higiene comum e exigível de todos conforme um padrão médio decorrente de máximas de experiência do que ordinariamente acontece (art. 335 do CPC)." Trecho julgamento: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (E-RR-12-47.2012.5.04.0522, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 12/03/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 03/11/2015).

utilização dos bens em favor da empresa, conforme o entendimento do voto vencedor no E-RR-12-47.2012.5.04.0522[8].

O TRT da 3ª Região proferiu também importante decisão sobre o tema, no caso em que a empregada gerente utilizava seu computador pessoal, telefone fixo, celular, internet e energia elétrica em favor da empresa reclamada, determinando a reparação pelas despesas com uso destes bens, por todo o período contratual.[9]

A imprecisão legislativa brasileira, vem sendo sanada por negociações coletivas, frutos de Convenções Coletivas ou Acordos Coletivos, citando-se como exemplo o acordo coletivo da TIM S.A. com o SINTTEL[10]; do Banco Bradesco S.A com a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF[11]; e o termo aditivo a convenção coletiva da Federação dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas e Farmacêuticas do Estado de São Paulo (FEQUIMFAR)[12].

Considerando que esta modalidade de trabalho no Brasil é relativamente nova, até o momento da elaboração deste estudo foram localizadas somente as normas coletivas anteriormente citadas.

Da análise dos acordos e convenções coletivas mencionados no presente estudo, entenda-se que é necessário a elaboração de textos normativos mais completos, a fim de evitar possíveis interpretações inadequadas, todavia se verifica que de maneira

8 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (E-RR-12-47.2012.5.04.0522, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 12/03/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 03/11/2015;

9 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Relator Des. Cleber Lúcio De Almeida. Autos 0010455-39.2017.5.03.0060 (RO) Publicado em 19/02/2018. Disponível em https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010455-39.2017.5.03.0060. Acesso 23 de novembro de 2020;

10 Acordo Coletivo registrado no MET sob n. RJ001348/2020. Disponível em: https://sinttelrio.org.br/storage/2020/10/ACT-TIM-2020_2022-MR0483412020-REGISTRADO.pdf. Acesso 19/11/2020;

11 Acordo Coletivo assinado em 14 de setembro de 2020. Disponível em: https://spbancarios.com.br/sites/default/files/arquivo_destaque/act_teletrabalho_bradesco.docx.pdf. Acesso em 19 de novembro de 2020;

12 Termo aditivo assinado em 26 de Outubro de 2020. Disponível em: https://sindusfarma.org.br/uploads/Dancarla/TERMO_ADITIVO_TELETRABALHO_E_H.pdf. Acesso em 19 de novembro de 2020;

geral os sindicatos têm resguardado os direitos os empregados, repassando aos empregadores as despesas necessárias para realização da atividade produtiva.

3. Teletrabalho e o ordenamento jurídico italiano

O ordenamento jurídico italiano possui três tipos de contrato de trabalho, nos quais a execução da prestação laborativa ocorre integralmente ou parcialmente, fora da sede da empregadora. Essas modalidades são denominadas como: "trabalho em domicílio"[13], "teletrabalho' ou "trabalho ágil"[14]. Embora, inicialmente, as denominações induzam a ideia que se trata de modelos similares, cada um possui conceitos próprios e requisitos que os distinguem entre si.

Considerando o objeto do presente estudo, serão observados os requisitos relacionados exclusivamente ao teletrabalho, na modalidade subordinado.

O Acordo Interconfederale[15] de 09 de junho de 2004, define o teletrabalho como forma de organização e/ou realização do trabalho que se utiliza de meio tecnológicos, em uma relação de emprego na qual a atividade laborativa que poderia ser realizada na sede da empresa, passa a ser realizada regularmente fora das

13 ITALIA. Lei 877/1973, art. 1°: Qualquer pessoa com vínculo de subordinação que atua em sua própria casa ou nas dependências que tiver disponibilidade, mesmo com a ajuda adicional de membros da família que coabitam e dependentes, (...), utilizando matéria prima ou acessórios e equipamentos próprios ou fornecidos pelo empregador. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1974-01-05&atto.codiceRedazionale=073U0877&elenco30giorni=false. Acesso 19 de dezembro de 2020. Tradução da autora;

14 ITALIA. Lei 81/2017, art. 18: trabalho ágil como forma de execução da relação de emprego subordinada, que pode ser realizada (...) sem horário fixo (...) com a possibilidade de utilização de meios tecnológicos (...) executado parte dentro das instalações da empresa e parte fora, sem um local fixo. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/06/13/17G00096/sg. Acesso 19 de dezembro de 2020. Tradução da autora;

15 O Acordo Interconfederale é uma modalidade de acordo nacional que abrange e estabelece regras a todos os sujeitos - empresas, trabalhadores e suas respectivas formas de representação em todos os níveis - associada a organizações signatárias. Se trata, portanto, de um Acordo que vincula quase todas as empresas privadas que operam na Itália. Disponível em http://erc-online.eu/wp-content/uploads/2014/04/2006-01444-EN.pdf. Acesso 19 de Dezembro de 2020. Tradução da autora;

instalações dela.[16] Na Itália existe legislação específica com relação ao teletrabalho apenas nos empregos públicos (L. 191/1988; D.P.R 70/199), cabendo as normas coletivas regulamentações mais específicas[17].

Existem diversas formas de teletrabalho: aquele realizado no domicílio do empregado; o trabalho remoto realizado em "escritórios satélites", que são espaços do empregador, distantes da sede laborativa do empregado; os "centros de trabalho comunitário" que são estruturas que hospedam diversos trabalhadores de empresas diversas; e por fim os "working out" ou "escritórios móveis" nos quais o trabalhador não possui um posto de trabalho fixo. Neste último caso o local de trabalho é sempre variável e externo à empresa.[18]

Ao contrário do sistema jurídico brasileiro, que possui da definição explicita de empregador, conforme redação do art. 2° da CLT, o conceito de empregador italiano é complexo e impõe o conhecimento de diversas fontes legislativas.

O artigo 2.082 do Código Civil Italiano, indica como empregador aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada com o objetivo de produzir ou comercializar bens e serviços.

Com base nesta previsão normativa é possível compreender que o conceito de empregador se adquire através da coexistência de três elementos fundamentais e essenciais, a saber: exercício da atividade de forma profissional - ou não eventual-, a atividade deve ser econômica e organizada - isto é, não voluntária e com necessidade de organização do trabalho e das máquinas - a

16 ITALIA. Accordo Interconfederale Per Il Recepimento Dell'accordo-Quadro Europeo Sul Telelavoro Concluso Il 16 Luglio 2002 Tra Unice/Ueapme, Ceep E Ces Disponível em: https://www.cliclavoro.gov.it/aziende/documents/accordo_interconfederale_telelavoro_9_6_2004.pdf. Acesso 19 de dezembro de 2020. Tradução da autora.

17 RIVA, Severino, D'AGOSTINO, Cristina. Compedio di Diritto del Lavoro. 24ª Ed. Gruppo Editoriale Simone, 2019. P. 294. Tradução da autora;

18 SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. Diritto dei lavori e dell'occupazione. 6ª ed. G. Giappichelli Editore, 2017, p. 251. Tradução da autora;

atividade deve ter como objetivo a troca de bens e serviços.

Já o art. 2° do D.lgs. 81/08 define empregador como: "aquele que mantém relação de trabalho com o trabalhador ou, em qualquer caso, aquele que, de acordo com o tipo e estrutura da organização em que o trabalhador trabalha, tem responsabilidade sobre essa organização ou responsabilidade sobre a unidade de produção no exercício dos poderes de decisão e de gasto."[19]

A partir dos preceitos citados anteriormente, é possível compreender o amplo leque de responsabilidades que pesam sobre o empregador, de modo que o sistema italiano segue a mesma lógica do ordenamento jurídico brasileiro, imputando ao empregador os riscos do negócio.

Neste sentindo, cabendo à empresa as obrigações relacionadas a unidade produtiva e a gestão financeira da empresa, incabível também na Itália o repasse de custos relativas aos meios de produção ao empregado.

Com base nesta lógica, o artigo 6° do Acordo Interconfederale de 09 de junho de 2004[20] estabelece normas com relação aos instrumentos necessários no teletrabalho.

O parágrafo segundo, define que o empregador é responsável pelo fornecimento, instalação e manutenção das ferramentas necessárias para o teletrabalho regular, a menos que o teletrabalhador faça uso de suas próprias ferramentas.

Ainda que o empregado utilize equipamento próprio, o parágrafo terceiro determina à empresa o dever de indenizar ou cobrir os custos diretamente decorrentes do teletrabalho, citando-se particularmente aqueles relacionados à comunicação.

O referido acordo prevê ainda que o empregador, de acordo com as disposições da legislação e por acordos coletivos, arque

19

20 ITALIA. Accordo Interconfederale Per Il Recepimento Dell'accordo-Quadro Europeo Sul Telelavoro Concluso Il 16 Luglio 2002 Tra Unice/Ueapme, Ceep E Ces. Disponível em: https://www.cliclavoro.gov.it/aziende/documents/accordo_interconfederale_telelavoro_9_6_2004.pdf. Acesso 19 de dezembro de 2020. Tradução da autora;

com os custos decorrentes da perda e danos a ferramentas de trabalho e dados usados por teletrabalhador, nos termos do parágrafo quinto.

Portanto, tem-se que na Itália, (de forma mais expressa do que no Brasil) é a empresa empregadora que fornece o equipamento técnico necessário ao trabalhador ou ressarci o preço pago pelo empregado. A análise do acordo mencionado demonstra que isso se aplica tanto ao computador quanto a outros recursos técnicos indispensáveis, tais como: ferramentas telemáticas; custos de manutenção; a estação de trabalho (cadeira, mesa, etc.); a conexão telefônica; e demais custos originários desta modalidade contratual.

4. Considerações finais

A chegada inesperada do coronavírus causou impactos no mundo coorporativo. Face ao alto risco de contágio da doença, o distanciamento social fez com que as pessoas se isolassem em suas casas, "digitalizando" por tempo indefinido o ambiente de trabalho, com a utilização massiva do teletrabalho.

Essa modalidade contratual ainda não possui legislação suficiente tanto no Brasil quanto na Itália. O Brasil apresenta maior grau de insegurança jurídica, uma vez que a redação utilizada pela Reforma Trabalhista possibilita interpretação dúbia da lei e o repasse indevido dos custos do negócio ao empregado, por aqueles empregadores que não conhecem os princípios gerais do direito do trabalho, tal como o princípio da alteridade, ou aqueles que, embora tenham pleno conhecimento, preferem simplesmente ignorá-los. Felizmente, a lacuna legislativa vem sendo sanada por meio de negociação sindical, embora no Brasil existem poucas normas coletivas sobre o tema.

Na Itália, embora não exista legislação específica com relação ao teletrabalho nos contratos privados, verifica-se que a lacuna foi minimamente satisfeita, por meio do Acordo Interconfederale dos Sindicatos, com abrangência nacional, que possui regras específicas sobre a responsabilidade sobre a infraestrutura

necessária no teletrabalho.

Desta forma, verifica-se que tanto no Brasil quanto na Itália os sindicatos possuem papel fundamental em assegurar aos trabalhadores da categoria direitos mínimos e equilibrar as relações entre o capital e o trabalho.

Referencial bibliográfico

Acordo Coletivo registrado no MET sob n. RJ001348/2020. Disponível em: https://sinttelrio.org.br/storage/2020/10/ACT-TIM-2020_2022-MR0483412020-REGISTRADO.pdf. 19 de novembro de 2020.

Acordo Coletivo assinado em 14 de setembro de 2020. Disponível em: https://spbancarios.com.br/sites/default/files/arquivo_destaque/act_teletrabalho_bradesco.docx.pdf. Acesso em 19 de novembro de 2020.

Termo aditivo assinado em 26 de Outubro de 2020. Disponível em: https://sindusfarma.org.br/uploads/Dancarla/TERMO_ADITIVO_TELETRABALHO_E_H.pdf. Acesso em 19 de novembro de 2020..

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso 10 de novembro 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Relator Des. Cleber Lúcio De Almeida. Autos 0010455-39.2017.5.03.0060 (RO) Publicado em 19/02/2018. Disponível em https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010455-39.2017.5.03.0060. Acesso 23 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (E-RR-12-47.2012.5.04.0522, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 12/03/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 03/11/2015).

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017 –

São Paulo: LTr, 2017.

ITALIA. Accordo Interconfederale Per Il Recepimento Dell'accordo-Quadro Europeo Sul Telelavoro Concluso Il 16 Luglio 2002 Tra Unice/Ueapme, Ceep E Ces Disponível em: https://www.cliclavoro.gov.it/aziende/documents/accordo_interconfederale_telelavoro_9_6_2004.pdf. Acesso 19 de dezembro de 2020.

ITALIA. Lei 877/1973. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1974-01-05&atto.codiceRedazionale=073U0877&elenco30giorni=false. Acesso 19 de dezembro de 2020.

ITALIA. Lei 81/2017. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/06/13/17G00096/sg. Acesso 19 de dezembro de 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 10ª edição, Saraiva, 2018.

Oliveira, Nelson. Teletrabalho ganha impulso na pandemia, mas regulação é objeto de controvérsia. Publicado 24/07/2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/07/teletrabalho-ganha-impulso-na-pandemia-mas-regulacao-e-objeto-de-controversia. Acesso em 18 de novembro de 2020

RIVA, Severino, D'AGOSTINO, Cristina. Compedio di Diritto del Lavoro. 24ª Ed. Gruppo Editoriale Simone, 2019.

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. Diritto dei lavori e dell'occupazione. 6ª ed. G. Giappichelli Editore, 2017.

O problema da estrutura e da função no sistema da LGPD: a governança como resposta de confiança jurídica sistêmica.

The problem of the structure and function of the LGPD system: the governance as a response to legal trust system

Daniela Pellin[1]

Sumário: 1. Introdução. 2. A Sociedade da Informação e a operação desse sistema socioeconômico. 3. O problema da estrutura e da função da LGPD: ausência de positividade. 4. A confiança como fonte jurídica da governança glocal da LGPD 5. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente artigo tem como contexto os avanços da Sociedade da Informação (SOCINFO) e o reconhecimento jurídico de que as realidades construídas no metaverso tecnológico têm recebido. O problema, nesta pesquisa, reside no paradoxo que há entre a (des) confiança nas operações informacionais e a respectiva estruturação e funcionamento do sistema jurídico como resposta adequada e esperada. A hipótese reside no caso de os agentes econômicos implantarem padrões de governança, cujo impacto pode ser compreendido como confiança jurídica derivada da boa-fé objetiva no trânsito informacional e ao mesmo tempo fazer esse sistema jurídico-informacional funcionar de acordo com o desenvolvimento socioeconômico pretendido. O objetivo geral é demonstrar que a estruturação da governança imposta pela legislação aos agentes econômicos tem a função de operar a confiança e ganhar status de boa-fé e, com isso, viabilizar o desenvolvimento socioeconômico da SOCINFO. Os objetivos específicos comportam demonstrar que a legislação decorre da tarefa glocal de estruturar o regime jurídico para trafegar dados

1 Professora do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS e Coordenadora do LLM em Resolução Alternativa de Conflitos e Disputas da UNISINOS. Pós-Doutoranda em Direito Privado pela UFRGS. Doutora em Direito Público pela UNISINOS. Visiting Scholar na Università Degli Studi di Padova/Itália. Mestre em Direito da Sociedade da Informação. Especialista em Direito Empresarial. Advogada. Professora. Pesquisadora em Direito, Sociedade e Novas Tecnologias. Membro do Grupo de Pesquisa JUSNANO/CNPq (UNISINOS). Membro do European Society of International Law (ESIL). Email: dpellin@unisinos.br

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

em rede e para o exercício da liberdade econômica nesse sistema; investigar que o elemento da confiança deve ser construído no trânsito dos dados em rede a partir do sistema jurídico da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD); e, por fim, que a implantação da governança pelos agentes econômicos pode contribuir com a construção da confiança como derivação jurídica da boa-fé objetiva. A metodologia aplicada na pesquisa é a pragmático-sistêmica de abordagem multidisciplinar para compreensão e tratamento da complexidade. As técnicas de pesquisa são levantamento e análise de dados e documentos submetidos a revisão bibliográfica. Os resultados de pesquisa apontam que, muito embora, a LGPD tenha preceitos normativos muito abertos e demandem preenchimento sistêmico, na questão do desenvolvimento socioeconômico, a determinação de implantação de governança aos agentes econômicos pode contribuir com a construção da confiança e viabilizar a operação do sistema da LGPD.

Palavras-chaves: LGPD; Governança. Confiança Jurídica; Boa-fé. Segurança Sistêmica.

Abstract: This article has as context the advances of the Information Society (SOCINFO) and the legal recognition that the realities constructed in the technological metaverse have received. The problem, in this research, lies in the paradox that exists between (un) trust in informational operations and the respective structuring and functioning of the legal system as an adequate response. The hypothesis lies in the fact that, if economic agents implement governance standards, this can be understood as objective good faith and, impact on the confidence in the information flow and at the same time make this legal-information system work according to the development intended socioeconomic status. The general objective is to demonstrate that the governance structure imposed by legislation on economic agents has the function of operating trust and, with this, making SOCINFO's socioeconomic development viable. The specific objectives include demonstrating that the legislation stems from the global task of structuring the legal regime to traffic data in a network and for the exercise of economic freedom in that system; investigate that the element of trust must be built in the transit of networked data from the LGPD legal system; and, finally, that the implementation of governance by economic agents can contribute to the construction of trust as a legal derivation of objective good faith. The methodology applied in the research

is the pragmatic-systemic with multidisciplinary approach for understanding and treating complexity. The research techniques are survey and analysis of data and documents submitted to bibliographic review. The research results show that, although the General Data Protection Law has very open normative precepts and requires systemic fulfillment, in the question of socioeconomic development, the determination to implement governance to economic agents can contribute to building necessary trust.

Keywords: LGPD; Governance; Legal Trust; Good Faith; Safety System.

1.Introdução

Os movimentos tecnológicos têm um marco zero: o Livro Verde da Sociedade da Informação (SOCINFO). Este documento, de natureza política, estratégica e projectual de ideal de formatação de sociedade, desenhado e publicado em 2000, pelo Ministério de Ciência, Tecnologia e Informação faz o recorte necessário para o universo da investigação porque correlacionada diretamente. Trata-se de observar as mudanças institucionais que estão a estruturar novos padrões que modificam os respectivos funcionamentos e funcionalidades da complexidade social. Após a adoção do Livro Verde e a recepção e aprimoramento global da rede de internet, a LGPD é consequência decorrente e parte da concretização, bem-sucedida, desse projeto de SOCINFO no âmbito local[2].

Nessa pesquisa, o problema reside sob o ponto de vista da estrutura normativa da LGPD que afeta o seu adequado funcionamento e modifica sua funcionalidade porque se trata de uma Lei com conceitos abertos e lacunosos, programáticos, sem aplicação imediata; de difícil conhecimento e apropriação. Tanto a estrutura quanto o funcionamento da LGPD geram um tipo de expectativa jurídica – que ainda não se conhece - a fim de alinhar

2 Sociedade glocal no sentido de que há estruturação social, jurídica, econômica, política, cultural, educacional e tecnológica de concertação global cujo funcionamento se dá local, mas, com impactos globais. Trata-se de um sistema de comunicação global que se organiza em redes.

os padrões de comportamento e de comunicação de sentidos de linguagem entre todos. Não obstante, uma vez havendo lacuna de compreensão acerca do fato ou da respectiva ocorrência e seus reflexos jurídicos, a expectativa cognitiva fica esvaziada de sentido porque a norma não é capaz de gerar expectativa de resposta e, consequentemente, há insegurança que, por sua vez, gera a quebra da confiança na integridade do sistema, elementar de seu funcionamento e inibe seu acesso, representando barreira de entrada ao sistema.

Daí, como hipótese inicial de pesquisa tem-se a importância de se entender que a estrutura da confiança jurídica derivada da boa-fé objetiva[3] e exteriorizada mediante a governança pode ocupar espaço jurídico de fonte de direito para que o sistema da LGPD tenha em sua estrutura instituto de extrema relevância para a SOCINFO[4].

Nesse sentido, o objetivo geral da pesquisa é incluir a confiança como fonte de direito através da implantação da governança pelos agentes econômicos segundo a estrutura e funcionalidade da SOCINFO para o sistema jurídico que, até o presente momento, não tem como responder à altura da operação do respectivo sistema porque dele não compreende totalmente e claramente os sentidos, possa gerar expectativa normativa em todos os destinatários da LGPD. Já, como objetivos específicos a pesquisa pretende demonstrar que a legislação decorre da tarefa glocal de estruturar o regime jurídico para trafegar dados em rede e para o exercício da liberdade econômica nesse sistema; investigar que o elemento da confiança jurídica deve ser construído no trânsito dos

3 A boa fé objetiva que se usa na presente pesquisa tem como compreensão e expectativa o artigo 422 do Código Civil Brasileiro, bem como, pelos princípios construídos em 2003, na convenção da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, realizada em Genebra e, posteriormente, dentre as metas estabelecidas em Túnis, 2005, a de Governança da Internet.

4 BRASIL. Documentos da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação: Genebra 2003 e Túnis 2005. Trad. Marcelo Amorim Guimarães. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014. Disponível em https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr_DocumentosCMSI.pdf acesso em 23 fev 2020.

dados em rede a partir do sistema da governança da LGPD pelos agentes econômicos; e, por fim, que a governança pode contribuir com a construção da confiança jurídica como derivação jurídica da boa-fé objetiva.

A metodologia empregada na pesquisa é a pragmático-sistêmica. As técnicas de pesquisa comportam o levantamento de dados e documentos submetidos à revisão bibliográfica.

2. A sociedade da informação e a operação desse sistema socioeconômico

Inicialmente, cumpre destacar a relação de equivalência direta que há entre a LGPD e a SOCINFO. Assim como a LGPD está para parte da estrutura da SOCINFO; a SOCINFO está para a economia globalizada em rede ou, a Nova Economia[5], tendo o Brasil como parte desse modelo global de sociedade.

O conceito de Nova Economia, ou seja, aquela operacionalizada no metaverso da SOCINFO, como cenário da LGPD, mediante a produção e compartilhamento de conhecimento e informação capazes de gerar produtos e serviços devem gozar de confiança e segurança no trânsito informacional. E, segundo o Livro Verde, a Nova Economia transformadora da economia mundial é marcada por um novo padrão de competição globalizado, "em que a capacidade de gerar inovações em intervalos de tempo cada vez mais reduzidos é de vital importância para empresas e países[6]". Como decorrência desse cenário a utilização intensiva e massiva dessas tecnologias "[...] introduz maior racionalidade e flexibilidade nos processos produtivos, tornando-os mais eficientes [...] o surgimento de meios e ferramentas para a produção e comercialização de produtos e serviços inovadores, bem como novas oportunidades de

5 BRASIL. Sociedade da Informação no Brasil: Livro Verde. Tadao Takahashi (Org.). Brasília: MCT, 2000. Disponível em http:/livroaberto.ibict.br/handle/1/434 Acesso em 23 fev 2020.

6 Idem; p.17.

investimento[7]".

Em nível de números, significa que a LGPD vem como aliada no desenvolvimento socioeconômico. Veja-se que, nos últimos cinco anos, o e-commerce em países emergentes, como no caso do Brasil, Colômbia, Indonésia e Índia, aumentaram 30% representados por aumento de valor de US$ 242 bilhões, atingindo um total de US$ 834 bilhões ao final de 2019; com projeção de que, até 2030, 60% da população seja urbana e consumidora em rede[8]. Já, no primeiro semestre de 2020, houve aumento global nas vendas on-line e nessa escalada a pandemia Covid-19 funcionou como incentivo resultante em um acúmulo de US$ 7,57 bilhões em vendas no comércio eletrônico varejista brasileiro, e um aumento de 45% no faturamento das empresas[9]. Disso decorrem inúmeras implicações de suma importância para a pesquisa, a exemplo de reflexos socioeconômicos e, sobretudo, jurídicos.

A SOCINFO foi projetada pelos japoneses por volta de 1970, cujo termo, também foi por eles acunhado[10]. De lá para cá, o conceito acompanhou mudanças quantitativas e qualitativas inerentes à respectiva consolidação desse modelo. Mudanças essas verificadas, qualitativamente, ou seja, nova forma de se viver em sociedade – a SOCINFO em rede – e, quantitativamente, pelo seu aspecto funcional através da tecnologia, da economia, no universo ocupacional, espacial e cultural. Todavia, o melhor ponto de observação é aquele em que the character of information is such as to have transformed how we live[11]. Trata-se, portanto, de

7 Ibidem; p. 17.

8 REDAÇÃO E-COMMERCE BRASIL. Euromonitor: 60% dos consumidores nos mercados emergentes devem manter hábito de compra on-line. 20, outubro, 2020. Disponível em https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/euromonitor-consumidores-habito-compra-online/ Acesso em 29 nov, 2020.

9 VALOR. Comércio Eletrônico rouba receita do varejo tradicional na pandemia. 6 out, 2020. Disponível em https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/empresas/noticia/2020/10/06/comercio-eletronico-rouba-receita-do-varejo-tradicional-na-pandemia.ghtml Acesso em 29 nov 2020.

10 WEBSTER, Frank. Theories of the Information Society. Third Edition. New York: Routledge, 2006.

11 Idem; p. 09.

uma sociedade transformada pelo trânsito informacional e que tem neste, a qualificação à sobrevivência; a habilidade e competência de operar no metaverso - na sociedade virtual -, compreendido como "um universo dentro do outro, ou seja, a imitação do mundo real, que proporciona o relacionamento de pessoas em todos os aspectos, com projeção na vida e na relação das pessoas e corporações (...)[12]" em rede.

A SOCINFO também é chamada de sociedade do conhecimento e os principais efeitos obtidos a partir da revolução informacional foram; a) a transnacionalização e o surgimento dos blocos econômicos; b) o e-commerce; c) a economicidade da informação; d) a formação de banco de dados; e) a transferência eletrônica de dados que favoreceu o acesso à informação e o estabelecimento de novas limitações; f) o estabelecimento de normas comunitárias com vistas à uniformização do tratamento legislativo.

Por essa razão, o Livro Verde está para a SOCINFO, assim como a globalização está para a economia e a LGPD está para a SOCINFO, enquanto parte de sua estruturação para operação socioeconômica do metaverso glocal.

3. O problema da estrutura e da função da lgpd: ausência de positividadeLGPD

Como projeto, contudo, a SOCINFO reclama conformação jurídica para a pacificação socioeconômica nesse ambiente e a LGPD vem proporcionar parte dessa estrutura de pacificação Da leitura da norma, regulamentada pela Lei n. 13.709/2018, depara-se com estrutura de linguagem de pouca compreensão; portanto, pouca apropriação e duvidoso funcionamento pelos destinatários. Há excesso de conceitos lacunosos e abertos; ausência de direitos

12 MUNIZ, Regiane Alonso; ANDRADE, Ronaldo Alves de. Comunidades virtuais: aspectos jurídicos. In PELLIN, Daniela (Org.). Direito e aspectos econômicos na Sociedade da Informação. SENAC: São Paulo, 2013; p. 165.

e obrigações claros, de fácil compreensão e obediência, capazes de gerar expectativas normativas pelos destinatários da norma; com isso, fácil emperrar o funcionamento do sistema jurídico da LGPD diante da ausência de estrutura normativa positiva, conhecida por todos, segundo artigo 3º[13], da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Tal caráter extremamente aberto e incompreensível aos seus destinatários, certamente, é uma norma desconhecida cujo impacto é insegurança sistêmica e jurídica; uma norma que não comunica sentidos de linguagem em que os cidadãos possam se apropriar de direitos e obrigações, mas, estão a depender de terceiro que o faça, a exemplo de Tribunais, Instituições e Organizações.

A Lei, a despeito de seu festejo, apresenta inúmeras falhas estruturantes porque está a depender de outras legislações para o preenchimento de sua compreensão e, sobretudo, está a depender de outras áreas técnicas das Tecnologias da Informação (TICs) para ser operada e atingir sua funcionalidade regulatória. Há vários exemplos que podem ser extraídos da Lei como uso, proteção e transferência de dados; controle de dados pelos usuários sobre suas informações pessoais; consentimento explícito para coleta e uso dos dados; disponibilidade aos usuários para que visualizem, corrijam, excluam dados, fiquem anônimos; discriminação ilícita ou abusiva de dados; exigência de relatório pelo titular dos dados para verificação de segurança; de outro lado, aplicação indiscriminada das regras a todos os agentes econômicos, bem como, terminologias técnicas que o destinatário usuário, leigo, não tem condições de compreender o sentido da linguagem e, portanto, não tem condições de conhecer a norma em sua plenitude e apropriar-se dos direitos dela inerentes, como tratamento de dados, dados pessoais, dados sensíveis, consequências de adesão, concordância, anonimização, operador de dados, controlador de dados, dentre outros tantos. Sobremaneira, tem-se por prejudicadas as compreensões pelas

13 Diz assim o artigo 3º da LINDB (Decreto Lei 4.657/1942 alterado pela Lei n. 12.376/2010): “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

pessoas naturais dos princípios elencados nos artigos 1º e 2º da LGPD que, muito embora, tratando-se de fundamentais e estruturantes da norma especial, mereciam detalhamento, a fim de não ficar à mercê de interpretação pelos Tribunais.

Por tal problemática que, provavelmente, tem a sua gênese a cópia fiel do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia, não levou em conta, sobretudo, a contextualização nacional, no mínimo, do perfil das pessoas naturais nacionais e, sobretudo, das empresas brasileiras, pequenas, micros e médias como realidade econômica, a demandar melhor adequação normativa compatível com suas expectativas de atividade econômica organizada (art. 966, do Código Civil e Lei Complementar 123/2006) é que, há problema na estrutura positiva e na funcionalidade sistêmica da SOCINFO no país.

Nesse sentido, trata-se de uma norma não confiável, não comunicável e, portanto, problemática que reflete na confiança desse sistema de trânsito de dados e consequentemente na efetividade da LGPD causando efeito contrário ao pretendido, qual seja, regulamentar o trânsito desses dados de tal forma que cada envolvido em operação em rede saiba exatamente seus direitos e obrigações, limites éticos e comportamento coletivo de acordo com a moral de boa conduta em rede; de natureza pedagógica e institucional. Mas, foi deixado aos Tribunais e à futura Autoridade Nacional de Proteção de Dados a completude e efetividade normativa do sistema ficando o usuário à margem desse processo.

4. A confiança como fonte jurídica de governança glocal da LGPD

Nesse sentido, há necessidade desse sistema operacional e jurídico serem confiáveis e seguros segundo a Declaração de Princípios de Genebra, 2003 e, diante da ausência de positividade da LGPD, resta ao sistema a governança como forma de comunicar

a confiança jurídica como derivada da boa-fé objetiva dos operadores de dados em rede para a efetividade normativa.

E, como discutido e assentadas bases pela Cúpula Mundial de implantação da SOCINFO[14], esse sistema é voltado à estruturação de um tipo ideal de sociedade voltada às pessoas, inclusiva e orientada para o desenvolvimento a partir do acesso à informação e à produção do conhecimento segundo se depreende de parte da redação do princípio primeiro que permite "[...] indivíduos, comunidades e povos empregar todo o seu potencial na promoção do desenvolvimento sustentável e da melhor qualidade de vida, com base nos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, respeitando plenamente e defendendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos[15]". Mas, a LGPD não contribui com esse princípio ao não deixar-se compreender.

Um dos pontos relevantes desse sistema é o reforço da confiança e segurança na utilização das tecnologias da informação e comunicação (TICs) e, portanto, de suas funcionalidades. Isso significa autenticação, privacidade e proteção de dados e, incentivo a sociedade glocal para operar no metaverso. Sobretudo, "deve-se levar em conta o nível de desenvolvimento social e econômico de cada país, respeitando os aspectos da sociedade da informação orientados para o desenvolvimento[16]". Para tal objetivo, governos, em parceria com agentes privados, devem reforçar, inclusive, o compartilhamento de "boas práticas no campo de segurança da informação e de segurança de redes e incentivar a sua utilização por todas as partes interessadas [...] para facilitar transações on-line[17]".

14 BRASIL. Documentos da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação: Genebra 2003 e Túnis 2005. Trad. Marcelo Amorim Guimarães. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014. Disponível em https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr_DocumentosCMSI.pdf acesso em 23 fev 2020.

15 Idem; p. 16..

16 BRASIL. Documentos da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação: Genebra 2003 e Túnis 2005. Trad. Marcelo Amorim Guimarães. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014. Disponível em https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr_DocumentosCMSI.pdf acesso em 23 fev 2020; p. 27.

17 Idem; p. 49.

Muito embora, a LGPD brasileira esbarre na problemática da estrutura normativa incompatível com o sistema positivo de normas do Direito, estabelece nos artigos 49, 50 e 51, a cogência na implantação de governança, boas práticas e indicadores avaliativos de conformidade (compliance) que, por sua vez, tem como fundamento, a segurança e a efetividade dos princípios fundamentais calcados nos artigos 1º e 2º da norma, estando em conformidade com a Cúpula Mundial da SOCINFO a cumprir com o objetivo de proporcionar desenvolvimento às pessoas por melhor e mais acesso a bens e serviços em rede[18].

Além disso, mesmo a despeito de todas as categorias conceituais que enumera no artigo 5º, chama atenção a proposta de estruturar a boa-fé objetiva nesse sistema como razão de seu funcionamento, a partir da leitura do artigo 6º da LGPD, conduzindo os agentes a outro padrão cultural de comportamento sobre gestão de dados de terceiros e conduta econômica em rede, de tal forma a favorecer os princípios norteadores da SOCINFO[19]. Isso representa, para o sistema jurídico da LGPD, a confiança como fonte normativa de conduta a ser reconhecida pelos operadores da norma, validada como padrão de linguagem na comunicação desse sistema, não mais como juízo de valor, mas como juízo do fato[20], segundo artigo 4º da LINDB.

Segundo Mansílla parafraseando a confiança observada por Luhmann, dispõe que reduce la complejidad social em la medida que supera la información disponible y generaliza las expectativas

18 BRASIL. Livro Azul da 4ª Conferência Nacional de Ciência e Tecnologia e Inovação para o Desenvolvimento Sustentável – Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia/Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2010. Disponível em https://www.cgee.org.br/documents/10195/734063/livroAzul_digital_18jan2011_6990.pdf/68c79d24-d589-42f5-ac66-4d6d728f9691?version=1.3 Acesso em 29 nov 2020.

19 BRASIL. Sociedade da Informação no Brasil: Livro Verde. Tadao Takahashi (Org.). Brasília: MCT, 2000. Disponível em http:/livroaberto.ibict.br/handle/1/434 Acesso em 23 fev 2020.

20 Bobbio explica que “a distinção entre juízo de validade e juízo de valor veio a assumir a função de delimitação das fronteiras entre ciência e filosofia do direito”. In BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: lições de filosofía do Direito (trad. e notas Márcio Pugiesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues). São Paulo: Ícone, 2006; p. 138.

de comportamiento, al reemplazar la insuficiente información por uma seguridad garantizada[21]. Para ele, a confiança é comunicação e, portanto, sua conformação está a depender do sistema onde ela está sendo construída según se trate de un sistema interaccional, de una organización o de la sociedade, el ámbito en el cual se despliegue[22]. Por isso, a confiança pode e dever ser um conceito jurídico válido e, portanto, acoplada à governança como padrão normativo e fonte de direito aplicável. A confiança é um eixo básico da vida social e pode ser considerada como el punto de partida correcto y apropiado para la derivación de reglas para la conducta apropriada[23]", ou seja, do tipo "complexo de normas (pode às vezes tratar-se de uma só) que contém a disciplina jurídica de uma dada relação jurídica em sentido abstracto[24].

Bobbio explica que uma das características do positivismo jurídico é justamente coibir o juízo de valor e que isso decorre do modo de fazer ciência no Direito. O juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade diante da formulação de tal juízo e tem, apenas, a finalidade de informar, comunicar; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de decisão frente à realidade, visto que a formulação possui a finalidade não de informar, mas, de influir sobre o outro, isto é, fazer com que o outro realize uma escolha igual a minha e, eventualmente, sega certas prescrições minhas[25].

Portanto, a governança como regime jurídico da confiança jurídica derivada da boa-fé objetiva dos agentes econômicos que operam o sistema da SOCINFO e atendem ao regime jurídico da

21 MANSÍILLA, Dário Rodriguez. Nota a la versión en Español. In Confianza: introducción de Dário Rodriguez Mansílla. Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontifícia Universidad Católica de Chile, 1996; p. XXV.

22 Idem, p. XXV.

23 LUHMANN, Niklas. Confianza: introducción de Dário Rodriguez Mansilla. Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontifícia Universidad Católica de Chile, 1996; p. 6.

24 ANDRADE, Manuel A. Domingues. Teoria Geral da Relação Jurídica. Vol. I. Sujeitos e Objecto. Coimbra: Almedina, 2003; p. 5

25 BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: lições de filosofía do Direito (trad. e notas Márcio Pugiesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues). São Paulo: Ícone, 2006, p. 135.

LGPD, podem convalidar a credibilidade da LGPD e o tratamento e trânsito de dados dos usuários em rede, confirmando a hipótese inicial da pesquisa, cujo impacto é gerar expectativa normativa compreensível.

5. Considerações finais

Diante do problema de ausência de estrutura normativa positiva da LGPD que afeta sua funcionalidade dada a pouca ou nenhuma compreensão de sentidos da lei pelos destinatários da norma, a pesquisa encontrou como hipótese a implantação da governança que pode gerar a confiança jurídica no sistema de operação de dados em rede e, consequentemente, servir de fonte de Direito derivada da boa-fé objetiva para consolidar a efetividade da norma para além da interpretação pelos Tribunais a ponto de validação como fonte jurídica segundo artigo 4º da LINDB, sobretudo, compreensível e apropriada por todos os destinatários.

Referências

ANDRADE, Manuel A. Domingues. Teoria Geral da Relação Jurídica. Vol. I. Sujeitos e Objecto. Coimbra: Almedina, 2003.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: lições de filosofía do Direito (trad. e notas Márcio Pugiesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues). São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Documentos da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação: Genebra 2003 e Túnis 2005. Trad. Marcelo Amorim Guimarães. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014. Disponível em https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr_DocumentosCMSI.pdf acesso em 23 fev 2020.

BRASIL. Livro Azul da 4ª Conferência Nacional de Ciência e Tecnologia e Inovação para o Desenvolvimento Sustentável – Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia/Centro de Gestão e

Estudos Estratégicos, 2010. Disponível em https://www.cgee.org.br/documents/10195/734063/livroAzul_digital_18jan2011_6990.pdf/68c79d24-d589-42f5-ac66-4d6d728f9691?version=1.3 Acesso em 29 nov 2020.

BRASIL. Sociedade da Informação no Brasil: Livro Verde. Tadao Takahashi (Org.). Brasília: MCT, 2000. Disponível em http:/livroaberto.ibict.br/handle/1/434 Acesso em 23 fev 2020.

LUHMANN, Niklas. Confianza: introducción de Dário Rodriguez Mansilla. Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontifícia Universidad Católica de Chile, 1996.

MANSÍILLA, Dário Rodriguez. Nota a la versión en Español. In Confianza: introducción de Dário Rodriguez Mansílla. Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontifícia Universidad Católica de Chile, 1996.

MUNIZ, Regiane Alonso; ANDRADE, Ronaldo Alves de. Comunidades virtuais: aspectos jurídicos. In PELLIN, Daniela (Org.). Direito e aspectos econômicos na Sociedade da Informação. SENAC: São Paulo, 2013; p. 159-184.

REDAÇÃO E-COMMERCE BRASIL. Euromonitor: 60% dos consumidores nos mercados emergentes devem manter hábito de compra on-line. 20, outubro, 2020. Disponível em https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/euromonitor-consumidores-habito-compra-online/ Acesso em 29 nov, 2020.

VALOR. Comércio Eletrônico rouba receita do varejo tradicional na pandemia. 6 out, 2020. Disponível em https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/empresas/noticia/2020/10/06/comercio-eletronico-rouba-receita-do-varejo-tradicional-na-pandemia.ghtml Acesso em 29 nov 2020.

WEBSTER, Frank. Theories of the Information Society. Third Edition. New York: Routledge, 2006.

Bases histórico-normativas e perspectivas do teletrabalho no Brasil pós-pandemia[1]

Historical-normative bases and perspectives on telework in post-pandemic Brazil

Denise Fincato[2]

Resumo: Faz-se um estudo histórico sobre o teletrabalho, reestabelecendo suas raízes a partir da experiência de Chappe. Conceitua-se o instituto, alinhando seus elementos essenciais e passa-se a comentar cada um dos dispositivos inseridos pela Reforma Trabalhista de 2017 no "Capítulo II-A" da Consolidação das Leis do Trabalho, destacando pontos de alteração durante o regime emergencial estabelecido pela pandemia do vírus Covid-19. Conclui no sentido de que a adoção massiva do teletrabalho fez verificarem-se suas fragilidades com isto gerando movimentações de acirramento protetivo no meio acadêmico e legislativo.

Palavras-Chave: Teletrabalho. COVID19. Coronavírus. Estado de Calamidade.

Abstract: A historical study of telework is carried out, reestablishing its roots from Chappe's experience. The institute is conceptualized, aligning its essential elements and starts to comment on each of the provisions inserted by the Labor Reform of 2017 in "Chapter II-A" of the Consolidation of Labor Laws, highlighting points of change during the emergency regime established by pandemic of the Covid-19 virus. It concludes in the sense that the massive adoption of teleworking has made its weaknesses verified with this, generating movements of protective intensification in the academic and legislative environment.

Keywords: Teleworking. COVID-19. Coronavirus. State of Calamity.

1 Este texto parte de referências anteriores, produzidos pela propria autora e publicados em outros veículos científicos.

2 Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid (España). Doutora em Direito pela Universidad de Burgos (España). Professora Pesquisadora do PPGD da PUCRS. Titular da Cadeira nº 34 da ASRDT. Advogada e Consultora Trabalhista. CEO do Instituto Workab. E-mail: dpfincato1@gmail.com.

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

1.Introdução

O teletrabalho flexibiliza o tempo e o espaço do trabalho. Com o teletrabalho, não se faz mais necessária a coabitação do empregador e de seus empregados - ao revés, seu pressuposto é a distância entre ambos – tampouco que todos estejam sob mesmo fuso horário, pois, com o teletrabalho, é possível trabalhar em momentos aleatórios, distintos dos fabris ou até mesmo do padrão social, observando biorritmos, responsabilidades familiares ou outras condicionantes-limitantes do tempo do trabalhador, desde que se faça a mediação da distância via tecnologias de informação e comunicação.

O teletrabalho foi fenômeno construído no espaço entre a administração de empresas e a tecnologia da informação. Talvez por isto, seu conceito foi dali importado e o trato jurídico ao instituto tardou a chegar. Nas últimas duas décadas, no Brasil, embora já se pensasse sobre o assunto enquanto um fato jurídico, pouco se escrevia sobre o mesmo, refletindo-se isto na ausência de legislação acerca desta modalidade laboral. Verificou-se, durante o período pandêmico de Covid-19, uma popularização da modalidade contratual, dada a impositividade de sua utilização em razão dos deveres de isolamento social impostos pelo ente estatal. A sociedade, não apenas a brasileira, provou do teletrabalho, de forma intensa e, por vezes, tensa.

A título de resgate histórico de sua normatização no Brasil, nos idos dos anos 2000, foram sugeridas algumas propostas legislativas e ganhou força a Lei nº 12.551/2011 que apenas tangenciou o tema, alterando o artigo 6º da CLT para modificar seu caput, igualando o trabalho presencial ao “trabalho a distância” (onde inserido o teletrabalho, como se verá a seguir), acrescentando-lhe também um parágrafo no qual atribuiu aos comandos e controles telemáticos eficácia idêntica aos presenciais, especialmente para fins de identificação do elemento subordinativo, caracterizador da relação empregatícia. Com isto, alguns entenderam que o

teletrabalho, no Brasil, estaria suficientemente regrado. No entanto, seguiu-se percebendo a necessidade de maior verticalização na minúcia legislativa do contrato de teletrabalho. A experiência internacional era e é inequívoca ao demonstrar tal necessidade: Portugal, Espanha, Colômbia, Itália, entre outros já têm alguma regulação para o teletrabalho. Enquanto a legislação brasileira não vinha, algumas empresas ou categorias supriam as lacunas legais com regulamentos empresariais e instrumentos coletivos.

Eis que em dezembro de 2016 o governo federal propôs o Projeto de Lei nº 6.787/2016, que foi encaminhado à Câmara dos Deputados e ali estudado e retrabalhado por uma Comissão de Deputados por cerca de 4 (quatro) meses. Na proposta originária, não figurava o teletrabalho. Ele surgiu durante o período de ausculta popular, acredita-se que, em especial, em razão das diversas reuniões (todas registradas e disponíveis no site da Câmara dos Deputados – andamento do PLC nº 38/2017) que atores sociais tiveram com dita Comissão, dentre os quais destaca-se a SOBRATT – Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades. Na proposta enviada ao Senado, ali aprovada e sancionada pelo Presidente da República, passam a constar alguns dispositivos que mencionam expressamente o teletrabalho que, então, passa a ter existência formal e positivada em território nacional.

Em março de 2020, com a chegada da pandemia de coronavírus Covid-19 ao Brasil, uma das alternativas para a continuidade de negócios e preservação de empregos de que se lançou mão foi exatamente o teletrabalho. Durante a vigência do Decreto-Legislativo nº 06/2020, que decretou o Estado de Calamidade no Brasil, estima-se que uma grande parte da população trabalhadora brasileira alterou o perfil de seu contrato para a prestação remota de serviços, ensejando uma série de questionamentos e desdobramentos. Mesmo antes do vigor da Medida Provisória nº 927/2020, especialistas alertavam[3] para o potencial do teletrabalho

3 Neste sentido, ver: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/covid-19-e-relacoes-de-trabalho-planejando-a-parada/

como mecanismo que permitiria a conciliação da continuidade do trabalho com as políticas de isolamento social.

O experiência intensiva do teletrabalho permitiu algumas conclusões e reações e, com a perda de vigência da MP nº 927/20 algumas complexidades restam no âmago das empresas, sobretudo na gestão de contratos com diferentes momentos de formação/alteração.

O estudo é realizado sob bases científicas, utilizando-se de método de abordagem dedutiva, métodos de procedimento histórico, comparativo, tipológico e estruturalista e método de interpretação sistemático. A pesquisa foi essencialmente bibliográfico-documental.

Enfim, é sobre a adoção do teletrabalho no Brasil que este estudo trata, esperando contribuir para a compreensão do tema e, com isto, oportunizar o uso cada dia mais seguro do modelo contratual, mesmo que sob os efeitos de calamidade e emergência.

2. História do teletrabalho[4]

Revolver a história do teletrabalho significa mergulhar nas interações entre tecnologia e trabalho ao longo da evolução da humanidade, especialmente da tecnologia que permite o envio do trabalho ao trabalhador, que desterritorializa a relação laboral, ao menos em uma de suas vias de tráfego.

Neste tópico, o presente estudo ultrapassa os referenciais ordinários acerca do tema, que fixam na figura de Jack Nilles o surgimento do teletrabalho e, de forma apressada, lhe atribuem a "invenção" desta modalidade laboral. Em verticalização, se observa que o fenômeno tem intensa e visceral relação com um significativo

4 Mais informações sobre a história do teletrabalho em: FINCATO, D.P.; CRACCO, H.B; SORIA, J.S. De Chappe a Nilles: a evolução da tecnologia no trabalho e a invenção do teletrabalho – uma revisão necessária. In: Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha: Tomo I / organizadores Carlos Luiz Strapazzon. Rodrigo Goldschmidt, Robison Tramontina. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 109-122

objeto, fruto da evolução tecnológica: o telégrafo óptico também chamado telégrafo sinaleiro, inventado por Claude Chappe[5].

Cientista e pesquisador, Chappe inventou um sistema de comunicação visual, realizando sua primeira experiência pública de comunicação à distância em 1793. O sistema baseava-se nos pêndulos de relógios e consistia na instalação de duas hastes com agulhas e números móveis, no topo de edificações altas, pelas quais se poderiam transmitir mensagens, entre elas ordens de serviços e orientações de tarefas. Entende-se que o distanciamento entre o gestor e os prestadores de serviço concretiza o elemento geográfico, um dos caracterizadores do teletrabalho. O elemento organizacional pode ser identificado no arranjo operacional em que o trabalho remoto se insere. A sua vez, o elemento tecnológico, inafastável à sua caracterização até os dias atuais, estaria, no caso particular, concretizado no uso do telégrafo sinaleiro, tecnologia de comunicação que levava o trabalho ao trabalhador.

Mais de um século depois (nos anos 1970), a discussão acadêmica sobre teletrabalho ganha corpo com os trabalhos de Jack Nilles, um ex-cientista aeronáutico[6], que define teletrabalho como qualquer forma de substituição dos deslocamentos relacionados ao trabalho por meio do uso de tecnologias de informação e comunicação – TIC´s, tais como os telefones e computadores. Fulcral no conceito de Nilles é a noção de substituição: os deslocamentos do trabalhador de sua residência para o empregador são substituídos (total ou parcialmente) pelo uso das tecnologias de informação e comunicação. A noção de substituição de deslocamento, aos poucos, vai sendo substituída

5 Claude Chape: abade, engenheiro e inventor francês, nascido na cidade de Brûlon. De uma típica e rica família da nobreza francesa, chegou a enveredar-se por vida religiosa, mas foi atingido pela revolução e pela instabilidade financeira por esta gerada. Mais por necessidade que por vocação, juntou-se a seus quatro irmãos, todos então igualmente desempregados: pretendiam dar novos rumos às suas vidas e, como efeito colateral de sua atuação, deram também novos rumos à engenharia e ao mundo do trabalho. Sobre a biografia e obra de Chappe, ver mais em: http://www.telegraphe-chappe.com/chappe/portail.html

6 ALVES, R.V. Teletrabalho: um conceito complexo no Direito Brasileiro. In: Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia. v. 35: 385-394, 2007

pela noção de distância e utilização da tecnologia vem como forma de mediá-la, sem que se fale, propriamente, em deslocamentos[7].

No Brasil, o tema tarda a chegar, quer no plano teórico, quer no plano prático[8]. Para fins jurídicos, tanto mais. Como já destacado, o trabalho telemático foi admitido pela legislação brasileira apenas em 2011 e o teletrabalho somente foi formalmente reconhecido e regrado na Reforma Trabalhista, em 2017. Com a pandemia Covid19, o teletrabalho ganhou popularidade e destaque, merecendo ênfase na Medida Provisória nº 927 de 2020, já expirada por inércia legislativa.

3.Conceito

Na etimologia grega, tele significa distância. O teletrabalho é modalidade especial de trabalho a distância, tipo específico, contido neste. Não à toa, o legislador reformista o colocou com requisitos específicos e formalidades intrínsecas à contratação, que o fazem um contrato de tipo especial.

No teletrabalho, conjugam-se elementos que permitem identificar algo além do mero trabalho fora do estabelecimento (sede física) do empregador. Tem-se a presença obrigatória da tecnologia da comunicação e informação, quer como ferramenta de trabalho, quer como mediadora da distância relacional, ou até como próprio espaço (virtual) de trabalho.

Não pode, como visto, ser singelamente equiparado ao trabalho a distância e tampouco, como se verá, ser igualado a trabalho em domicílio (home office), constituindo-se, portanto, em figura sui generis.

---

7 Em amadurecimento à ideia de que o virtual também pode se constituir em espaço de trabalho. STEIL, A.V.; BARCIA, R.M. Um modelo para análise da prontidão organizacional para implantar o teletrabalho. In: Revista de Administração. São Paulo v.36, n.1, p.74-84, janeiro/março 2001.

8 Cita-se a SERPRO como das primeiras empresas a utilizar, oficialmente, o teletrabalho como forma de prestação de serviços no Brasil. Neste sentido, ver: PINTO, J. O. Avaliação da viabilidade de implantação do teletrabalho no domicílio: um estudo de caso no SERPRO. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2003

O teletrabalho é modalidade laboral que ultrapassa os conceitos e experiências de trabalho próprios da Revolução Industrial, situando-se na chamada era da Revolução Informacional. Com ele (e outros tantos fenômenos próprios da contemporaneidade), diversos paradigmas necessitam ser reelaborados, uma vez que o trabalho atual e futuro já é e cada vez mais será desterritorializado e atemporal.

No teletrabalho, os protagonistas da relação de emprego atuam via mecanismos telemáticos na maior parte do tempo, encontrando-se fisicamente distantes, verificando-se a presença de tecnologia da informação e comunicação como elementos inafastáveis de seu conceito e constatação.

Barros[9], neste sentido, aponta para ausência de limites do teletrabalho, que prioriza o trabalho intelectual e ultrapassa fronteiras territoriais tradicionais:

> Aliás, esta nova forma de trabalhar transcende os limites territoriais e poderá ser transregional, transnacional e transcontinental. Ela permite até mesmo a atividade em movimento. Esse tipo de trabalho é executado por pessoas com média ou alta qualificação, as quais se utilizam da informática ou da telecomunicação no exercício das atividades.

O teletrabalho não afasta a relação subordinada, como se desconfiava nos primórdios de seus estudos. A questão, aliás, foi resolvida legislativamente no Brasil ainda em 2011, com a alteração do artigo 6º da CLT que admitiu mesma eficácia presencial ao comando, supervisão e controle exercidos de forma telemática[10], não sem antes igualar o trabalho presencial ao trabalho a distância (gênero do qual o teletrabalho faz parte). Tal igualização legal-formal, no entanto, não satisfazia as peculiaridades da modalidade laboral específica, de modo que, o meio produtivo, seguia reclamando melhores definições legais e, enquanto tais não vinham, apostava

9 BARROS, A.M. de. Curso de Direito do Trabalho. 10 ed. São Paulo, LTr, 2016, p. 213

10 Conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicações. Dicionário Online de Português. Disponível em: https://www.dicio.com.br/telematica/ Acessado em 31 out 2017

em políticas (regulamentos) empresariais e instrumentos coletivos para supressão da lacuna legal.

O teletrabalho não estava contido no PL nº 6.787/2016[11]. Foi acrescido pela Comissão de Deputados que elaborou o PLC nº 38/2017, ora sancionado e às vésperas de entrar em vigor. Da análise do relatório da Comissão, verifica-se a atuação efetiva da SOBRATT – Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleativiades -, que manteve reunião com a Comissão Legislativa supra referida no interregno da tramitação e elaboração do texto da Reforma Trabalhista, muito possivelmente contribuindo para o teor dos artigos que adiante serão analisados.

Seu conceito, no Brasil, foi firmado na legislação (art. 75-B da CLT) e reiterado no Capítulo II da MP nº 927/2020 (art. 4º § 1º), enquanto esta foi vigente.

4. Anotações sobre a base legal do teletrabalho

Neste tópico, realizam-se anotações a cada um dos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho que tratam especificamente sobre o teletrabalho. Acrescentam-se, ainda, considerações sobre as alterações no padrão normativo, decorrentes da MP nº 927/2020, com o alerta de que esta teve seu prazo de validade expirado em julho de 2020, o que, a prima facie, determina o retorno da aplicação do modelo normativo anterior, não sem complexidades, eis que a tecnicidade impõe que o ato jurídico perfeito deve ser preservado, assim como que deve ser aplicada a lei vigente no momento da prática do ato.

Seguir-se-á, doravante, a sequência dos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho referentes ao teletrabalho, por ser esta a base normativa genérica em vigor (alerta-se para a infinidade de acordos e convenções coletivas que abordaram o

11 Nesse sentido, ver histórico da Reforma Trabalhista brasileira em FINCATO, D.P. Reforma Laboral no Brasil – Tópicos. I Colóquio Hispano-Brasileiro Direito do Trabalho e Reformas. Disponível em e-book https://issuu.com/unifatos/docs/i_coloquio_hispano_brasileiro_downl. Cascavel: UNIVEL, 2017, p. 94

tema e que ainda estão em plena vigência).

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

A Lei nº 13.467/2017 altera o status quo da igualização genérica outrora estabelecida pelo artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT[12] entre o trabalho a distância e o trabalho presencial. Abre-se capítulo para acomodar a normatização do teletrabalho, a exemplo do que fez Portugal ainda em 2003[13] em seu Código do Trabalho. Há, ainda, duas outras referências ao teletrabalho dispostas no texto reformado da CLT: os artigos 62, III [14] e 611-A, VIII. O primeiro, para localizar o teletrabalho entre as formas de prestação de serviço subordinado excluídas do controle da duração de jornada e o segundo para dizê-lo tema factível de negociação coletiva.

Durante o período em que vigente, a MP nº 927 permitiu aplicação do teletrabalho a estagiários (que têm lei própria e cuja relação com as entidades oportunizadoras do estágio não é, propriamente, de trabalho) e aprendizes.

> Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.
>
> Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que

12 Art. 6o Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011)
Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

13 Código do Trabalho de Portugal, disponível em http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_004.html#L004S14, acessado em 27 set. 2017. A legislação sobre teletrabalho foi novamente alterada em 2009.

14 Em razão de sua exclusão do regime de controle da duração do trabalho, alguns doutrinadores têm entendido que os contratos em regime de teletrabalho não são suscetíveis de redução de jornada/salário (MP 936/2020). Neste sentido, ver BOMFIM, Volia. MP 936 – Medidas Trabalhistas para o enfrentamento da crise. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=TJ-YytPp6Mw. Acessado em: 15 abr. 2020.

> exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Seguindo o exemplo de ordenações estrangeiras e o próprio costume da CLT, o legislador ocupa-se em positivar a conceituação do teletrabalho, acertadamente identificando-o como mera forma diferenciada de prestar serviços. Com isto, afasta-se a ideia de que os teletrabalhadores ocupariam categoria profissional diferenciada, por exemplo, eis que qualquer atividade em que possível a transmissão/realização do trabalho pelas tecnologias de informação e comunicação torna-se passível de teletrabalho.

O dispositivo legal bem vincula os elementos caracterizadores do teletrabalho, já reiteradamente apresentados pela doutrina de forma sistematizada[15] e, em seu parágrafo único, aponta que o fato de o empregado remoto comparecer à empresa para desempenho de tarefas específicas não altera a natureza do contrato. Isto pode se dar inclusive com rotina, como é natural no teletrabalho[16], devendo apenas ser previsto no contrato entre as partes.

É importante resgatar que o teletrabalho pode ocorrer a partir de modalidades que levam em consideração o local em que preponderantemente estiver o teletrabalhador e a intensidade do contato telemático entre este e seu empregador. Assim, quanto ao

15 Geográfico (ou topográfico): o teletrabalhador desempenha suas atividades fora do espaço tradicional (físico) da empregadora (matriz e filiais, comumente); Tecnológico: o teletrabalhador desenvolve suas tarefas mediante o emprego de tecnologia da informação e comunicação que poderá, ainda, ser identificada como a mediadora da relação ou como o próprio espaço de trabalho; Organizativo: o empregador deverá estar organizado, em sua estrutura produtiva e de recursos humanos, para o teletrabalho, visualizando o trabalhador remoto como integrante de sua rede de empregados em todas as ações e estratégias (ambiência laboral, medicina do trabalho, capacitações e promoções, etc). Ver mais em: FINCATO, D.P. Meio Ambiente Laboral e Teletrabalho. In: Anais do IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades. Porto Alegre: Magister, 2011, p. 36-48

16 Quando se procura tangenciar os efeitos do isolamento e marginalização estrutural do trabalhador remoto via reuniões, atividades de integração e capacitações corporativas presenciais ou mesmo admitindo flexibilidade para prestação do serviço na sede física do empregador, se assim o empregado desejar, quando quiser.

local, o teletrabalho poderá ser classificado como[17]:

- em domicílio (home office): quando o trabalhador fixa o local de trabalho em sua residência, instalando ali pequena estação com acesso a meios de comunicação e utilizando de estrutura própria ou cedida pela empresa para prestar os serviços contratados.

- em centros satélites: locais para trabalho pertencentes ao empregador, que não se constituem filiais (em seu conceito civil-fiscal). Estes locais não possuem estrutura organizacional (não há chefias, subordinados, etc), sendo meros espaços de apoio para prestação de serviços pertencentes unicamente à empregadora.

- em telecentros: que diferem dos anteriores pelo fato de serem compartilhados (estrutura e recursos) entre duas ou mais empresas.

- em telecottages: espaços (também) para trabalho, situados em regiões rurais ou de difícil acesso e, normalmente, de menor escolaridade, quase se confundindo com os telecentros, não fosse o particular de sua localização e a possibilidade de parcerias público-privadas para sua instalação (uma vez que a estrutura poderá servir, também, à educação e capacitação da população regional, contribuindo para o desenvolvimento de políticas públicas de emprego, por exemplo, notoriamente na modalidade EAD). Sua virtude é atrair mão de obra qualificada, naturalmente migrante aos grandes centros urbanos, para regiões que potencialmente sofrem com o êxodo laboral.

- móvel (ou nômade): nele não há determinação quanto ao local de prestação do serviço. Qualquer lugar pode ser espaço de trabalho, desde que o teletrabalhador disponha das ferramentas necessárias para tal (atualmente, um smartphone atende bem estas necessidades).

Já no tocante ao grau de conexão entre teletrabalhador e empregador, o teletrabalho pode se dar em três modalidades:

17 FINCATO, D.P. Meio Ambiente Laboral e Teletrabalho. In: Anais do IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades. Porto Alegre: Magister, 2011, p. 36-48, p. 41-42.

- offline: por alguns não mais entendida como teletrabalho, eis que a tecnologia não estaria a serviço do tráfego do trabalho, mas tão somente do trato e armazenamento dos dados e informações (matéria prima do teletrabalho), descaracterizando-o essencialmente. Ao trabalho nessas condições se poderia emprestar a proteção própria do trabalho em domicílio.

- one way line: hipótese em que a comunicação é unilateral, ou seja, apenas para envio ou para recepção da tarefa/trabalho. O trabalhador, por exemplo, recebe a tarefa por e-mail, whatsapp ou outro sistema eletrônico e o entrega presencialmente, por mensageiro ou pelo sistema de correios tradicional.

- online: é o teletrabalho por excelência. Nesta modalidade, a interatividade poderá ser imediata, síncrona e simultânea. Por vezes, inaugurando novos debates sobre o espaço de trabalho, o trabalho é desenvolvido em "webspaces" corporativos (intranets de acesso remoto). Registre-se, pois já existentes inúmeros estudos e demonstrações nesse sentido, que nessa modalidade de teletrabalho é possível administrar formas de controle da duração de jornada, em que pese o legislador tenha optado por excluí-lo do teletrabalho, criando presunção juris tantum (art. 62, III).

A MP nº 927/20 manteve o conceito legal e seguiu a lógica da doutrina clássica, respeitando os elementos caracterizadores e as modalidade de teletrabalho supra narradas. Registre-se que, em razão do dever sanitário de isolamento social, o teletrabalho em regime de home office (também chamado de teletrabalho emergencial) foi a forma mais adotada no período pandêmico.

> Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.
>
> § 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.
>
> § 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze

dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Atribuindo caráter especial à modalidade contratual, o legislador impõe forma à contratação do teletrabalho: expressa e, ao que se concluirá com a análise dos artigos seguintes, escrita. Diferentemente, portanto, da contratação ordinária empregatícia, não se admitirá teletrabalho (e suas benesses, como a exclusão do regime de controle da duração do trabalho) pela forma tácita. A forma expressa escrita[18] se justifica em razão da quantidade de temas que devem ser regrados de maneira inequívoca entre as partes, como adiante se verá. Na avença, deve-se registrar com a maior exatidão possível as atividades que serão realizadas pelo empregado em regime de teletrabalho. Recomenda-se, já pelo contido no dispositivo anterior, a previsão acerca das circunstâncias em que se admitirá ou exigirá que o teletrabalhador preste serviços de maneira presencial, estipulando a preponderância da atividade remota como a regra prestacional a vigorar entre as partes e deixando claro que tais episódios não descaracterizarão o contrato.

Os parágrafos preveem hipótese de variação das condições contratuais, admitindo que possa o teletrabalho surgir como opção no decurso da relação laboral ou prevendo eventual necessidade de reverter o originário regime telemático durante a contratação, volvendo-o presencial.

Neste caso, diferentemente de Portugal, em que a adoção do regime remoto se dará, por vezes, de forma impositiva ao

18 Pois, ao registrar apenas "forma expressa", o legislador deixa azo à possibilidade de sua expressão verbal.

empregador[19], no Brasil decorrerá de mútuo acordo, contido em aditivo contratual (evidentemente expresso e escrito, por lógica sistemática). Entende-se que esta alteração deva respeitar a principiologia trabalhista (tuitiva), contida no comando que impõe manter a condição mais benéfica ao trabalhador (art. 468 da CLT[20]), não afetado pela Reforma Trabalhista.

A alteração[21] pelo empregador do regime de teletrabalho para trabalho presencial não pressupõe mútuo acordo[22], mas aviso prévio mínimo de 15 dias, a ser expresso e escrito em aditivo contratual e

19 Do Código de Trabalho Português: "Art. 166 [...] 1 - Pode exercer a atividade em regime de teletrabalho um trabalhador da empresa ou outro admitido para o efeito, mediante a celebração de contrato para prestação subordinada de teletrabalho. 2 - Verificadas as condições previstas no n.º 1 do artigo 195.º, o trabalhador tem direito a passar a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada. 3 — Além das situações referidas no número anterior, o trabalhador com filho com idade até 3 anos tem direito a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada e a entidade patronal disponha de recursos e meios para o efeito. 4 — O empregador não pode opor-se ao pedido do trabalhador nos termos dos números anteriores." "Art. 167 [...] 1 - No caso de trabalhador anteriormente vinculado ao empregador, a duração inicial do contrato para prestação subordinada de teletrabalho não pode exceder três anos, ou o prazo estabelecido em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho. 2 - Qualquer das partes pode denunciar o contrato referido no número anterior durante os primeiros 30 dias da sua execução. 3 - Cessando o contrato para prestação subordinada de teletrabalho, o trabalhador retoma a prestação de trabalho, nos termos acordados ou nos previstos em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho". Disponível em: http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_004.html#L004S14 Acessado em 28 set. 2017 (grifou-se)

20 Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

21 Pela redação, não se pode afirmar que esta alteração importa em reversão ao trabalho presencial anteriormente desempenhado pelo ora teletrabalhador. Ao revés, entende-se que poderá o empregador, se assim entender pertinente ao arranjo de seus meios produtivos, extinguir postos de trabalho remoto, a modalidade remota de trabalho em seu empreendimento ou determinar que um teletrabalhador específico preste serviços presencialmente.

22 Como ocorre em Portugal, art. 166 "[...] 6 - O trabalhador em regime de teletrabalho pode passar a trabalhar no regime dos demais trabalhadores da empresa, a título definitivo ou por período determinado, mediante acordo escrito com o empregador". Disponível em: http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_004.html#L004S14. Acessado em 28 set. 2017 (grifou-se)

com finalidade de permitir tempo de "transição", segundo o texto legal. Esta situação parece aproximar-se da lógica da "reversão" do cargo de confiança à atividade antecedente, circunstância prevista no parágrafo único do artigo 468 da CLT (precitado), obviamente não se aplicando a hermenêutica à hipótese de teletrabalho originário. Ou seja, pela disposição legal, o exercício do teletrabalho não gera direito adquirido, não incorpora condição de forma perene e é reversível nos limites da necessidade e do interesse empresarial. Vislumbra-se aqui espaço de possível tensão em eventuais demandas judiciais, em razão do previsto no art. 468 da CLT que, aportado a um caso em concreto, pode revelar circunstância em que o teletrabalho será a condição mais benéfica ao trabalhador ou que sua reversão por iniciativa patronal gere prejuízos (diretos ou indiretos, na locução normativa) ao empregado. Entende-se que a hermenêutica retro mencionada, de imperativa proteção, no tocante a empregados que se enquadrem no perfil do artigo 444 § único da CLT[23] (os chamados hipersuficientes), será fragilizada em razão da emancipação que se lhes atribui na Reforma Trabalhista (com a prevalência da autonomia da vontade individual), salvo comprovado vício de vontade.

Com a MP nº 927/20, teve vigor a regra contida no art. 4º § 2º da mesma, segundo a qual o empregador, a seu critério, poderia alterar o regime de trabalho (presencial – remoto – presencial), bastando que notificasse ao trabalhador com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, por escrito ou por meio eletrônico. Tal facilitação decaiu, juntamente com a Medida Provisória.

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

23 Art. 444. [...] Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

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

O legislador atribui às partes o direito-dever de dispor acerca da aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos e infraestrutura para o teletrabalho, devendo ser estas cláusulas obrigatórias nos contratos respectivos. Entende-se que se as partes assim não dispuserem, pela lógica protetiva laboral, aliada ao fato de que, genericamente, é do empregador o risco do empreendimento[24], em eventual demanda judicial será atribuído ao empregador o dever de ressarcir os custos eventualmente arcados pelo teletrabalhador na composição da infraestrutura necessária à prestação do trabalho remoto, incluindo-se aí a aquisição e manutenção de equipamentos informáticos.

Mas o legislador também cita as despesas eventualmente arcadas pelo empregado, apontando que poderão ser reembolsadas pelo empregador. Que despesas seriam estas? A doutrina costuma apontar, como mais comumente arguíveis, os acréscimos nos encargos domésticos ordinários a que o trabalhador remoto será submetido por passar a laborar desde sua casa. Cita-se como exemplo, elevações nas despesas de energia elétrica, no consumo de gás, na telefonia e no uso da internet. Como despesas extraordinárias, tem-se o custeio de passagens e hospedagens necessárias à participação do teletrabalhador em momentos laborais presenciais obrigatórios (reuniões, capacitações, integrações). Veja-se que também nesta hipótese deve a contratação ser suficiente e exauriente: para além de prever o máximo possível das despesas, também se deve estimar valores-teto e sistema de reembolso, se assim for o pacto entre as partes (pois, inclusive, se pode pactuar no sentido de que a empresa não as reembolsará).

De toda a sorte, se entregues bens, custeados serviços

24 Art. 2° da CLT: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços", recordando que a direção da prestação pessoal de serviços pode se dar por meio telemático para os fins de caracterização da subordinação, segundo o que estabelece o artigo 6° da CLT.

ou ressarcidas despesas ao empregado, tais "utilidades" não serão consideradas verbas de natureza salarial e não integrarão a remuneração do trabalhador, a exemplo do que já acontece com os benefícios previstos no artigo 458 § 2° da CLT[25] ou com a Participação nos Lucros e Resultados disciplinada pela Lei n° 10.101/2000[26].

Para o período de calamidade, os ajustes com relação à aquisição, manutenção e fornecimento da infraestrutura e dos equipamentos necessários à prestação de serviços em regime de teletrabalho estariam previstos em termo escrito firmado em até 30 (trinta) dias da adoção do regime remoto (art. 4º §3º). Admitia-se o comodato de elementos estruturais ou tecnológicos e, na impossibilidade de tal cessão pelo empregador, previa-se que o empregado deveria ficar "a disposição", ou seja, sem trabalho, mas sem prejuízo de salários (inciso II do § 3º do art. 4º).

Atualmente, a adoção do regime exige pactuação expressa e prévia quanto à estrutura e despesas decorrentes da prestação de serviços.

> Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.
>
> Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Uma das grandes preocupações com o trabalho remoto é

25 Art. 458 – [...]§ 2o Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; IV – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; V – seguros de vida e de acidentes pessoais; VI – previdência privada;VII – (VETADO) VIII - o valor correspondente ao vale-cultura. Disponível em: http://cltonline.blogspot.com/2010/02/art-458.html#ixzz4u1k5x1zf

26 Lei n° 10.101/2000 – Dispõe sobre a Participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101.htm. Acessado em 31 out 2017.

a questão do controle da boa ambiência laboral, que deve seguir ditames de equilíbrio e salubridade idênticos ao espaço presencial, atribuindo o Judiciário tal responsabilidade ao empregador, tradicionalmente. Nesta perspectiva, já existe julgado do Tribunal Regional da 3ª Região (Minas Gerais)[27] acerca de demanda que envolveu trabalho em domicílio e doença ocupacional (não propriamente teletrabalho, sendo o paradigma válido para fins didáticos).

Destarte, percebe-se que o legislador reformista segue a lógica CLT, que no artigo 157 determina que o empregador instrua seus empregados acerca dos riscos do trabalho e do ambiente de labor, educando-os para a precaução.

No entanto, este dever de orientação para a higiene, saúde e segurança do/no trabalho, não pode se resumir à elaboração e entrega ao empregado de um manual de boas práticas, genéricas e estáticas. Ao revés, a instrução a que alude o dispositivo deve ser entendida de forma mais abrangente e protetiva à relação, gerando

27 EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DOENÇA PROFISSIONAL. CULPA DO EMPREGADOR. EMPREGADO EM DOMICÍLIO. O fato de o empregado trabalhar em domicílio não constitui, por si só, motivo para eximir o empregador da observância das normas de segurança e medicina do trabalho, colocando o trabalhador à margem da proteção legal que deve abranger "todos os locais de trabalho", sem distinção (artigo 154 da CLT). É certo que não há como exigir do empregador, em semelhante circunstância, a fiscalização cotidiana dos serviços prestados, inclusive quanto à efetiva observância pelo empregado das normas de segurança e medicina, mesmo porque a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial, nos termos da garantia estatuída no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Essa particularidade, sem dúvida, constitui elemento que vai interferir na gradação da culpa do empregador em relação a eventual doença profissional constatada, mas não permite isentá-lo do cumprimento de obrigações mínimas, como a de instruir os empregados quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais, nos termos do artigo 157, II, da CLT, além de fornecer mobiliário adequado, orientando o empregado quanto à postura correta (artigo 199 da CLT), pausas para descanso, etc. Verificado o descumprimento dessas obrigações primordiais pelo empregador, em face da sua omissão negligente no tocante aos cuidados com a saúde da empregada, é inegável a sua culpa no surgimento da doença profissional constatada, incidindo sua responsabilidade pela compensação do dano moral sofrido pela obreira. (grifou-se) - TRT-00208-2006-143-03-00-2-RO – Disponível em https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129546658/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1626808-00208-2006-143-03-00-2 Acessado em 28 set 2017.

garantias ao empregado e ao empregador. Assim, instruir deve ser compreendido como um conceito dinâmico e constante, de conteúdo mutante, tanto quanto o ambiente e os métodos de trabalho. Daí concluir-se que, de tempos em tempos, deva o empregador realizar alguma inspeção do ambiente laboral, assim como deva se precaver dos acidentes e doenças laborais decorrentes, prevendo e registrando atitudes necessárias nesse sentido em uma gama ampla de documentos, tais como o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA e o Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional – PCMSO, entre outros.

A pandemia demonstrou que os principais fatores de risco no teletrabalho residem no excesso de atividades, hiperconexão e isolamento do trabalhador e, ainda, em fatores ergonômicos geradores de adoecimento. Novamente, as questões de higiene, saúde e segurança do trabalho restaram ao ajuste das partes mas tornaram-se mais complexas em razão da aparente contradição do previsto no art. 62, III da CLT (teletrabalhadores não estão sujeitos ao controle de horário) e pela previsão (aparentemente paradoxal, portanto) contida no § 5º do art. 4º da MP nº 927/20, que fixa não constituir tempo à disposição, prontidão ou sobreaviso o tempo empregado no uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada contratada e ordinária.

O fato chamou a atenção em diversos países e, à falha dos ajustes individuais, viu-se resposta legislativa. Argentina, Espanha e Portugal editaram novas leis, que verticalizaram temas importantes, entre eles especialmente a questão da saúde no teletrabalho.

A partir dos comentários supra, bem como do pleno domínio sobre o histórico e regulamentação do teletrabalho no Brasil, é possível tecer algumas linhas conclusivas sobre seu funcionamento em território nacional, notoriamente em tempos pós-calamidade.

5. Conclusão

O teletrabalho é modalidade contratual com o D.N.A da Revolução Informacional. Seus fundamentos são diversos do trabalho concebido e regido na Revolução Industrial e, por isto, carecia verdadeiramente de regulamentação própria. Equivocou-se o legislador nacional, em 2011, ao declarar a equiparação de tratamento entre trabalho presencial e trabalho a distância o que, atualmente, vê-se corrigido com o correto destaque ao teletrabalho.

O teletrabalho é tipo do gênero trabalho a distância enquanto o teletrabalho em domicílio é tipo do gênero teletrabalho. De onde se conclui que não é correto utilizar como sinônimo de teletrabalho quer a expressão trabalho a distância, quer trabalho em domicílio (e sua variante home office).

No teletrabalho, o centro das constatações e do estabelecimento das consequências da relação de emprego deixa de ser o local de trabalho e a compra de horas do dia do empregado.

O empregador se polariza, ramifica, estende sua presença e alcance a qualquer local onde a comunicação possa chegar (e, com ela, o trabalho). O empregado passa a efetivamente vender seu trabalho e os padrões remuneratórios migram do salário-hora para o salário-produtividade, alterando culturas, diálogos negociais e contratos.

O tempo do trabalho, portanto, deixa de ser tão relevante, o que pode ser positivo, inclusive ao empregado, que passa a ver viável a consecução de sua antiga vindicação pela conciliação digna de suas diversas dimensões vivenciais. No teletrabalho, não há compra de tempo, não há jornada a cumprir. O teletrabalho é atemporal e flexível.

Como a tecnologia não vê fronteiras geográficas, o teletrabalho permite muitos transbordamentos (municipais, regionais, nacionais) e isto leva ao repensar dos modelos contratuais e ao alerta para a necessidade de entidades internacionais fortes e representativas, que garantam a efetividade e eficácia das avenças e dos mínimos

existenciais.

Em âmbito nacional, embora com diversos anos de atraso (inclusive em comparação com países sul-americanos), o Brasil finalmente regra as relações de teletrabalho em 2017, reconhecendo o fenômeno, quando subordinado, como tipo especial de contrato de trabalho e impondo, para sua validade, a forma escrita. Seguindo a lógica reformista, delega, às partes, em diversos momentos, a decisão sobre questões afetas ao estabelecimento e dinâmica do ajuste (equipamentos e despesas, p.ex.) e impõe ao empregador o dever de instruir o empregado em regime de teletrabalho sobre saúde e segurança no (tele)trabalho. Assim, tomando por referência experiências de outras nações, mas sem copiá-las, o Brasil construiu seu próprio modelo e ingressou no rol dos países que dispõe de regulamentação para o teletrabalho via norma positivada.

O regime normativo adotado durante o período de calamidade sanitária decorrente da pandemia de Covid-19 levou a flexibilizações no sistema em vigor, em especial quanto à sua voluntariedade e formalização. À toda evidência, foram flexibilizações necessárias ao momento mas que, atualmente, já não mais vigem, obrigando operadores jurídicos e gestores a verdadeiro malabarismo na gestão dos contratos pré, durante e pós pandemia.

De tudo, a certeza de que o teletrabalho se tornou uma realidade no meio produtivo-laboral, sendo inequívoca sua expansão ao longo dos próximos anos, mesmo sem calamidades. Testado de forma intensiva por empresas e trabalhadores no mundo inteiro, o teletrabalho teve suas fragilidades destacadas, o que gerou reações governamentais (legislação ainda mais protetiva na Argentina, Portugal e Espanha) e do meio acadêmico (como o Projeto de Lei nº ... de autoria de grupo de acadêmicos e especialistas brasileiros), denotando o ajuste da norma ao fato social o que, em especial no meio trabalhista, ocorre no sentido de garantir segurança jurídica aos contratantes e apoio ao ser humano trabalhador.

Referências bibliográficas

ALVES, R.V. Teletrabalho: um conceito complexo no Direito Brasileiro. In: Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia. v. 35: 385-394, 2007

BARROS, A.M. de. Curso de Direito do Trabalho. 10 ed. São Paulo, LTr, 2016,

CASSAR, Vólia Bomfim; et all.. MP 936 – Medidas Trabalhistas para o enfrentamento da crise. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=TJ-YytPp6Mw. Acessado em 15 abr. 2020

CHAPPE, C. Sítio sobre Claude Chappe. (17--). Disponível em: <www.claudechappe.fr>. Acesso em: 20 out. 2012.

FINCATO, D. P. et al. Saúde, higiene e segurança no teletrabalho: reflexos e dilemas no contexto da dignidade da pessoa humana trabalhadora. In: Direitos fundamentais & justiça, v. 9, p. 101-123, 2009.

FINCATO, D. P. Teletrabalho transnacional, dumping social e a rerum novarum: reflexões. In: GÜNTHER, L. E.; VILLATORE, M. A.C. (Org.). Rerum novarum: estudos em homenagem aos 120 anos de Encíclica Papal. Porto Alegre: Juruá, 2011.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: aproximações epistemológicas. In: Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, v. 31, p. 34-40, 2009.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: aproximações epistemológicas. In: Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, v. 26, p. 68-72, 2009.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: estudos para regulamentação a partir do direito comparado. In: FINCATO, D. P. (Org.). Novas tecnologias e relações de trabalho: Reflexões. Porto Alegre: Magister, 2011.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: uma análise juslaboral. In: Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 36, n. 96, p. 137-160, 2003

FINCATO, D. P. Teletrabalho: uma análise juslaboral. In: Justiça do

Trabalho, Porto Alegre, v. 236, p. 40-56, 2003.

FINCATO, D. P. Trabalho e tecnologia: reflexões. In: FINCATO; D. P.; MATTE, M.; GUIMARAES, C. I. S. (Org.). Direito e tecnologia: reflexões sociojurídicas. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FINCATO, D. P.; CRACCO NETO, H. B. Teletrabalho: de Chappe a Nilles. In: Justiça do Trabalho, v. 358, p. 52, 2013.

FINCATO, D. P.; NASCIMENTO, C. B. Teletrabalho e Direitos Fundamentais Sociais: entre a modernidade sólida e a pós-modernidade líquida. In: Direitos Fundamentais & Justiça, v. 7, p. 196-215, 2013.

FINCATO, D. P.; OLICHESKI, A. T. Globalização e direitos fundamentais sociais. In: FINCATO, D. P. F. (Org.). In: Novas tecnologias e relações de trabalho: reflexões. Porto Alegre: Magister, 2011.

FINCATO, D.P. Meio Ambiente Laboral e Teletrabalho. In: Anais do IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades. Porto Alegre: Magister, 2011, p. 36-48

FINCATO, D.P.; CRACCO, H.B; SORIA, J.S. DE CHAPPE A NILLES: A EVOLUÇÃO DA TECNOLOGIA NO TRABALHO E A INVENÇÃO DO TELETRABALHO – UMA REVISÃO NECESSÁRIA. In: Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha : Tomo I / organizadores Carlos Luiz Strapazzon. Rodrigo Goldschmidt, Robison Tramontina. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 109-122

FINCATO, D.P; STURMER, G. . Teletrabalho em tempos de calamidade por covid19: impacto das medidas trabalhistas de urgência. In: BELMONTE, A.A; MARTINEZ, L.; MARANHÃO, N.. (Org.). Direito do Trabalho na crise da COVID-19. 1ed.Salvador - BA: JusPODIVM, 2020, v. 1, p. 341-363.

GILLE, B. Histoires des techniques. Paris: Pléiade, 1978.

HISTORIA DE LAS TELECOMUNICACIONES. 2006. Disponível em: <http://histel.com/z_histel/biografias.php?id_nombre=34>.

PINTO, J. O. Avaliação da viabilidade de implantação do teletrabalho no domicílio: um estudo de caso no SERPRO. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2003

SÓ BIOGRAFIAS. Claude Chappe. 2011. Disponível em: <http:// www.dec.ufcg.edu.br/ biografias/ClaudeCh.html>. Acesso em: 07 jun. 2014.

STEIL, A.V.; BARCIA, R.M. Um modelo para análise da prontidão organizacional para implantar o teletrabalho. In: Revista de Administração, São Paulo v.36, n.1, p.74-84, janeiro/março 2001.

As decisões proferidas nos sistemas europeu e interamericano de direitos humanos e os procedimentos de fiscalização e de execução forçada a partir do direito comparado[1]

Decisions of european and interamerican human rights systems and the inspection and enforced execution procedures based on comparative law

Anne Carolinne Batista[2]

Sumário: 1. A fiscalização do cumprimento das decisões proferidas nos Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos: uma abordagem conceitual; 2. O procedimento do artigo 46, § 1, da Convenção Europeia no caso Ilgar Mammadov Vs Azerbaijão: estudo da fiscalização e da execução das decisões nos Sistemas Europeu e Interamericano a partir de uma abordagem factual; Considerações Finais.

Resumo: No presente artigo foi apresentado estudo inicial dos procedimentos de fiscalização e execução das decisões proferidas nos Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos, a partir do Direito Comparado. No primeiro capítulo, com base na metodologia conceitual, foi analisada a legislação de ambos os Sistemas que dispõe sobre os procedimentos para fiscalização do cumprimento das decisões. No segundo capítulo, por sua vez, a partir da metodologia factual examinamos o precedente Ilgar Mammadov VS Azerbaijão (queixa n. 15172/113) enquanto caso real (em relação ao Sistema Europeu) e hipotético (simulando sua apresentação perante o Sistema Interamericano). Observamos que em ambos os Sistemas foram previstos os mecanismos de fiscalização, mas não houve delimitação do procedimento

1 O presente artigo representa parte do trabalho produzido como requisito para aprovação na disciplina de Metodologia do Direito Comparado, docente Dr. José Luis Caramelo Gomes, do Mestrado em Direito Europeu e Comparado, vinculado ao Departamento de Direito da Universidade Portucalense – Porto – Portugal.

2 Mestranda em Direito Europeu e Comparado na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Universidade Regional de Blumenau – FURB, Brasil. Analista Judiciária vinculada ao Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Brasil. E-mail: annecarolinne@gmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

de execução forçada. Além disso, constatamos que os meios coercitivos do cumprimento das decisões possuem caráter político e adotam, muitas vezes, parâmetros não isonômicos para sua imposição. Outrossim, que a aferição do cumprimento das decisões por parte do Estado condenado é atividade complexa, a qual pode ser resumida na reparação integral da situação, passando pela restituição, compensação e satisfação da(s) vítima(s). Concluímos ser necessário ampliar as vias de coerção, estabelecer-se critérios isonômicos para sua imposição, bem como ser delimitado o procedimento executivo, já que a concessão da tutela específica é inviável em respeito à soberania dos Estados.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Fiscalização; Execução forçada.

Abstract: This article presents an initial study of the procedures for the Inspection and enforced execution of decisions of European and Inter-American Human Rights Systems, based on Comparative Law. In the first chapter, adopting the conceptual methodology, the legislation of both systems that envolves the inspection procedures of execution of decisions was analyzed. In the second chapter, in turn, based on the factual methodology, we examine the precedent Ilgar Mammadov VS Azerbaijan (complaint no. 15172/113) as a real case (in relation to the European System) and hypothetical (simulating its presentation to the Inter-American System). We observe that in both systems the inspection mechanisms were provided for, but there was no delimitation of the enforced execution procedure. In addition, that there is a political character in the sanctions applied, which are chosen by non-isonomical parameters. Furthermore, to considerer a decision executed by the condemned State is a complex activity, which can be summarized in the full reparation of the situation, including restitution, compensation and satisfaction of the victim (s). We conclude that it is necessary to develop the sanctions' mechanism, to establish isonomic criteria for their imposition, as well as to define the executive procedure, because its specific trusteeship is unfeasible in respect to the States' Sovereignty.

Keywords: Human Rights; Inspection. Enforced execution.

1. A fiscalização do cumprimento das decisões proferidas nos Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos: uma abordagem conceitual

Na perspectiva tradicional, de acordo com CARAMELO GOMES e MAGALHÃES SILVA[3], a metodologia comparativa conceitual envolve o estudo das regras formais, comparadas com independência da cultura e de outros elementos que as conformam. Este é o enfoque que norteará o estudo da fiscalização e da execução forçada das decisões proferidas no âmbito dos Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos neste capítulo.

No Sistema Europeu de Direitos Humanos, o Tribunal tem competência para interpretar e aplicar a Convenção e os seus respectivos protocolos nas causas que lhe forem encaminhadas[4].

Em caso de admissão, o procedimento culmina na prolação de uma sentença de mérito, a qual declarará a existência de violação de Direitos Humanos por parte do Estado acusado e, se necessário, imporá a reparação razoável.

Diante da declaração do Tribunal, cabe ao Estado violador eleger as medidas necessárias para seu cumprimento, sujeitando-as à supervisão do Comitê de Ministros, que verificará se elas atenderam à finalidade contemplada na deliberação do Tribunal Europeu.

Acaso considere que está havendo recusa a respeitar uma sentença definitiva, o Comitê de Ministros, por voto de 2/3 dos seus membros, poderá submeter a questão do descumprimento ao Tribunal Europeu.

---

3 Caramelo-Gomes, J., & Silva, M. M. M. (2018). Metodología del derecho comparado en Derechos Humanos. In M. P. Pando Ballesteros, P. Garrido Rodríguez, & A. Muñoz Ramírez (Eds.), El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU: Homenaje a la Profesora Mª. Esther Martínez Quinteiro (pp. 109-122). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. Disponível no Repositório UPT, http://hdl.handle.net/11328/2286.

4 Sobre as vias de acesso ao Tribunal, por não ser objeto do presente estudo, remete-se o leitor aos artigos 33, 34 e 46 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. Acesso em 23.3.2020, às 19h45min.

Se o Tribunal constatar que não houve desrespeito à sentença definitiva, o Comitê de Ministros decidirá pela conclusão da sua apreciação.

Contudo, se for declarado pelo Tribunal o descumprimento da sentença, o caso será encaminhado ao Comitê de Ministros para avaliação das providências a ser empregadas no âmbito do Conselho da Europa. Elas têm cunho político, e servem como meios coercitivos para que o Estado condenado cumpra a sentença. Dentre elas, de acordo com os artigos 3.º e 8.º do Estatuto do Conselho da Europa, a mais gravosa é a expulsão do Estado.

Ponderamos que, apesar do emprego da expressão "execução das sentenças" no artigo 46 da European Convention on Human Rights, as previsões legislativas cuidam da fiscalização do cumprimento pelo próprio Estado condenado. Por ser signatário da Convenção, o Estado se obrigou a respeitar e a cumprir as sentenças definitivas do Tribunal, adotando as providências necessárias para tanto no âmbito interno.

O cumprimento das decisões pelos Estados considerados violadores, então, está fulcrado no princípio da boa-fé e demanda atuação do próprio condenado, inexistindo providências específicas para a concessão da tutela específica no âmbito dos Sistema Europeu.

O Sistema Interamericano também não sistematiza o procedimento de execução forçada das decisões proferidas em seu âmbito, tampouco prevê instrumentos para concessão da tutela específica.

Todavia, inexistem distinção entre o órgão prolator da decisão e o fiscalizador do seu cumprimento. Em verdade, há dois órgãos competentes para análise das violações de Direitos Humanos praticadas por Estados parte da Organização dos Estados Americanos: a Comissão e a Corte Interamericana.

Enquanto a Comissão Interamericana é órgão tanto da Organização dos Estados Americanos quanto da Convenção

Americana sobre Direitos Humanos, a Corte Interamericana é órgão tão somente da Convenção. Dessa forma, apenas os Estados membros da Organização que são também partes da Convenção Americana estão submetidos à jurisdição da Corte.

A par das peculiaridades da tramitação de denúncia ou queixa neste Sistema e que fogem ao objeto deste trabalho, em relação às deliberações de mérito das denúncias restritos à competência da Comissão, destacamos que o procedimento de fiscalização é exercido no interregno da elaboração de seus relatórios, e culmina com o encaminhamento do caso ao conhecimento da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos se persistir o descumprimento.

Já no que respeita às decisões da Corte Interamericana, ela própria é a responsável pela supervisão do cumprimento pelos Estados. A propósito, o art. 69 do Regulamento da Corte estabelece procedimento para fiscalização do cumprimento das sentenças e das suas demais decisões. Referido controle se dará mediante a análise de relatórios periodicamente encaminhados pelos Estados, bem como da manifestação de partes e da Comissão sobre estes documentos, além de outras fontes de informação.

Apesar do dever estatal de proceder ao cumprimento da sentença da Corte independentemente de qualquer outro procedimento formal, o artigo 68 da Convenção Americana possibilita que o capítulo atinente à indenização compensatória seja executado no país respectivo por meio do procedimento interno previsto para a execução das sentenças contra o Estado.

Acaso o descumprimento persistir, o artigo 65 também da Convenção Americana estabelece que, em seu relatório anual para a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, a Corte indicará os casos de descumprimento de suas sentenças pelos Estados-membros e sugerirá as recomendações pertinentes.

Conquanto ausente expressa autorização no artigo 54 da Carta da Organização para que a Assembleia Geral da Organização dos

Estados Americanos aplique sanções aos Estados considerados violadores de Direitos Humanos pela Comissão ou pela Corte Interamericana, MAZZUOLI[5] defende que ela decorre do dever de, como corpo político, dar efetividade ao que dispõe as suas normas.

2. O procedimento do artigo 46, § 1, da Convenção Europeia no caso Ilgar Mammadov Vs Azerbaijão: estudo da fiscalização e da execução das decisões nos Sistemas Europeu e Interamericano a partir de uma abordagem factual

Ilgar Mammadov é um político de oposição no Azerbaijão que em 2013 foi preso preventivamente. Ele foi relacionado pelas autoridades com incidentes que ocorreram no norte do país e, em razão disso, acusado por organizar ou participar ativamente de ações que causam desequilíbrio na ordem pública (artigo 233 do Código Penal do Azerbaijão) e de resistência ou violência contra policiais, colocando em risco a vida ou a saúde deles (artigo 315.2 do Código Penal do Azerbaijão).

Antes da referida acusação, porém, em novembro de 2012 ele teceu severas críticas ao governo em seu blog. Além disso, em janeiro de 2013, o Sr. Mammadov anunciou que pretendia concorrer à presidência nas eleições que ocorreriam em novembro daquele ano.

Acórdão proferido pelo Tribunal Europeu em 22 de maio de 2014 reconheceu que o Azerbaijão violou a liberdade e segurança (artigo 5.º, §§ 1, "c", e 4), bem como o direito do Sr. Mammadov a um processo equitativo (artigo 6.º, § 2.º), direitos salvaguardados pela Convenção Europeia. Além disso, confirmou que houve uso indevido do poder, pois o Estado restringiu direitos e liberdades da vítima para finalidade diversa da prevista na Convenção (artigo 18).

Ocorre que, em março de 2014, o Sr. Mammadov foi condenado

5 MAZZUOLI, V. D. O. The Inter-American human rights protection system: Structure, functioning and effectiveness in Brazilian law. African Human Rights Law Journal. ISSN 1996-2096. Vol. 11, (2011), p. 202.

no Azerbaijão, ensejando a nova queixa perante o Tribunal Europeu (n. 919/15).

Enquanto no primeiro julgamento do Tribunal Europeu (queixa n. 15172/13) a discussão se centrou na sua detenção e nas próprias bases da denúncia contra ele formulada, no segundo (queixa n. 919/15) a Corte foi provocada a dizer se o Processo Penal a que ele foi submetido foi justo, à luz do artigo 6.º da Convenção.

O Comitê de Ministros desde a primeira decisão do Tribunal cuidou da supervisão conforme preleciona o artigo 46 da Convenção Europeia. Nesta seara, apresentou inúmeras recomendações ao Estado do Azerbaijão, dispondo inclusive sobre o dever de liberação imediata e incondicional do cidadão, dados os vícios no procedimento a que foi submetido internamente no país.

Diante da frustração das medidas e por entender que o Estado estava descumprindo a sentença proferida na queixa n. 15172/13, o Comitê de Ministros remeteu o caso ao Tribunal Europeu. Este, ao final, declarou que de fato o Azerbaijão desrespeitou o julgado, tendo em vista a manutenção de processo e o cerceamento da liberdade de indivíduo não pela prática de crime, mas sim como represália pelo exercício da sua liberdade de expressão para criticar o governo e por seu potencial como político oposicionista.

O precedente aborda a competência para fiscalização, dá parâmetros para avaliação do cumprimento integral (ou não) da sentença proferida pelo Tribunal, bem como reflete a inexistência de um procedimento de execução forçada, até pela demora da libertação do Sr. Mammadov (entre a primeira decisão e a soltura do cidadão pelo Azerbaijão transcorreram cerca de quatro anos).

2.1 Das questões suscitadas perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos

O procedimento suscitado pelo Comitê de Ministros na forma do artigo 46, §§ 4.º e 5.º da Convenção Europeia respondeu,

fundamentalmente, três questões.

A primeira delas foi processual, envolvendo a possibilidade do Comitê de Ministros retirar ou desistir do procedimento após a provocação do Tribunal.

Segundo o precedente firmou, à luz do artigo 46 da Convenção Europeia, a instauração do incidente pelo Comitê de Ministros importa na sua conclusão definitiva de que houve o descumprimento do Estado até aquele momento e inaugura a atribuição do Tribunal de analisar a partir de então, com um viés jurídico.

Apenas quando o Tribunal devolver o caso ao Comitê de Ministros é que este órgão poderá eleger as medidas para aplicação, sopesando, eventualmente, algum outro ato praticado pelo Estado depois do encaminhamento ao Tribunal.

Envolvendo o mérito da causa propriamente dito, a segunda questão respondida pelo Tribunal foi concernente à (des)necessidade do acórdão definitivo prever expressamente a medida que deverá ser adotada pelo Estado para caraterização do desrespeito ao dever do artigo 46, § 1, da Convenção Europeia.

Consoante já assente em sua jurisprudência, o Tribunal destacou que suas decisões têm caráter essencialmente declaratório quanto ao reconhecimento da violação, e o Estado condenado é livre para escolher a(s) medida(s) para sanar aquela situação, ficando sujeito à supervisão do Comitê de Ministros.

O Tribunal concluiu, então, que a previsão da medida em específico é desnecessária para a configuração do desrespeito à sentença do Tribunal.

Finalmente, a terceira questão, envolve o que caracteriza, de fato, o descumprimento de uma decisão do Tribunal.

Para solucionar essa complexa indagação, a Corte reportou-se aos artigos que tratam da responsabilidade dos Estados por fato internacionalmente ilícito (Articles on Responsability of States for Internationally Wrongful Acts – ARSIWA) e ao Regulamento do Comitê de Ministros para supervisão da execução dos julgamentos

e das decisões que homologam Resoluções Amigáveis.

As obrigações decorrentes das sentenças, para a Corte, não se restringem à indenização pelos danos causados, com observância ao previsto no artigo 41 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ela também envolve a adoção de medidas individuais (destinadas ao requerente) e/ou gerais (quando a causa revela problemas no próprio sistema interno do Estado denunciado), sendo todas componentes da reparação da violação reconhecida no julgado.

Citando os artigos 34 a 37 dos ARSIWA, o Tribunal pontuou que a reparação se constitui de três elementos, a saber: a restituição, a compensação e a satisfação.

A primeira delas, a restituição, consiste na necessidade de se restabelecer a situação anterior à violação. No que respeita às medidas individuais, o Tribunal destacou que a obrigação de restitutio in integrum somente pode ser excepcionada quando for materialmente impossível ou envolver prestação excessivamente onerosa ao Estado comparada ao benefício do lesado.

A compensação, por sua vez, é a indenização pelos danos causados em decorrência da violação aos direitos humanos da vítima.

A satisfação, finalmente, envolve o dever de prestar esclarecimentos sobre o caso, formular pedido de desculpas, ou qualquer providência assemelhada que não configure humilhação ao Estado.

A verificação do cumprimento da decisão, dessarte, passa pela avaliação da restituição eleita e promovida pelo Estado, sem perder de vista as especificidades do caso concreto.

Sucedâneo lógico, o descumprimento de uma decisão do Tribunal pode ser definido como a inadimplência do Estado em promover, total ou parcialmente, a restituição da violação causada à(s) vítima(s).

2.3 Análise das questões discutidas no precedente a partir do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

No tocante à primeira questão – acerca da possibilidade de desistência do procedimento para averiguação do descumprimento da decisão do Tribunal – é necessário recordar que no Sistema Interamericano não há diferenciação entre o órgão que profere a decisão e o órgão que fiscaliza, tampouco existe um procedimento concebido no sistema exclusivamente para declarar esse descumprimento nos moldes do artigo 46, § 4.º, da Convenção Europeia.

Contudo, em um esforço sistemático, vislumbramos ser possível referida discussão após a inclusão do descumprimento no Relatório Anual a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, seja pela Comissão, seja pela Corte, a depender da atribuição ou competência do caso.

Entendemos que, em se tratando de órgão distinto, a Assembleia Geral avaliará eventuais fatos supervenientes, inclusive o reconhecimento do cumprimento posterior ao envio por parte da Comissão e da Corte Interamericana para sopesar a real necessidade, bem como para eleger a sanção adequada, sem que tenha subtraída a possibilidade de avaliação do caso.

Recordamos que o objetivo dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos é a proteção a esses Direitos. Por isso, qualquer interpretação da legislação a ela pertinente – e até das omissões desta – deve sempre buscar a via que alargue ainda mais os mecanismos protetivos.

A segunda questão versa sobre (des)necessidade da decisão prever expressamente a medida que deverá ser adotada para caraterização do desrespeito ao dever de observância do Estado.

Nas causas que se restringem à atribuição da Comissão Interamericana, de acordo com o artigo 51.2 da Convenção Americana, o relatório definitivo deverá contemplar as recomendações pertinentes e o prazo para que o Estado adote as

medidas para solucionar o contexto de violação. Não contempla, porém, a imprescindibilidade da delimitação de providências de forma exata, estanque e imutável para conformação da obrigatoriedade de cessar a situação de violação.

Já nas que se sujeitam à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não há previsão expressa na Convenção e no seu Regulamento acerca da manifestação expressa das medidas que deverão ser adotadas pelo Estado.

Considerando, no entanto, como dissemos, todo o sistema concebido em prol da proteção dos direitos humanos; tendo em vista que o contexto da violação geralmente está em constante mudança, dificultando o estabelecimento de soluções definitivas; observando-se, ainda, a inexistência de previsão nos dispositivos que versam sobre os requisitos e/ou características da sentença proferida pela Corte; não é possível exigir que a medida esteja expressa na decisão para que possa ser exequível e para caracterizar o desrespeito do Estado em caso de omissão.

Quanto à terceira pergunta, cumpre-nos observar a plena aplicabilidade dos artigos que tratam da responsabilidade dos Estados por fato internacionalmente ilícito (Articles on Responsability of States for Internationally Wrongful Acts – ARSIWA), os quais foram mencionados pelo Tribunal Europeu, corolário da previsão do artigo 3.º da Carta da Organização dos Estados Americanos.

Nessa toada, o cumprimento das decisões no Sistema Interamericano também exige a reparação integral da situação, passando pela restituição, compensação e satisfação, e conduzindo à conclusão idêntica a do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao responder o terceiro questionamento.

Considerações finais

Como vimos, a rigor, nos Sistemas Europeu e Interamericano inexiste um procedimento de execução forçada de suas decisões.

O efetivo cumprimento, então, depende da boa-fé, da lealdade e do comprometimento dos Estados.

Ademais, dado o caráter eminentemente declaratório das decisões, aferir se houve, de fato, o cumprimento constitui atividade complexa, sendo necessário avaliar a reparação integral da situação, passando pela restituição, compensação e satisfação.

Na hipótese de descumprimento, em ambos os Sistemas, a diligência última adotada para fins de execução forçada é a imposição de sanções políticas respectivamente pelo Conselho da Europa e pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Se de um lado isso se justifica pela Soberania dos Estados membros da Convenção, de outro enfraquece o Sistema como Instrumento de efetividade dos Direitos Humanos, porque não há, de forma direta, como conceder a tutela específica. Acaso não seja aplicada sanção por parte do órgão político da respectiva Organização – o que, na prática, ocorre quando envolve interesses econômicos – a deliberação será inócua.

A ampliação de meios coercitivos e de aplicação mais isonômica a despeito do caráter político das sanções, portanto, é necessária, já que a concessão da tutela específica é inviável em respeito à soberania dos Estados.

Referências Bibliográficas

Caramelo-Gomes, J., & Silva, M. M. M. (2018). Metodología del derecho comparado en Derechos Humanos. In M. P. Pando Ballesteros, P. Garrido Rodríguez, & A. Muñoz Ramírez (Eds.), El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU: Homenaje a la Profesora Mª. Esther Martínez Quinteiro (pp. 109-122). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. Disponível no Repositório UPT, http://hdl.handle.net/11328/2286.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. – Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/estatutoCIDH.pdf. Acesso em: 1.3.2020, às 17h03min.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp. Acesso em: 1.3.2020, às 17h09min.

CONSELHO DA EUROPA – European Convention On Human Rights. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. Acesso em 23.3.2020, às 19h45min.

CONSELHO DA EUROPA – Protocolo n. 11. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/155>. Acesso em 24.3.2020, às 21h58min.

CONSELHO DA EUROPA – Statute of the Council of Europe. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680935bd0>. Acesso em 26.4.2020, às 12h50min.

CONSELHO DA EUROPA – Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements. Disponível em: <https://rm.coe.int/16806eebf0>. Acesso em 28.4.2020, às 21h24min.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em: 23.3.2020, às 15h34min.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/estatutoCorte.pdf. Acesso em: 1.3.2020, às 17h10min.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. Proceedings under article 46 § 4 in the case of Ilgar Mammadov v. Azerbaijan. Strasbourg, 29 de maio de 2019. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-193543>. Acesso em: 26.4.2020, às 8h54min.

MAZZUOLI, V. D. O. The Inter-American human rights protection system: Structure, functioning and effectiveness in Brazilian law. African Human Rights Law Journal. ISSN 1996-2096. Vol. 11, (2011), p. 194-215.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS – Reglamento del procedimento del TEDH. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf. Acesso em: 23.3.2020, às 15h58min.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em 24.3.2020, às 10h.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.pdf>. Acesso em: 1.3.2020, às 16h53min.

A efetivação dos direitos fundamentais por meio da implementação da governança corporativa e compliance

Effectiveness of fundamental rights through the implementation of corporate governance and compliance

Jaqueline Maria Ryndack[1]

Sumário: 1. Governança Corporativa; 1.1 Os pilares da Governança Corporativa 2. Compliance; Considerações Finais.

Resumo: No presente trabalho busca-se apresentar a implantação da Governança Corporativa e do Compliance como meios para a efetivação dos Direitos Fundamentais. Através do método dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica, iniciamos o artigo expondo o que é Governança Corporativa, na sequência os seus pilares e por último detalhamos a pilastra Compliance. Notamos que a Governança Corporativa é vista como uma estrutura de poder na qual há proteção de direitos do ente coletivo, mas também de todos os envolvidos com o mesmo. Os quatro pilares da Governança Corporativa fazem com que ela ganhe sustentação para guiar práticas e processos de alta gestão empresarial. Com relação a pilastra Compliance, a necessidade da sua adoção aponta-se devido apresentar-se como ferramenta que auxilia no aumento da transparência das relações internas e externas da atividade empresarial, além de minimizar a responsabilização do dono do capital. Percebe-se que o Compliance é a adoção de um procedimento por parte das empresas com fulcro em cumprir mecanismos de controle que previnam os riscos da prática de infrações ligadas às atividades empresariais, ao criar códigos internos de cumprimento normativo – geralmente, com regras que vão além das exigências legais estatais - e implementar o respectivo cumprimento com rotinas de controle.

Palavras-chave: Governança Corporativa; Compliance; Direitos

1 Advogada. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. E-mail: ryndack.jaqueline@hotmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

fundamentais.

Abstract: The present work seeks to present the implementation of Corporate Governance and Compliance as a means for the implementation of Fundamental Rights. Through the deductive method, through bibliographic research, we start the article by exposing what Corporate Governance is, following its pillars and finally we detail the Compliance pillar. We note that Corporate Governance is seen as a power structure in which there is protection of the rights of the collective entity, but also of all those involved with it. The four pillars of Corporate Governance ensure that it gains support to guide top business management practices and processes. Regarding the Compliance pillar, the need for its adoption is pointed out because it presents itself as a tool that helps to increase the transparency of the internal and external relations of the business activity, in addition to minimizing the liability of the owner of the capital. It is perceived that Compliance is the adoption of a procedure by companies with a focus on complying with control mechanisms that prevent the risks of the practice of infractions related to business activities, by creating internal codes of regulatory compliance - generally, with rules that go in addition to state legal requirements - and implement the respective compliance with control routines.

Keywords: Corporate Governance; Compliance; Fundamental rights.

1. Governança Corporativa

Há uma corrente da Governança Corporativa na qual a concebe como um "sistema de dirigir uma organização de maneira que os interesses dos proprietários sejam protegidos."[2]. Segundo Adriana Massuda e Lívia Martins Costa, a Governança Corporativa surgiu para servir como um instrumento de controle e monitoramento dos negócios, com o fulcro de garantir os direitos dos acionistas diante de possíveis abusos dos gestores, além de proteger os acionistas minoritários dos majoritários, e identificar e solucionar possíveis

2 DAFT, Richard L. Administração. Trad. Harue Ohara Avritcher. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 856.

conflitos de gerência dentro da administração das empresas[3].

É necessário apontar que existe uma diversidade de conceitos na literatura técnica quanto à definição da Governança Corporativa, vislumbrando-se ao menos quatro linhas de definição[4], cada uma girando em torno de uma ideia forte, ligeiramente distintas entre si. A Governança Corporativa apresenta-se: a) como mecânica guardiã de direitos das partes que possuem interesses em jogo nas empresas; b) como sistema de relações para direção e monitoramento de sociedades, agrupando "princípios norteadores e práticas que regem as relações entre as diferentes categorias relevantes (stakeholders) que são representados pelos grupos de pessoas que se relacionam com a empresa."[5]; c) como uma estrutura de poder a observar e reger o interior das corporações; d) como sistema normativo que reage conforme as relações internas e externas das companhias.

Firmadas estas quatro grandes ideias fortes, opta-se por uma definição de governança capaz de aglutiná-las. Nesta linha, a Governança Corporativa é um conjunto de práticas administrativas que buscam otimizar o desempenho das empresas por meio da proteção de todas as partes interessadas, sejam elas os acionistas, fornecedores, clientes, funcionários, credores, governos, por meio do melhoramento do modelo de gestão e da facilitação do acesso às informações básicas da empresa[6].

---

3 MASSUDA, Adriana; COSTA, Lívia Martins. Governança Corporativa e Responsabilidade Social: um estudo da relação entre tais práticas. in 1º Congresso UFSC de Controladoria e Finanças. Anais. Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 2007. Disponível em: <http://dvl.ccn.ufsc.br/congresso/anais/1CCF/20090728135505.pdf>. Acesso em: 17/11/2018.

4 ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 138.

5 ALMEIDA, Francisco Alberto Severo de; KRUGLIANSKAS, Isak; SANTOS, Silvio Aparecido dos. A governança corporativa em empresa pública e a visão de suas práticas pelos stakeholders. in ALMEIDA, Francisco Alberto Severo de; GASPAR, Marcos Antonio; GUIMARÃES, Antonio Teodoro Ribeiro; SANTOS, Silvio Aparecido dos. Fronteiras da Administração III. Goiânia: Contato Comunicação, 2010, p. 20- 21.

6 OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. Governança Corporativa na Prática: Integrando Acionistas, Conselho de Administração e Diretoria Executiva na Geração de Resultados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 16.

A origem da Governança, com efeito, voltava-se à tutela de proprietários minoritários, como mecanismo interno de proteção do interesse de sócios com capacidade reduzida – ou mesmo sem capacidade – de intervenção nas decisões estratégicas. Porém, os fins da Governança Corporativa, nas perspectivas de sustentabilidade social, econômica e ambiental, transcendem interesses de acionistas e proprietários majoritários ou minoritários, como modo de efetivação de direitos fundamentais. Definições de governança que encampam este estreito alcance mostram-se ultrapassadas.

A compreensão adequada da Governança Corporativa vai além do restrito interesse da sociedade empresária. Revela-se como mecanismo no qual se envolvem o público interno (empregados, acionistas minoritários e majoritários) e externo (como, por exemplo, consumidores, parceiros de negócio, concorrentes e a própria agência estatal).

Além disso, as boas práticas da Governança Corporativa seguem princípios básicos condensados em recomendações objetivas, alinhando interesses como a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, de modo a facilitar o seu acesso a recursos e a contribuir para a qualidade da gestão da organização, com o bem comum, envolvente de público interno e externo.

Percebe-se que a Governança Corporativa é vista como uma estrutura de poder, na qual há proteção de direitos do ente coletivo, mas também de todos os envolvidos com o mesmo. Regem-se as respectivas relações, mediante a projeção de sistemas normativos, levados do dever-ser às operações da praxis empresarial.

1.1 Os pilares da Governança Corporativa

Enquanto observada como conjunto de ações de otimização de desempenho, a Governança Corporativa baseia-se em quatro

valores centrais. Com eles, ela ganha sustentação para guiar práticas e processos de alta gestão empresarial. Esses quatro pilares valorativos são fairness, disclosure, accountability e Compliance[7].

O valor fairness concerne um "senso de justiça" na qual acionistas minoritários e majoritários buscam reduzir os riscos a qual os sócios minoritários submetem-se através da ausência ou irrelevante poder de decisão na empresa, quando comparados aos sócios majoritários[8]. Com o tratamento equânime, permite-se o "aumento da riqueza corporativa, quanto nos resultados das operações, quanto ainda na presença ativa em assembleias gerais"[9]. Este senso de justiça transporta ao adequado tratamento do consumidor, lealdade concorrencial, correto manejo dos impactos ambientais da atividade produtiva, etc.

Quanto ao pilar disclosure, é associado à ideia de total transparência das relações com todos os agentes da vida econômica que interagem com a empresa, em especial os que atuam diretamente com informações de "alta relevância que impactam os negócios e que envolvem resultados, oportunidades e riscos."[10], engloba no presente pilar o público interno e o externo da unidade econômico-empresarial[11]. A transcendência em relação aos sócios e acionistas revela-se, por exemplo, na sustentabilidade da empresa como destino de investimentos potenciais, no ambiente do mercado de valores.

No tocante ao accountability que corresponde à prestação de contas de modo verdadeiro, depende de auditorias e registros de contabilidade consistentes, reforçando o sentimento de confiança

7 GUARAGNI, Fábio André. Desvios cognitivos e volitivos nas atividades empresarias como fatores criminógenos: aspectos etiológicos e programas de criminal compliance como mecânica de controle. in ARAUJO NETO, Felix; GIACOIA, Gilberto; MAISONNAVE, Germán Alberto Aller. Direito Penal e Constituição II. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/9105o6b2/bk7pbl14/5S426f06iUEW18sA.pdf>. Acesso em: 17/11/2018.

8 GUARAGNI. in ARAUJO NETO; GIACOIA; MAISONNAVE. Acesso em: 17/11/2018.

9 ANDRADE; ROSSETTI, 2011, p. 140.

10 ANDRADE; ROSSETTI, loc. cit.

11 GUARAGNI. in ARAUJO NETO; GIACOIA; MAISONNAVE, op. cit.

que o ente coletivo produz em seu entorno[12].

Por fim, acerca do vetor Compliance, traduz-se na implementação de condutas e rotinas que atendam o disposto nas "normas reguladoras, expressas nos estatutos sociais, nos regimentos internos e nas instituições legais do país."[13]. Evidencia o apreço do ente coletivo pelo cumprimento de normas internas e externas.

Além de afirmarem que tais pilares estão presentes no conceito de Governança Corporativa, Andrade e Rossetti assinalam-nos como estruturantes dos códigos de boas práticas. Estes, a sua vez, estão fundados em condutas éticas inseridas no exercício das funções dos órgãos responsáveis pela Governança Corporativa nas companhias[14].

Acerca da ética e da responsabilidade social da empresa, Adela Cortina aduz que as empresas deixaram sua postura inicial de objetivar apenas a busca do lucro, para assumir um papel de responsabilidade social e moral com a sociedade[15]. Esta percepção guarda correspondência com a noção de empresa como instituição social, em vez de expressão patrimonial. Evoca sua qualidade de produtora de riqueza não só para o dominus, mas para dependentes (empregados, pequenos fornecedores, terceirizados) e, mesmo, para o Estado, à medida que incide em fatos geradores de tributos. Correta, nesta linha, a percepção da autora, ao apontar a empresa como um espaço de justiça, na qual as relações humanas realizadas em seu ambiente contribuem para a criação de uma sociedade mais justa[16].

A ética empresarial é essencial para a Governança Corporativa, concebida então como conjunto de práticas administrativas que visam otimizar o desempenho da empresa através da proteção de todas as partes interessadas (acionistas, clientes, fornecedores,

12 GUARAGNI. in ARAUJO NETO; GIACOIA; MAISONNAVE, loc. cit.
13 ANDRADE; ROSSETTI, op. cit., p. 141.
14 ANDRADE; ROSSETTI, op. cit., p. 142.
15 CORTINA, Adela. Ética de la empresa. Madrid: Trotta, 2005, p. 81.
16 CORTINA, 2005, p. 81.

credores, funcionários, governos) pelo modo da transparência e facilitação ao acesso as informações básicas da empresa, equidade no tratamento do público interno e externo, conformidade no cumprimento das normas reguladoras e no aprimoramento do modelo de gestão, além da prestação de contas fundamentada em relatórios de auditoria e contábeis.

De acordo com John Kenneth Galbraith, nas empresas modernas os reais detentores de poder são os administradores, não os donos do capital, de modo que o termo "capitalismo" encontra-se incondizente com o seu atual significado, de forma a ser traduzido na expressão "sistema de mercado" como reflexo da presente economia[17].

Ressalta-se que um sistema de Governança Corporativa é considerado eficiente quando combina a articulação de mecanismos internos e externos de controle a fim de assegurar que as decisões dos gestores atentam ao melhor interesse de longo prazo. Quanto os mecanismos internos elencam-se a existência de um conselho de administração, um sistema de remuneração, a realização da concentração acionária e a atuação de investidores institucionais; já quanto aos mecanismos externos, cita-se a proteção legal dos investidores, a possibilidade da ocorrência de grau de competição e aquisição hostil no mercado de produtos, a fiscalização dos agentes de mercado e a estrutura de capital[18]. Embora os mecanismos internos e externos da Governança Corporativa não possuem relevância quando comparado com os pilares da Governança Corporativa, notadamente o valor Compliance, há a necessidade dos mecanismos e o seu bom funcionamento.

Nesse contexto, a fim de aumentar a transparência das relações internas e externas da atividade empresarial, além de minimizar a responsabilização do dono do capital, aponta-se a

17 GALBRAITH, John Kenneth. A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo. Trad. Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 18 – 19.

18 SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. Governança Corporativa no Brasil e no Mundo: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 11.

necessidade da adoção do Compliance.

2. Compliance

A palavra Compliance é oriunda do termo em inglês "to comply", que em livre tradução significa estar em conformidade, cumprir e obedecer. Desse modo, inicialmente entende-se Compliance como a adoção de práticas com o fulcro de "cumprir mecanismos de controle que previnam os riscos da prática de infrações ligadas às atividades empresariais."[19].

Frisa-se que a nomenclatura brasileira para Compliance é associada a "Programa de Integridade", uma vez que o legislador brasileiro definiu tal percepção através do artigo 41do Decreto nº 8.420/2015. Dessa forma, ao nominar o que se compreende acerca de Programa de Integridade, o legislador assegura ao empresário o comportamento esperado, as bases e parâmetros que lhe serão exigidos, além da própria avaliação quando violação da condução esperada e a penalização à Lei Anticorrupção.

A terminologia que dá significado a este conjunto de medidas varia. Fala-se em Criminal Compliance (expressão empregada para programas de cumprimento normativo internos ao ente coletivo, voltados à exclusiva prevenção de infrações penais), value management, risk management, business ethics, codes of conduct, integrity codes, corporate social responsability, self-policing ou governance tools.

Nota-se que o termo Compliance começou a ser utilizado por americanos no âmbito de instituições financeiras a fim de representar a necessidade de regulação das relações comerciais.

Contudo, não podemos resumir Compliance como um mero cumprimento formal de regras, haja vista que o seu alcance é mais

19 RYNDACK, Jaqueline Maria; LIMA, Sandra Mara Maciel de. Uma análise da aplicação do Compliance em clínicas e hospitais de Curitiba. in Anais do Simpósio de Pesquisa e Iniciação Científica do UNICURITIBA. Disponível em: <www.even3.com.br/anais/spic/124254-UMA-ANALISE-DA-APLICACAO-DO-COMPLIANCE-EM-CLINICAS-E-HOSPITAIS-DE-CURITIBA>. Acesso em: 04/09/2019.

amplo e deve ser analisado de modo sistêmico, de forma a entender por Compliance como a integração de

> um sistema complexo e organizado de procedimentos de controle de riscos e prevenção de valores intangíveis que deve ser coerente com a estrutura societária, o compromisso efetivo da sua liderança e a estratégia da empresa, como elemento, cuja adoção resulta na criação de um ambiente de segurança jurídica e confiança indispensável para a boa tomada de decisão.
>
> Esse sistema interno também pode ser chamado de programa de integralidade ou programa de compliance com a finalidade de prevenir, detectar e corrigir atos não condizentes com os princípios e valores da empresa, assim como perante o ordenamento jurídico vigente.[20]

Em outra passagem John Kenneth Galbraith nos apresenta a essencialidade das empresas e a necessidade de regulação através de disposição legal a fim de inibir práticas que prejudiquem a atividade empresarial[21]. Nesse contexto, o Compliance se aplica em todos os tipos de organização, haja vista a necessidade de adoção de condutas éticas e legais, a fim de que empresa obtenha o lucro de modo sustentável, com a prática do desenvolvimento socioambiental e econômico na gerencia de sua atividade[22].

É necessário ressaltar que a aplicação do Compliance não se limita ao estabelecimento de leis ou códigos de condutas internos, mas compreende também a adoção de procedimentos, cursos e treinamentos anticorrupção; além de controles e processos internos, adoção de mecanismos de identificação de desvios de conduta e de monitoramento, da feitura de auditorias internas e externas. Ademais, ele "deve ser incorporado como padrão valorativo e comportamental da empresa, refletindo em atividades de todos os colaboradores, como parte integrante do seu modelo

20 BERTONCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. in CARVALHO, André Castro; BERTONCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (Coords.). Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 40 – 41.

21 GALBRAITH, 2004, p. 72.

22 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. in Revista de Informação Legislativa. Senado Federal. Brasília, ano 52, n. 205, p. 88, jan/mar. 2015. Disponível em: <www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf>. Acesso em: 04/09/2019.

de negócio."[23].

Aos olhos de Wagner Giovanini, um Programa de Compliance deve ser de fácil compreensão e assimilação por parte dos funcionários, de modo a gerar valores que guiem e fundamentem as ações da empresa, das pessoas e das partes relacionadas[24]. Realizamos ressalva quanto buscar ser somente de compreensão e assimilação fácil para os funcionários, vez que entendemos que o Programa de Compliance é voltado para todos os que têm ou que possam ter contato com a empresa. Ademais, um Programa de Compliance deve basear-se em pilares a fim de sustentarem o programa, sendo eles prevenir, detectar e corrigir, adotando como principal pilastra a prevenção[25].

A percepção de compromissos éticos no campo econômico e na vida empresarial tem inclusive penetrado as reflexões das cortes de justiça. Segundo Celso de Mello, v.g., em específica alusão às financeiras e bancos, os respectivos Programas de Compliance "tem por objetivo possibilitar a implementação de rotinas e condutas, ajustadas às diretrizes normativas fundadas nas leis, atos e resoluções emanados do Banco Central, bem assim normas apoiadas nas deliberações emanadas da própria instituição financeira – há um controle externo, mas também há um controle interno – em ordem a viabilizar de modo integrado as boas práticas de governança corporativa e de gestão de riscos"[26].

Registre-se, porém, que o Compliance tem por objetivo precípuo evitar tanto a prática de crimes, como de ilícitos extrapenais, de ordem tributária, trabalhista, consumerista. Forja a imagem da

23 BERTONCCELLI. in CARVALHO; BERTONCCELLI; ALVIM; VENTURINI, 2019, p. 40.

24 GIOVANINI, Wagner. Programas de Compliance e anticorrupção: importância e elementos essenciais. in DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO; Rodrigo Pironti Aguirre (Coords.). Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 55 – 56.

25 GIOVANINI. in DE PAULA, DE CASTRO, loc. cit.

26 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Celso de Mello vota pela condenação de três dirigentes do Banco Rural e absolve Ayanna Tenório. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=217450>. Acesso em: 01/09/2018.

empresa, enquanto agente econômico responsável. A identificação dos ilícitos a serem prevenidos diz com a própria atividade-fim da empresa, bem como os meios recorrentes para cumpri-la. Não há, pois, uma fórmula padrão de programa de cumprimento, eis que requerem certa customização. Nada obstante, lineamentos em plano mais geral são encontrados na legislação brasileira, avultando o Decreto 8.420/2015, cujos arts. 41 e 42 regulam a previsão da adoção de programas de cumprimento normativo como mecânica de atenuação das penas previstas na Lei Anticorrupção, em seu art. 7o, incisos VII e VIII.

A atenção do ambiente econômico brasileiro aos programas de cumprimento resulta da integração nacional no cenário negocial da última globalização, situada no final do século passado. No Brasil, inspirou-se na legislação Americana, devido a abertura comercial crescente no início da década de 1990, durante o Governo Collor, momento em que o país ocupou posição internacional com maior destaque[27].

Nesta etapa inicial, a adoção de programas de cumprimento baseava-se em autorregulação, sem normativa estatal a determiná-la. Porém, atualmente, o cenário jurídico brasileiro possui determinações que, direta ou indiretamente, concitam a adoção de programas de integridade nas empresas. Passamos a um modelo de autorregulação regulada, com eixo nos arts. 7o, Lei 12.846/15 (Lei Anticorrupção) e na Lei 9613/98 (Lavagem de Dinheiro), arts. 9o a 11 (arrolam determinados agentes econômicos como destinatários de deveres de cadastramento de clientes e comunicação de atividades econômicas suspeitas ao COAF). Oriundos de obrigações legais ou derivados da fiscalização e normativização de agências reguladoras, os Programas de Compliance conectam-se a um cenário de intensificação de controles normativos, mediante

27 BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; ARAÚJO, Alexandra Barbosa Campos de. Compliance concorrencial: o controle e o combate às práticas ilícitas do mercado econômico. in Revista Percurso. V. 4, n. 23. Curitiba: 2017, p. 309. Disponível em: <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/viewFile/2741/371371463>. Acesso em: 24/06/2020.

hard law (de que são exemplos as leis penais e quase penais, como a lei anticorrupção, a lei de improbidade administrativa) e soft law (a exemplo de normas exigentes de adoção de programas de cumprimento para que empresas concorram em licitações, ou normas internas de outra empresa, que exijam tais programas por parte de parceiros de negócios).

Percebe-se que Compliance é a adoção de um procedimento por parte das empresas, com fulcro em cumprir mecanismos de controle que previnam os riscos da prática de infrações ligadas às atividades empresariais. Para tanto, entes coletivos criam seus códigos internos de cumprimento normativo – geralmente, com regras que vão além das exigências legais estatais - e implementa-se, com rotinas de controle, o respectivo cumprimento.

Considerações Finais

Definiu-se por Governança Corporativa como uma estrutura de poder, na qual há proteção de direitos do ente coletivo, mas também de todos os envolvidos com o mesmo. Regem-se as respectivas relações, mediante a projeção de sistemas normativos, levados do dever-ser às operações da praxis empresarial.

Percebe-se que Compliance é a adoção de um procedimento por parte das empresas, com fulcro em cumprir mecanismos de controle que previnam os riscos da prática de infrações ligadas às atividades empresariais. Para tanto, entes coletivos criam seus códigos internos de cumprimento normativo – geralmente, com regras que vão além das exigências legais estatais - e implementa-se, com rotinas de controle, o respectivo cumprimento.

Nota-se que efetivação dos direitos fundamentais, por meio da implantação da Governança Corporativa e Compliance, dá-se através da transparência das relações celebradas pela empresa com todos os envolvidos e a adoção de procedimento por parte das empresas que permitam prevenir os riscos da prática de infrações

ligadas às atividades empresariais, a fim de manter a continuidade da atividade e a mesma cumprir sua função social.

Referências

ALMEIDA, Francisco Alberto Severo de; KRUGLIANSKAS, Isak; SANTOS, Silvio Aparecido dos. A governança corporativa em empresa pública e a visão de suas práticas pelos stakeholders. in ALMEIDA, Francisco Alberto Severo de; GASPAR, Marcos Antonio; GUIMARÃES, Antonio Teodoro Ribeiro; SANTOS, Silvio Aparecido dos. Fronteiras da Administração III. Goiânia: Contato Comunicação, 2010.

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BERTONCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. in CARVALHO, André Castro; BERTONCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (Coords.). Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; ARAÚJO, Alexandra Barbosa Campos de. Compliance concorrencial: o controle e o combate às práticas ilícitas do mercado econômico. in Revista Percurso. V. 4, n. 23. Curitiba: 2017, p. 306 - 325. Disponível em: <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/viewFile/2741/371371463>. Acesso em: 24/06/2020.

CORTINA, Adela. Ética de la empresa. Madrid: Trotta, 2005.

DAFT, Richard L. Administração. Trad. Harue Ohara Avritcher. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

GALBRAITH, John Kenneth. A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo. Trad. Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GIOVANINI, Wagner. Programas de Compliance e anticorrupção:

importância e elementos essenciais. in DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO; Rodrigo Pironti Aguirre (Coords.). Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GUARAGNI, Fábio André. Desvios cognitivos e volitivos nas atividades empresarias como fatores criminógenos: aspectos etiológicos e programas de criminal compliance como mecânica de controle. in ARAUJO NETO, Felix; GIACOIA, Gilberto; MAISONNAVE, Germán Alberto Aller. Direito Penal e Constituição II. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/9105o6b2/bk7pbl14/5S426f06iUEW18sA.pdf>. Acesso em: 17/11/2018.

MASSUDA, Adriana; COSTA, Lívia Martins. Governança Corporativa e Responsabilidade Social: um estudo da relação entre tais práticas. in 1º Congresso UFSC de Controladoria e Finanças. Anais. Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 2007. Disponível em: <http://dvl.ccn.ufsc.br/congresso/anais/1CCF/20090728135505.pdf>. Acesso em: 17/11/2018.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. Governança Corporativa na Prática: Integrando Acionistas, Conselho de Administração e Diretoria Executiva na Geração de Resultados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. in Revista de Informação Legislativa. Senado Federal. Brasília, ano 52, n. 205, p. 87 - 105, jan/mar. 2015. Disponível em: <www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf>. Acesso em: 04/09/2019.

RYNDACK, Jaqueline Maria; LIMA, Sandra Mara Maciel de. Uma análise da aplicação do Compliance em clínicas e hospitais de Curitiba. in Anais do Simpósio de Pesquisa e Iniciação Científica do UNICURITIBA. Disponível em: <www.even3.com.br/anais/spic/124254-UMA-ANALISE-DA-APLICACAO-DO-COMPLIANCE-EM-CLINICAS-E-HOSPITAIS-DE-CURITIBA>. Acesso em: 04/09/2019.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. Governança Corporativa no

Brasil e no Mundo: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Celso de Mello vota pela condenação de três dirigentes do Banco Rural e absolve Ayanna Tenório. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=217450>. Acesso em: 01/09/2018.

A intervenção do Estado constante na Constituição Federal Brasileira e a regulação estatal por meio da governança corporativa

State intervention in the Brazilian Federal Constitution and state regulation through corporate governance

Jaqueline Maria Ryndack[1]

Fábio André Guaragni[2]

Sumário: 1. O artigo 170 da Constituição Federal; 1.1 Da Ordem Econômica; 1.2 A intervenção do Estado contida nos artigos 170, 173 e 174 da Constituição Federal; 2. Governança Corporativa e regulação estatal; 2.1 Reflexos Econômicos; 2.2 Reflexos Sociais; Considerações Finais.

Resumo: O presente visa apresentar reflexões sobre a intervenção do Estado constante na Constituição Federal brasileira e a regulação estatal por meio da Governança Corporativa. Por meio do método dedutivo, notamos que o conceito de Ordem Econômica não deve se situar exclusivamente no plano normativo. Quanto a Governança Corporativa, que tem por obrigação e dever contemplar a livre iniciativa como um dos valores da Ordem Econômica e a livre concorrência como um dos seus princípios; quando observada sob o viés da atuação estatal é voltada a sua instigação na perspectiva da sustentabilidade social, econômica e ambiental. Com relação a livre iniciativa deve ser entendida como a liberdade no campo econômico à livre empresa, liberdade de produção e circulação de bens e serviços; já a livre concorrência é tratada como o alcance de uma maior qualidade nos bens e serviços, além de preços mais módicos. Concluímos que uma boa prática e aplicabilidade da Governança Corporativa contribui para o desenvolvimento do país,

1 Advogada. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. E-mail: ryndack.jaqueline@hotmail.com

2 Procurador de Justiça no MP-PR. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR). Professor de Direito Penal Econômico no Mestrado e Doutorado do UNICURITIBA. Professor de Direito Penal: FEMPAR, EMAP, CERS. E-mail: guaragni@mppr.mp.br

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

ao proporcionar uma maior proteção dos direitos de todas as partes que se relacionam com a empresa faz aumentar os investimentos no mercado, notando que os reflexos econômicos e sociais da Intervenção Estatal através do fomento à Governança Corporativa atingem positivamente toda a sociedade.

Palavras-chave: Intervenção do Estado na economia; Ordem Econômica; Livre iniciativa; Livre concorrência; Governança Corporativa.

Abstract: The present aims to present reflections on the State's intervention in the Brazilian Federal Constitution and state regulation through Corporate Governance. Through the deductive method, we note that the concept of Economic Order should not be located exclusively in the normative plan. As for Corporate Governance, which has the obligation and must include free initiative as one of the values of the Economic Order and free competition as one of its principles; when observed under the bias of state action, its instigation is aimed at the perspective of social, economic and environmental sustainability. With regard to free enterprise, it must be understood as freedom in the economic field to free enterprise, freedom of production and circulation of goods and services; free competition, on the other hand, is treated as achieving greater quality in goods and services, in addition to more moderate prices. We conclude that a good practice and applicability of Corporate Governance contributes to the development of the country, by providing greater protection of the rights of all parties that relate to the company, it increases investments in the market, noting that the economic and social reflexes of the Intervention Government through the promotion of Corporate Governance reach the whole society positively.

Keywords: State intervention in the economy; Economic Order; Free initiative; Free competition; Corporate Governance.

1. O artigo 170 da Constituição Federal

A Carta Constitucional preceitua, no artigo 170, regente dos princípios da ordem econômica, que esta objetiva assegurar a todos a existência digna, pelo equilíbrio entre livre iniciativa e

valorização do trabalho. Pauta-se por diversos princípios, valendo transcrever o dispositivo:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> I - soberania nacional;
>
> II - propriedade privada;
>
> III - função social da propriedade;
>
> IV - livre concorrência;
>
> V - defesa do consumidor;
>
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
>
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
>
> VIII - busca do pleno emprego;
>
> IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
>
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.[3]

Segundo Eros Roberto Grau, as ordens "econômica" e "social", constantes na Constituição Federal, evidenciam que o modelo de produção capitalista deve ser associado a certos compromissos sociais[4]. Para viabilizar o atendimento de tais compromissos, a Ordem Econômica precisa ter seus contornos ajustados, de modo buscar defini-la.

3 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17/11/2018.

4 GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 63 – 64.

1.1 Da Ordem Econômica

Conforme Luiz Regis Prado, Tácio Lacerda Gama e Eros Roberto Grau em seus livros, por sua natureza ambígua, o conceito de Ordem Econômica costuma apresentar-se expressamente de modo restrito e amplo. Segundo Gama, podem-se ressaltar duas acepções apontadas na doutrina a fim de definir Ordem Econômica: "uma é a do plano dos fatos sociais, nos quais se processa a atividade econômica; outra é o conjunto de normas jurídicas que regulam essa atividade."[5]. Fica clara a clássica disposição de uma via que se orienta pela ontologia, i.é, apegada ao universo do ser, aos pragmas ou acontecimentos da vida real de caráter econômico. De outro, um viés axiológico, idealista, orientado pelo universo de sentido e valores, típico do horizonte do dever-ser.

Já no campo jurídico-penal, encontra-se dificuldade de apreensão do que vem a ser a Ordem Econômica enquanto meta de proteção penal – i.é, bem jurídico -, haja vista o "acurado tecnicismo terminológico e da relatividade e fluidez conceitual que a envolvem (instabilidade e relatividade de suas normas, em razão de variáveis político-econômicas), o que dá lugar a tipos penais altamente complexos e imprecisos."[6]. A Ordem Econômica varia segundo o tempo e o espaço, a partir da configuração que o tecido social lhe dá[7]. Uma concepção universalizada mostra-se árdua, acaso se pretenda uma definição com alto grau de concretude. Definir Ordem Econômica é necessariamente cair em uma formulação bastante abstrata, é o que se percebe na concepção vogante, que a apresenta como regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços, em sentido amplo[8]. Mais tradicional e algo superado era

5 GAMA, Tácio Lacerda. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. São Paulo: Quartier Latin: 2003, p. 234.

6 PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 4. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

7 CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. El derecho penal de la empresa desde una visión garantista. Montevideo/Buenos Aires: BdF, 2005, p. 95.

8 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económino y de la Empresa. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 96.

defini-la como intervenção do estado na economia, organização, desenvolvimento e conservação dos bens econômicos e serviços – ordem econômica em sentido estrito (nesta linha, v.g., PRADO[9]).

No âmbito do direito econômico e constitucional, Vital Moreira e Eros Roberto Grau apontam distintos sentidos para Ordem Econômica. O primeiro é associado a um "conceito de fato": associa-se a uma economia concreta e caracteriza-se pela relação entre os fatores materiais e econômicos, ou seja, "exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato"[10]. Aqui, a ontologia se revela como via adotada.

Outro sentido corresponde ao conjunto concernente a todas as normas ou regras de conduta dos agentes econômicos. Volta-se à regulação dos variados âmbitos da vida econômica[11] e recorda o olhar usualmente lançado pelo Direito Tributário, que entende a Ordem Econômica como conjunto de normas que são dirigidas a fim de regularizar as atividades desenvolvidas no domínio econômico[12].

Em balanço, há de se encampar a ideia de que o conceito de Ordem Econômica não deve se situar exclusivamente no plano normativo, sob pena de não passar de idealização inútil à vida concreta e incapaz, et pour cause, de efetivamente interferir nos fluxos negociais de todo gênero. O impacto na vida como praxis há de ser medido, para contínua correção dos fins normativos e aproximação do direito com o cotidiano. É possível descortinar atuações de Estado voltadas a instigar, fomentar a Governança Corporativa, na perspectiva da sustentabilidade social, econômica e ambiental. Lado outro, a estrutura de Estado eventualmente atua sancionando a omissão de uma adequada governança, no ambiente empresarial.

9 PRADO, op. cit., p. 39.
10 GRAU, 2010, p. 64-65.
11 GRAU, 2010, p. 65.
12 GAMA, 2003, p. 234.

1.2 A intervenção do Estado contida nos artigos 170, 173 e 174 da Constituição Federal

Em que pese o caput do artigo 170 da Constituição Federal primar pela livre iniciativa, é dever e papel do Estado intervir na economia, acaso se pretenda justiça social, com a liberdade de empreendimento adequadamente equilibrada com a valorização do trabalho. Esta intervenção, portanto, não se dá somente em situações excepcionais. Em outras palavras, a Constituição Federal consagra a obrigação do Estado em sempre intervir nos casos em que a liberdade de iniciativa estiver sendo exercida em desconformidade com os anseios sociais ou em prejuízo da sociedade.

Pode-se distinguir essa intervenção em duas: direta e indireta. A intervenção direta está consagrada no artigo 173 da Constituição Federal. O dispositivo classifica as hipóteses de atuação estatal, dividindo-as em exploração direta de atividade econômica, passando ele próprio a prestar serviços ou produzir bens, ou fazê-lo através de sociedades de economia mista ou empresas públicas. Observe-se, porém, o art. 170 da Constituição Federal acerca da intervenção estatal econômica direta. O Estado só poderá atuar sob este viés nos casos em que se observe relevante interesse coletivo ou quando necessária aos imperativos da segurança nacional. A atuação do Estado na economia, por sua atuação direta na exploração da atividade econômica ou pela possível monopolização de alguma área econômica, visa somente racionalizar e organizar a vida econômica e social[13].

Necessita-se observar, que sem a intervenção do Estado o sistema econômico não operaria corretamente, além de apontar a técnica invulgar do texto constitucional em sua redação[14]. Não obstante a possibilidade de intervenção econômica direta, a mesma se trata de atuação estatal de exceção. A ordem econômica

13 PRADO, 2011, p. 42.

14 MARTINS, Ricardo Marcondes. Regulação administrativa à luz da Constituição Federal. São Paulo: Malheiros, 2011.

constitucional prevê, como regra, a livre iniciativa, como expressão de liberdade enquanto direito fundamental de primeira dimensão, voltada ao empreendimento negocial, viabilizando o modelo de produção de corte capitalista. Atua como instrumento para a concretização dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e dos objetivos basilares da República Federativa do Brasil. Nesta linha, a Ordem Econômica casa a valorização do indivíduo, com a realização dos interesses sociais, conforme os artigos 1º e 3º da Constituição Federal[15].

A modalidade de intervenção estatal indireta, a sua vez instituída no artigo 174 da Carta Magna, através do exercício da fiscalização, incentivo e planejamento, apresenta o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Em outras palavras, ao Estado é atribuído o papel de proporcionar a realização e efetivação da política econômica, como agente equidistante às relações econômicas[16].

A breve exploração dos contornos constitucionais da ordem econômica permite concluir, parcialmente, o seguinte: as hipóteses em que o aparelho estatal insta os agentes privados à adoção de quadros sinérgicos de Governança Corporativa, aos moldes acima traçados, reverberam a legítima expressão do quadro de possibilidades interventivas estampado no art. 174 da Constituição Federal. É dado ao Estado fazê-lo, sem que se o acuse de um intervencionismo indevido.

15 BORGES, Alexandre Walmott; CÔRREA, Andrey Lucas Macedo; PINHÃO, Karina Almeida Guimarães; HENRIQUE JÚNIOR, Moacir. A violação à Ordem Econômica na Constituição de 1988 e à Lei Antitruste no exercício disfuncional da ação na defesa da propriedade intelectual. in Revista Jurídica. V. 02, n. 47. Curitiba: 2017, p. 350. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2038/1317>. Acesso em: 17/11/2018.

16 SANTOS JUNIOR, Althair Ferreira dos. Intervenção estatal sobre o domínio econômico: fiscalização, incentivo e planejamento. in Revista de Direito Público. V. 3, n. 3. Londrina: 2008, p. 256 – 257. Disponível em: <www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10975/9655>. Acesso em: 17/11/2018.

2. Governança Corporativa e regulação estatal

Da análise das possibilidades de Intervenção Estatal constantes na Constituição Federal, ressalta-se que a regra é o limite negativo, a abstenção, que coroa como contraparte a liberdade empreendedora individual. Sem embargo, legitima-se – inclusive como limite positivo de atuação – a intervenção nos casos em que seja necessário coibir abusos. Ainda, a Intervenção do Estado na Ordem Econômica e Social é justificada quando busca efetivar os interesses da justiça social e priorizar os valores do trabalho humano em detrimento dos demais valores da economia de mercado[17].

No tocante à Governança Corporativa, o estado brasileiro a instiga ao traçar grandes linhas para a adoção de programas de Compliance, através do Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), voltada à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Nos artigos 41 e 42 do referido Decreto há a regulamentação da previsão da adoção de programas de Compliance como mecânica de atenuação das penas previstas na Lei Anticorrupção, notadamente constantes no art. 7o, incisos VII e VIII da Constituição Federal. Nesta hipótese, a instância estatal de adoção de programas de Compliance assume caráter premial ou de recompensa[18].

Nota-se a interferência estatal na Governança Corporativa, em claros moldes de autorregulação regulada, a partir de dispositivos da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro). Seus artigos 9o, 10º e 11 disciplinam deveres de cadastramento de clientes e obrigações de comunicação das atividades econômicas consideradas suspeitas ao COAF.

17 GRAU, 2010, p. 190 – 191.

18 FELDENS, Luciano; DIETTRICH, Eduardo Dalla Rosa. A privatização da função investigatória nos delitos empresariais. in FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre. Direito Penal econômico e empresarial: Estudos dos grupos de pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 47.

Ressalta-se que a adoção, no âmbito dos entes coletivos privados, de programas de cumprimento de normas, deriva do próprio esgotamento da capacidade gerencial e regulamentar do Estado em relação ao controle de riscos[19]. Este esgotamento levou ao fenômeno da democratização da própria gestão de riscos, o que implicou em deslocá-la do Estado para particulares, para além de fatores etiológicos como a economia estatal de recursos ou a pura complexidade dos entes coletivos[20], daí ser deslocada para os próprios agentes econômicos que os produzem. Neste contexto é que operam modelos de autorregulação pura ou autorregulação regulada, aqueles de pura iniciativa dos agentes privados, ao passo em que estes são instigados pelo Estado, em ambiente regulatório amplo (como o citado Decreto 12.850), e minuciados em autorregulação ulterior.

2.1 Reflexos Econômicos

A Governança Corporativa tem a obrigação e o dever de contemplar a livre iniciativa, como um dos valores da ordem econômica, e a livre concorrência, como um dos seus princípios. Nesse sentido, a livre iniciativa há de ser entendida como a liberdade no campo econômico à livre empresa, liberdade de produção e circulação de bens e serviços, como expressão da economia de mercado. Já a livre concorrência, como o alcance de uma maior qualidade nos bens e serviços, além de preços mais módicos, uma vez que permite a competição dos agentes econômicos e a liberdade de escolha dos consumidores.

A partir do pilar do disclosure, afeto à Governança Corporativa, há a transparência das relações entre os agentes econômicos que interagem com a empresa, seja estatal ou privada. Tal valor proporciona a verificação da sanidade financeira da empresa e

19 BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo mundial. Madrid: Paidós, 2008, p. 25.
20 FELDENS, DIETTRICH, in FELDENS, ESTELLITA, WUNDERLICH, op. cit., p. 48.

a possibilidade do investimento de recursos em seu benefício. A aplicação da Governança Corporativa, em especial sob o valor disclosure, permite que a transparência acarrete parceria ou abertura para as atividades fiscais estatais e setoriais, elevando o grau de confiabilidade dos acionistas nacionais e internacionais, além da população em geral à empresa.

O valor fairness, com a sua correspondência ao senso de justiça, além de atribuir tratamento equânime aos acionistas, pela perspectiva da sustentabilidade econômico-social, faz com que esse tratamento justo seja estendido ao público interno e externo, composto por funcionários, consumidores, fornecedores, credores, parceiros de negócios e até mesmo aos concorrentes.

Com a aplicabilidade da Governança Corporativa, cria-se dificuldade para que ocorra a concorrência desleal e aquela perpetrada com abuso de poder no Domínio Econômico. O valor accountability atribui veracidade na prestação de contas da sociedade empresarial, vez que a mesma é realizada por meio de práticas de contabilidade e auditoria consistentes.

2.2 Reflexos Sociais

De acordo com o artigo 6º da Constituição Federal, os direitos sociais correspondem a educação, alimentação, saúde, trabalho, moradia, lazer, previdência social, segurança, assistência aos desamparados, proteção a maternidade e a infância[21]. Conforme ressalva de Gilmar Ferreira Mendes, além da previsão expressa de direitos fundamentais sociais, a Constituição Federal não realiza distinção entre os direitos sociais constantes no "Capítulo II – Dos Direitos Sociais" e os observáveis no "Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", vez que a Constituição "não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como também

21 BRASIL. Acesso em: 17/11/2018.

não faz distinção entre os direitos previstos no Capítulo I do Título II e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88)[22].

A intervenção do Estado por meio da Governança Corporativa tem alterado substancialmente o foco das organizações e empresas. A busca pela postura ética e o comprometimento da empresa com seus acionistas, com a comunidade onde atua, com a sociedade como um todo e com o meio ambiente, vêm sendo apresentados como o grande diferencial das empresas e o novo objetivo da mesma (sem prejuízo, evidentemente, da busca do lucro e da qualidade dos bens e serviços oferecidos)[23].

Os reflexos sociais da intervenção do Estado na economia, através dos mecanismos pelos quais fomenta a Governança Corporativa, reforçam a responsabilidade social do ente coletivo privado. Há simbiose entre os dois aspectos. A empresa deve considerar e buscar corresponder aos anseios não só dos sócios, mas dos investidores, colaboradores, fornecedores, consumidores, instâncias governamentais e entidades do terceiro setor.

O conceito de responsabilidade social corporativa está intimamente ligado à Governança Corporativa, a partir de uma razão simples: uma depende da outra[24]. Para ser responsável socialmente, a empresa é obrigada a praticar a Governança em sua essência e adotar padrões éticos. A empresa deve levar em consideração os anseios dos investidores, colaboradores,

22 MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Sociais. in MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 640.

23 MASSUDA, Adriana; COSTA, Lívia Martins. Governança Corporativa e Responsabilidade Social: um estudo da relação entre tais práticas. in 1º Congresso UFSC de Controladoria e Finanças. Anais. Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina. 2007. Disponível em: <http://dvl.ccn.ufsc.br/congresso/anais/1CCF/20090728135505.pdf. Acesso em: 17/11/2018.

24 PEREIRA, Antonio N.; VILASCHI, Augusto. Governança Corporativa e Contabilidade: Explorando Noções e Conexões. in 4º Simpósio FUCAPE de Produção Científica. Anais.Vitória: FUCAPE Business School, 2006. Disponível em: <www.fucape.br/simposio/4/artigos/antoniol.pdf>. Acesso em: 17/11/2018.

fornecedores, consumidores, credores, instâncias governamentais e entidades do terceiro setor.[25].

Percebe-se que os reflexos sociais da Intervenção Estatal por meio do fomento à Governança Corporativa, através de diversos âmbitos, atingem positivamente toda a sociedade.

Considerações Finais

Ao buscar definir o conceito de Ordem Econômica, notamos que a ideia não pode se situar exclusivamente no plano normativo, sob pena de não passar de idealização inútil à vida concreta e incapaz, não sem motivo de efetivamente interferir nos fluxos negociais de todo gênero. O sentido amplo de Ordem Econômica como regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços não implica no desconhecimento de que há, em maior ou menor medida, intervenções do aparelho de Estado nas trocas econômicas. É possível descortinar atuações de Estado voltadas a instigar e fomentar a Governança Corporativa, na perspectiva da sustentabilidade social, econômica e ambiental. Lado outro, a estrutura de Estado eventualmente atua sancionando a omissão de uma adequada governança, no ambiente empresarial.

No âmbito dos entes coletivos privados a adoção de programas de cumprimento de normas deriva do esgotamento da capacidade gerencial e regulamentar do Estado em relação ao controle de riscos. Este esgotamento levou ao fenômeno da democratização da própria gestão de riscos, o que implicou em deslocá-la do Estado para particulares, para além de fatores etiológicos como a economia estatal de recursos ou a pura complexidade dos entes coletivos. Neste contexto é que operam modelos de autorregulação pura ou autorregulação regulada, aqueles de pura iniciativa dos agentes

25 SANTOS, Roseli Rêgo. A importância da Governança Corporativa para a preservação da atividade empresarial no regime jurídico de recuperação de empresas. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f3e52c300b822a81>. Acesso em: 17/11/2018.

privados, ao passo em que estes são instigados pelo Estado, em ambiente regulatório amplo e minuciados em autorregulação ulterior.

Com relação à Governança Corporativa, concluímos que a mesma tem a obrigação e o dever de contemplar a livre iniciativa, como um dos valores da ordem econômica, e a livre concorrência, como um dos seus princípios. Definimos a livre iniciativa como a liberdade no campo econômico à livre empresa, liberdade de produção e circulação de bens e serviços, como expressão da economia de mercado. Já a livre concorrência, entendemos como o alcance de uma maior qualidade nos bens e serviços, além de preços mais módicos, uma vez que permite a competição dos agentes econômicos e a liberdade de escolha dos consumidores. Uma boa prática e aplicabilidade da Governança Corporativa contribui para o desenvolvimento do país, uma vez que uma maior proteção dos direitos de todas as partes que se relacionam com a empresa faz aumentar os investimentos no mercado.

Desse modo, percebe-se que os reflexos sociais da Intervenção Estatal por meio do fomento à Governança Corporativa, através de diversos âmbitos, atingem positivamente toda a sociedade, de modo a efetivar os direitos fundamentais.

Referências

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo mundial. Madrid: Paidós, 2008.

BORGES, Alexandre Walmott; CÔRREA, Andrey Lucas Macedo; PINHÃO, Karina Almeida Guimarães; HENRIQUE JÚNIOR, Moacir. A violação à Ordem Econômica na Constituição de 1988 e à Lei Antitruste no exercício disfuncional da ação na defesa da propriedade intelectual. in Revista Jurídica. V. 02, n. 47. Curitiba: 2017, p. 350. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2038/1317>. Acesso em: 17/11/2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17/11/2018.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. El derecho penal de la empresa desde una visión garantista. Montevideo/Buenos Aires: BdF, 2005.

FELDENS, Luciano; DIETTRICH, Eduardo Dalla Rosa. A privatização da função investigatória nos delitos empresariais. in FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre. Direito Penal econômico e empresarial: Estudos dos grupos de pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GAMA, Tácio Lacerda. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. São Paulo: Quartier Latin: 2003.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económino y de la Empresa. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Regulação administrativa à luz da Constituição Federal. São Paulo: Malheiros, 2011.

MASSUDA, Adriana; COSTA, Lívia Martins. Governança Corporativa e Responsabilidade Social: um estudo da relação entre tais práticas. in 1º Congresso UFSC de Controladoria e Finanças. Anais. Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina. 2007. Disponível em: <http://dvl.ccn.ufsc.br/congresso/anais/1CCF/20090728135505.pdf. Acesso em: 17/11/2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Sociais. in MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Antonio N.; VILASCHI, Augusto. Governança Corporativa e Contabilidade: Explorando Noções e Conexões. in 4º Simpósio FUCAPE de Produção Científica. Anais.Vitória: FUCAPE Business

School, 2006. Disponível em: <www.fucape.br/simposio/4/artigos/antoniol.pdf>. Acesso em: 17/11/2018.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 4. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REZENDE, Tiago Antunes; BENACCHIO, Marcelo. Desafios do programa compliance social de caráter trabalhista da empresa JBS S.A. in FARIA, Edimur Ferreira de; KFOURI NETO, Miguel. Intervenção Estatal, Governança Corporativa e Compliance no Combate à Corrupção. Disponível em: <www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/1m82505v/b8uKWI79UWOigz2Y.pdf>. Acesso em: 17/11/2018.

SANTOS, Roseli Rêgo. A importância da Governança Corporativa para a preservação da atividade empresarial no regime jurídico de recuperação de empresas. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f3e52c300b822a81>. Acesso em: 17/11/2018.

SANTOS JUNIOR, Althair Ferreira dos. Intervenção estatal sobre o domínio econômico: fiscalização, incentivo e planejamento. in Revista de Direito Público. V. 3, n. 3. Londrina: 2008, p. 256 – 257. Disponível em: <www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10975/9655>. Acesso em: 17/11/2018.

A (in) compatibilidade das leis de proteção de dados pessoais e a tecnologia blockchain: reflexões iniciais sobre a responsabilidade civil de controlador

The (in)applicability of personal data protection law and the blockchain technology: initial reflections on the civil liability of the controller

Beatriz Gontiijo de Brito[1]

Aline França Campos[2]

Sumário: 1. A classe de tecnologia do blockchain; 2. A (in) compatilidade da tecnologia blockchain em face à General Data Protection Regulation (GDPR) e à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira: delimitação da responsabilidade civil de controladores com atuação conjunta; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar reflexões iniciais sobre os impactos da legislação protetiva de dados pessoais, notadamente da UE General Data Protection Regulation e da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira - Lei n. 13.709, de 2018, em relação à tecnologia blockchain. Sabe-se que a crescente regulação estatal sobre a proteção de dados pessoais foi idealizada para sistemas tecnológicos centralizados e, por isso, questionamentos surgiram sobre a sua (in)aplicabilidade às estruturas descentralizadas, como as instituídas pela tecnologia blockchain. Sabe-se que o uso dessa classe de tecnologia é possível

1 Mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora na Faculdade de Direito Milton Campos (MG). Pesquisadora do Centro Universitário de Brasília. Pesquisadora da Faculdade de Direito Milton Campos (MG). Advogada. Email: beagbrito@gmail.com

2 Pós-doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutora, Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional da UFPR – Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico. Professora Adjunta da Faculdade de Direito Milton Campos (MG). Advogada. Email: alinefc3@yahoo.com.br

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

em vários domínios. A investigação voltou-se para a identificação de contornos do conceito legal de controlador, que atua de forma conjunta na rede blockchain com outros controladores, com graus e com qualificações diferenciadas. A questão jurídica voltou-se para os limites da responsabilidade civil de cada controlador. Nada obstante as previsões de responsabilidade civil do controlador de dados pessoais nas mencionadas legislações, ainda pairam muitas dúvidas sobre a temática, notadamente quando se está diante de controle realizado por várias pessoas de forma distribuída. Nesse sentido, concluiu-se por uma necessária análise casuística que respeite todas as peculiaridades de cada estrutura analisada e as reais possibilidades de cumprimento das obrigações legais pelo controlador.

Palavras-chave: Tecnologia do blockchain; UE General Data Protection Regulation e Lei Geral de Proteção de Dados brasileira; Leis de proteção de dados pessoais; Responsabilidade civil do controlador.

Abstract: This paper aims at presenting initial reflections, in the light of the blockchain technology, on the impacts of personal data protection legislation; notably the EU General Data Protection Regulation and the Brazilian General Data Protection Act - Law No. 13.709 of 2018.The growing state regulation on personal data protection was designed for centralized technological systems. This fact has raised questions about the (in)applicability of regulation to decentralized structures, such as those introduced by blockchain, a technology with applicability in several domains. The investigation focuses on identifying the contours of the legal concept of controller, which acts jointly in the blockchain network with other controllers, with different degrees and qualifications. The legal issue focuses on the limits of the civil liability of each controller. Despite the personal data controller's civil liability provisions in the mentioned legislation, there are still many doubts on the subject, especially when several people exercise control in a distributed manner. The conclusion was for the necessity of a case-by-case analysis that respects all the peculiarities of each analyzed structure and the real possibilities of compliance with legal obligations by the controller.

Key words: Blockchain; EU General Data Protection Regulation and Brazilian General Data Protection Act; personal data protection laws; Controller's civil liability.

1. A classe de tecnologia do blockchain

A internet, associada ao uso de tecnologia disruptiva, introduziu uma nova realidade sócio-econômica pautada em ampla liberdade contratual e no livre exercício da autonomia privada. Os formatos de governança e de poder centralizado são percebidos, na contemporaneidade, com certo desgaste e desconfiança pela sociedade civil global. Nesse contexto, a tecnologia do blockchain[3] foi recepcionada como uma nova era da economia de dados, acompanhada de expectativas de potenciais usos no mercado digital, mas também de incertezas e de reflexões nos âmbitos mercadológico e regulatório[4].

Nesse sentido, a tecnologia do blockchain, quando do seu surgimento no meio digital[5], atraiu a atenção de vários segmentos da sociedade sedentos por transformação. Um de seus maiores atributos foi a inauguração de uma rede descentralizada e de livre acesso, capaz de assegurar maior autonomia a todos que assim se propuseram a experimentá-la. É o nascimento de uma estrutura, nas palavras de Tatiana Revor e Rodrigo Borges «cujo DNA possui redes peer-to-peer (ponto-a-ponto), criptografia e consenso

3 Sobre a definição de tecnologia blockchain sugere-se a leitura de SILVA, Breno Fraga Miranda. Blockchain e grupos societários: uma análise antitruste. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Orgs.). Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Editora Singular, 2019, p. 127.

4 Cfr. Parlamento Europeu. Blockchain and General Data Protection: can distributed ledgers be squared with European data protection law? European Parliamentary Research Service. Study. Panel for the future of science and tecnhnology. Scientific Foresight Unit (STOA) PE 634.445- July 2019. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf. Acesso em: 23. Dezembro. 2020.

5 Nas palavras de Marco Iansit e Lakhani R. Karin: «Blockchain—a peer-to-peer network that sits on top of the internet—was introduced in October 2008 as part of a proposal for bitcoin, a virtual currency system that eschewed a central authority for issuing currency, transferring ownership, and confirming transactions. Bitcoin is the first application of blockchain technology». (IANSIT, Marco; KARIN, R. Lakhani. The truth about blockchain. In: Harvard Business Review, january-february, 2017. Disponível em: https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain. Acesso em: 18. Dezembro. 2020).

distribuído»[6]. Ressalta-se que não se trata de uma tecnologia, mas de uma classe de tecnologia de razão distribuída- DLT1[7] e que pode ser utilizada para inúmeras finalidades, a depender de sua configuração técnica e funcional.

A classe de tecnologia blockchain é usualmente identificada em dois sistemas. O sistema público é executado na rede pública e é aberto a todos que quiserem dele participar. O sistema privado, por sua vez, é executado em rede privada, em regra com um propósito específico e que tem um gatekeeper que controla a entrada de pessoas. A distinção está na liberdade de entrada e no conhecimento dos dados do banco pelo gatekeeper. Classifica-se, ainda, o sistema de blockchain como permissionário e não permissionário. Nas palavras de Tatiana Revoredo e Rodrigo Borges: «Nos blockchains permissionários são entidades pré-selecionadas que conduzem o processo de consenso. Já nos blockchains não permissionários, qualquer pessoa pode participar do processo de consenso»[8].

O armazenamento e o tratamento de dados, por meio dessa tecnologia, são feitos por uma cadeia de blocos que contém,

6 REVOREDO, Tatiana; BORGES, Rodrigo. Blockchains e as leis de proteção de dados: incompatíveis? Disponível em: https://www.blockmaster.com.br/artigos/blockchains-e-as-leis-de-protecao-de-dados-incompativeis/. Acesso em: 18. dezembro.2020.

7 Nesse sentido, palavras proferidas no painel sobre o futuro de ciência e da tecnologia do Parlamento Europeu: «Any overview of blockchain technology must commence with the observation that there is not one 'blockchain technology'.Rather, blockchains (or Distributed Ledger Technology – 'DLT') are better seen as a class of technologies operating on a spectrum that present different technical and governance structures. This is of pivotal importance as these divergent characteristics ought to be taken into account when determining the compliance of a specific use case with the GDPR. As a consequence, the compliance of a specific use case of the technology and the law must ultimately be determined on a case-by-case basis». (Parlamento Europeu. Blockchain and General Data Protection: can distributed ledgers be squared with European data protection law? European Parliamentary Research Service. Study. Panel for the future of science and technology. Scientific Foresight Unit (STOA) PE 634.445- July 2019. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf. Acesso em: 23. Dezembro. 2020).

8 REVOREDO, Tatiana; BORGES, Rodrigo. Blockchains e as leis de proteção de dados: incompatíveis? Disponível em: https://www.blockmaster.com.br/artigos/blockchains-e-as-leis-de-protecao-de-dados-incompativeis/. Acesso em: 18. dezembro.2020.

de forma cronológica e permanente, todas as transações feitas, conectadas por meio de um software aberto aos usuários.[9]. «In essence, a blockchain is a shared and synchronised digital database that is maintained by a consensus algorithm and stored on multiple nodes (computers that store a local version of the database)[10]». É banco de dados digital que coleta e armazena dados de forma descentralizada e distribuida.

Sobre o processamento e a validação das transações, Klaus Schwab ressalta que «o blockchain descrito como um «livro-razão distribuído» é um protocolo seguro no qual uma rede de computadores verifica de forma coletiva uma transação antes de registrá-la e aprová-la».[11] O registro é projetado para ser imutável, já que, por meio de consenso, deve-se concordar com o estado em que se encontra o «livro-razão distribuído», o que gera transparência e redução de custos de transação[12]. O seu controle é feito por todos os usuários, dispensando-se terceiros intermediários.[13] Cada transação é feita entre os usuários peer to peer que têm acesso ao banco de dados, desde a primeira transação, por meio do «livro-razão», que pode ser para uso por tempo determinado ou

9 Cfr. LILLA, Paulo Eduardo. Tecnologia blockchain e as leis de proteção de dados pessoais: é possível conciliar? In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Orgs.). Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Editora Singular, 2019, p. 60.

10 Parlamento Europeu. Blockchain and General Data Protection: can distributed ledgers be squared with European data protection law? European Parliamentary Research Service. Study. Panel for the future of science and technology. Scientific Foresight Unit (STOA) PE 634.445- July 2019. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf. Acesso em: 23. Dezembro. 2020.

11 SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 27.

12 «[...] custos de transação consistem naquilo que se precisa pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual». (PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em direito e economia. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, n. 14, abril/junho, 2006, p. 61). Cfr. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 75.

13 Cfr. IANSIT, Marco; KARIN, R. Lakhani. The truth about blockchain. In: Harvard Business Review, january-february, 2017. Disponível em: https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain. Acesso em: 18. Dezembro. 2020.

indeterminado.

Nada obstante às expectativas de se inaugurar uma nova era de armazenamento e de tratamento de dados por meio da tecnologia do blockchain, essa estrutura tecnológica não foi vislumbrada como uma realidade próxima, quando da edição de legislações de proteção de dados pessoais, notadamente, da UE General Data Protection Regulation, de 2018, e da Lei Geral de Proteção de dados do Brasil, Lei n. 13.709, de 2018, idealizadas para sistemas tecnológicos centralizados. Nesse sentido, indaga-se sobre os impactos dessas normas protetivas de dados pessoais sobre as redes que utilizam a tecnologia do blockchain, especificamente no que se refere à responsabilização civil de controladores que atuam de forma conjunta.

2. A (in)compatilibidade da tecnologia blockchain em face à General Data Protection Regulation (GDPR) e à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira: delimitação da responsabilidade de controladores com atuação conjunta

Nos termos do artigo 1. , n. 2. [14] da UE General Data Protection Regulation (GDPR) e do artigo 1. [15] da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), é objetivo a proteção do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, no que se refere ao tratamento e à livre circulação. Consideram-se dados pessoais a «informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados)»[16]. O direito à proteção de dados contempla não somente a privacidade, mas todas as situações existenciais que

14 Artigo 1., n. 2. «O presente regulamento defende os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados pessoais».

15 Artigo 1. :« Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural».

16 Artigo 5. da LGPD: «I- dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural indelicada ou identificável».

são afetadas pelo tratamento das informações pessoais[17].

Associado a esse objetivo, a regulação tem por fim promover a confiança necessária para o desenvolvimento especialmente do mercado digital, eliminando-se obstáculos para o fluxo de dados necessários à consecução desse fim.[18]

A primeira premissa quanto à aplicabilidade das referidas legislações às estruturas de tecnologia blockchain é saber se os dados coletados, armazenados e tratados por meio dela são de natureza pessoal, ou seja, se estão atrelados a uma pessoa identificada ou identificável[19]. Nos termos do considerando 26 da GDPR, «para determinar se há uma probabilidade razoável de os meios serem utilizados para identificar a pessoa singular, importa considerar todos os fatores objetivos, como os custos e o tempo necessário para a identificação, tendo em conta a tecnologia disponível à data do tratamento dos dados e a evolução tecnológica».

Destaca-se, no presente artigo, a análise do ajuste da aplicação da GDPR e da LGPD às tecnologias blockchain em relação à imputação de responsabilidade de controladores de

17 Eis as palavras de Ana Frazão: «Os problemas que decorrem da exploração dos dados pessoais são muito mais extensos do que a mera violação da privacidade, especialmente se tal direito for compreendido sob a sua acepção clássica, ou seja, no sentido de intimidade e do direito de ser deixado só. Além da privacidade, há vários outros desdobramentos da personalidade que são colocados em risco pela economia movida a dados, como a própria individualidade e a autonomia.» FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (cords). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 98.

18 Cfr. Considerando n. 7. da GDPR. Nesse sentido, artigo 2. ,V da LGPD: «A disciplina da proteção de dados pessoas tem como fundamentos: V- o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação».

19 Sabe-se que a linha divisória entre os dados anônimos e os dados pessoais é muito tênue. Sobre os possíveis cenários de anonimização e pseudonimização de dados, sugere-se estudo do Parlamento Europeu. Cfr. Parlamento Europeu. Blockchain and General Data Protection: can distributed ledgers be squared with European data protection law? European Parliamentary Research Service. Study. Panel for the future of science and tecnhnology. Scientific Foresight Unit (STOA) PE 634.445- July 2019. Disponível em: . Acesso em: 23. Dezembro. 2020. Cfr. ainda UNIÃO EUROPEIA. Parecer 05/2014 sobre técnicas de anonimização, adotado em 10 de abril de 2014 (WP 2016). Disponível em: https://www.gpdp.gov.mo/uploadfile/2016/0831/20160831045040634.pdf. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

dados pessoais, ou seja, vinculados a uma pessoa, que atuam de forma conjunta. Ressalta-se a importância da delimitação nos vários domínios susceptíveis ao uso dessa tecnologia, com o controle feito por vários atores. Por outro lado, a pessoa do controlador é central nas regulações, já que é a quem- mas não somente- os usuários podem se reportar para fins de reparação de dano decorrente de violação de seu direito fundamental de proteção de dados.

Nesse sentido, é relevante a identificação de controlador, especialmente no que se refere à imputação de sua responsabilidade civil pela violação das disposições legais. E no caso de tecnologia blockchain, ressalta-se a importância da identificação de controladores que atuam conjuntamente. Nos termos do artigo 4., n. 7., da RGPD, o controlador é «a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios desse tratamento sejam determinados pelo direito da União ou de um Estado-Membro, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro». Na mesma linha, nos termos do artigo 5., VI, da LGPD, controlador é «a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais».

A partir desses conceitos legais, nota-se que a identificação de controlador ou controladores está diretamente vinculada aos meios de tratamento de dados e à sua finalidade. Nota-se que a legislação da União Européia, diferentemente da brasileira, prevê expressamente a possiblidade de controle de forma conjunta o que se aproxima mais da realidade da tecnologia blockchain.

A identificação de controladores, que atuam de forma conjunta, nos sistemas privados que utilizam essa classe de tecnologia pode se tornar um pouco mais facilitada diante do controle de entrada

de pessoas pelo gatekeeper. O mesmo não ocorre no sistema executado em rede pública, que independente de permissão de entrada. Nesse último, deve-se, primeiramente, indagar se as chaves públicas utilizadas no sistema podem ser identificadas como dados pessoais. Sabe-se que a entrada se dá sem autorização e para cada transação há uma chave pública criptografada, além da chave privada. Mas se, por exemplo, a chave pública, atribuída a um usuário não identificado, associar-se a outros elementos de identificação, passa-se a ser considerada como dado pessoal, susceptível de proteção legal[20], já que se torna dado pseudônimo, nos termos do artigo 4., n. 5., da GDPR[21].

Identificada a chave pública como dado pessoal, identifica-se os controladores do dado, de forma a apurar responsabilidades, no âmbito civil. Nos termos do artigo 26, n. 1., da RGPD, «Quando dois ou mais responsáveis pelo tratamento determinem conjuntamente as finalidades e os meios desse tratamento, ambos são responsáveis conjuntos pelo tratamento. Estes determinam, por acordo entre si e de modo transparente as respetivas responsabilidades pelo cumprimento do presente regulamento, nomeadamente no que diz respeito ao exercício dos direitos do titular dos dados e aos respetivos deveres de fornecer as informações referidas nos artigos 13. e 14., a menos e na medida em que as suas responsabilidades respetivas sejam determinadas pelo direito da União ou do Estado-Membro a que se estejam sujeitos. O acordo pode designar um ponto de contacto para os titulares dos dados». Já a LGPD, em seu artigo 42, parágrafo 1. , II, estipula que «os controladores que estiverem envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao

20 Cfr. Parlamento Europeu. Blockchain and General Data Protection: can distributed ledgers be squared with European data protection law? European Parliamentary Research Service. Study. Panel for the future of science and tecnhnology. Scientific Foresight Unit (STOA) PE 634.445- July 2019. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf. Acesso em: 23. Dezembro. 2020.

21 Cfr. LILLA, Paulo Eduardo. Tecnologia blockchain e as leis de proteção de dados pessoais: é possível conciliar? In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Orgs.).Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Editora Singular, 2019, p. 71.

titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previsto no art. 43 da Lei». A ressalva do artigo 43 da LGPD refere-se à ausência do nexo de causalidades entre o dano e a conduta do controlador.

Nota-se que a legislação comunitária menciona explicitamente a responsabilidade conjunta pelo tratamento de dados pessoais por parte do controlador e a possibilidade de celebração de acordo sobre essa responsabilidade. Quanto ao exercício do direito de reparação de dano por parte do usuário, o artigo 26, n. 3. , da RGPD, estipula que, independentemente dos termos do acordo, ele pode exercer o seu direito em face de todos os responsáveis pelo controle. Na mesma linha, na LGPD há previsão de responsabilidade solidária entre os controladores. No caso de dano causado à pessoa titular de dados, a ela faculta-se pleitear a reparação perante quaisquer dos controladores, à sua escolha.

Nada obstante os termos legais, à luz do atual entendimento jurisprudencial comunitário[22], não há consenso, no âmbito da tecnologia blockchain, sobre os contornos do conceito legal de controladores. Isso porque se está diante de uma atuação de controle com significativas variáveis. A depender da autonomia do controlador, indaga-se sobre a possibilidade efetiva de cumprir as obrigações previstas em lei, bem como o grau de sua responsabilidade. Indaga-se, ainda, sobre a possibilidade da matéria ser objeto de acordo, nos termos do artigo 26, n. 1., da RGPD.

Nesse contexto, entende-se que a delimitação do conceito de controlador, no âmbito da tecnologia blockchain, por se tratar

22 Sobre os contornos do conceito legal de controladores que atuam de forma conjunta e, consequentemente, de suas responsabilidades legais, sugere-se os seguintes julgados destacados no estudo do Parlamento Europeu: Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein e Jehovan Witnesses. (Parlamento Europeu. Blockchain and General Data Protection: can distributed ledgers be squared with European data protection law? European Parliamentary Research Service. Study. Panel for the future of science and tecnhnology. Scientific Foresight Unit (STOA) PE 634.445- July 2019. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf. Acesso em: 23. Dezembro. 2020).

de controle descentralizado, requer uma explicitação por parte do intérprete da lei próxima à realidade, com atenção para os indicativos do caso concreto, tais como, o projeto técnico, a governança, o grau de autonomia e de participação de cada controlador.[23] Todos devem, a depender do grau de controle que detêm sobre a estrutura de tecnologia blockchain, garantir o cumprimento da legislação.

A questão jurídica distancia-se de uma resposta fechada, o que traz à tona necessárias investigações para a sua solução, seja por meio de novas tecnologias[24], seja por meio de adequação prévia do controlador, quando da escolha do tipo de sistema que irá adotar, com medidas funcionais e técnicas, sem que a regulação seja visualizada como um engessamento do progresso do mercado digital[25].

Considerações Finais

O desenvolvimento da economia de dados certamente pressupõe espaço para um exercício de atividade econômica com liberdade e criatividade, com suas bases, hoje, no mercado digital. Entende-se que a tecnologia blockchain, diante de suas inúmeras aplicações, pode contribuir e muito para o crescimento desse mercado. Mas esse crescimento também atrela-se à efetividade de aplicação de normas protetivas de dados pessoais dos indivíduos

23 Parlamento Europeu. Blockchain and General Data Protection: can distributed ledgers be squared with European data protection law? European Parliamentary Research Service. Study. Panel for the future of science and tecnhnology. Scientific Foresight Unit (STOA) PE 634.445- July 2019. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf. Acesso em: 23. Dezembro. 2020.

24 Sobre possíveis tecnologias, tais como, por exemplo, o processamento de dados em rede paralela (side chain) ou fora da rede (off chain), sugere-se a leitura de LILLA, Paulo Eduardo. Tecnologia blockchain e as leis de proteção de dados pessoais: é possível conciliar? In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Orgs.).Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Editora Singular, 2019, p. 75-76.

25 Cfr. HERIAN, Robert. Regulation Disruption. Blockchain. GDPR and questions of dada sovereignty. Journal of Internacional Law, v. 22, n. 2, August, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327111702_REGULATING_DISRUPTION_BLOCKCHAIN_GDPR_AND_QUESTIONS_OF_DATA_SOVEREIGNTY. Acesso em: 20 de dezembro de 2020).

que nele estão inseridos.

Dentro desse contexto, indagou-se sobre a (in)compatibilidade da GDPR e da LGPD com a tecnologia blockchain, com enfoque na responsabilização dos controladores que atuam de forma conjunta. Para tanto, entende-se ser necessário um trabalho hermenêutico, fundado nas diretrizes normativas principiológicas, no sentido de delimitar o conceito legal de controle conjunto, de acordo com a realidade tecnológica e funcional de cada sistema que se pretende analisar. Nesse sentido, a análise deve ser casuística, proporcional aos meios e aos fins da coleta e tratamento de dados, com respeitos às suas peculiaridades. A partir dela, acredita-se que maiores certezas jurídicas virão para os usuários da tecnologia blockchain, bem como para os controladores que atuam de forma conjunta, de forma a se projetar em consonância com o resguardo dos dados pessoais.

Referências bibliográficas

BRASIL. Lei n . 13.709 de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 15. agosto. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 27 de dezembro de 2020.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (cords). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

IANSIT, Marco; KARIN, R. Lakhani. The truth about blockchain, in: Harvard Business Review, january-february, 2017. Disponível em: https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain. Acesso em: 18. Dezembro. 2020.

LILLA, Paulo Eduardo. Tecnologia blockchain e as leis de proteção de dados pessoais: é possível conciliar? In: DOMINGUES,

Juliana Oliveira et al (Orgs.). Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Editora Singular, 2019, p. 57-79.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em direito e economia. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, n. 14, abril/junho, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

REVOREDO, Tatiana; BORGES, Rodrigo. Blockchains e as leis de proteção de dados: incompatíveis? Disponível em: https://www.blockmaster.com.br/artigos/blockchains-e-as-leis-de-protecao-de-dados-incompativeis/. Acesso em: 18 dezembro. 2020.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Breno Fraga Miranda. Blockchain e grupos societários: uma análise antitruste. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Orgs.). Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Editora Singular, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 24/10/1995. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT?TXT?PDF??uri=CELEX:01995L0046-20031120&form=EN. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 04/05/2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em: 20 de

dezembro de 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Parecer 05/2014 sobre técnicas de anonimização, adotado em 10 de abril de 2014 (WP 2016). Disponível em: https://www.gpdp.gov.mo/uploadfile/2016/0831/20160831045040634.pdf. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

HERIAN, Robert. Regulation Disruption. Blockchain. GDPR and questions of dada sovereignty. Journal of Internacional Law, v. 22, n. 2, August, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327111702_REGULATING_DISRUPTION_BLOCKCHAIN_GDPR_AND_QUESTIONS_OF_DATA_SOVEREIGNTY. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

Direito fundamental à água e o reuso

Fundamental right to water and reuse

Carlos Alberto Lunelli[1]

Marcelo Ferreira Tognon[2]

Sumário: 1. Água: importância e aspectos relevantes; 2. Acesso a água como direito fundamental humano; 3. Reuso como instrumento de otimização da Água; Considerações Finais.

Resumo: Buscamos apresentar a importância da proteção ambiental na atualidade, haja vista a postura que o ser humano vem adotando com o escopo de desenvolvimento, impulsionado pelo capitalismo desenfreado, o impacto das redes sociais na busca de uma felicidade e realidade inatingível, no meio de várias outras motivações que se distanciam cada vez mais do desenvolvimento sustentável tão vislumbrado. O ser humano cada vez mais vem degradando o meio ambiente que vive, colocando em risco muitos dos recursos naturais essenciais para sua sobrevivência e a manutenção de seus direitos fundamentais. Nessa seara elegemos a água como cerne do trabalho, trazendo a situação atual da mesma, sua vital importância para que o ser humano e todo ecossistema, os impactos que sua falta ocasiona, principalmente no direito fundamental humano ao acesso à água. Também elencaremos alguns exemplos de produtos que consumimos, e a quantidade de água utilizada para a produção dos mesmos, no intuito de refletirmos a respeito da contribuição que temos na hora que os consumimos. Levantaremos a importância de garantirmos o direito fundamental ao acesso à água, afinal esse direito fundamental é a gênese de muitos outros direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, saúde, além de direitos fundamentais culturais e sociais entre outros. Outro fator de relevância é o expressivo aumento da população mundial que estamos enfrentando nos dias atuais e num futuro breve, principalmente nos grandes

1 Doutor em Direito pela Unisinos. Professor do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul. Advogado. E-mail: calunelli@gmail.com

2 Mestrando em Direito Ambiental, pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. E-mail: mftognon@ucs.br

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

centros urbanos. Por fim, levantamos o reuso da água como otimizador, potencializador e instrumento na efetivação e auxilio da contemplação desse direito, frente a escassez e expectativa do aumento populacional. Corrobora que sendo a água um bem insubstituível, finito, essencial e único na manutenção da vida do planeta, quanto mais conseguirmos economizar, racionar e otimizar seu reuso, mais garantias e possibilidades teremos para o equilíbrio do ecossistema e o ser humano tenha sua vida preservada e vivida de forma digna, respeitando seus direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito fundamental; Água; Reuso.

Abstract: We seek to present the importance of environmental protection today, in view of the posture that human beings have been adopting with the scope of development, driven by unbridled capitalism, the impact of social networks in the search for happiness and unattainable reality, among many others. motivations that are increasingly distant from the sustainable development so envisioned. Human beings are increasingly degrading the environment they live in, putting at risk many of the natural resources essential for their survival and the maintenance of their fundamental rights. In this field, we chose water as the core of the work, bringing its current situation, its vital importance for the human being and the whole ecosystem, the impacts that its lack causes, mainly in the fundamental human right to access to water. We will also list some examples of products we consume, and the amount of water used to produce them, in order to reflect on the contribution we have at the time we consume them. We will raise the importance of guaranteeing the fundamental right to access water, after all, this fundamental right is the genesis of many other fundamental rights, such as the dignity of the human person, health, in addition to fundamental cultural and social rights, among others. Another relevant factor is the significant increase in the world population that we are facing today and in the near future, especially in large urban centers. Finally, we raised the reuse of water as an optimizer, a potentializer and an instrument in the realization and assistance of the contemplation of this right, in view of the scarcity and expectations of the population increase. It corroborates that since water is an irreplaceable, finite, essential and unique asset in the maintenance of life on the planet, the more we can save, ration and optimize its reuse, the more guarantees and possibilities we will have for the balance of the ecosystem and the human being has his life preserved and lived in a dignified manner,

respecting their fundamental rights.

Keywords: Fundamental right; Water; Reuse.

1. Água: importância e aspectos relevantes

Nos tempos atuais a proteção ambiental ganha cada vez mais importância, pois o ser humano está dia a dia degradando a natureza, sob o pretexto de desenvolvimento e progresso. O aumento desordenado da população mundial, a ânsia de consumir cada vez mais e a busca em suprir as necessidades e desejos criados pela sociedade, sem a devida reflexão da real conveniência e impacto que essa postura causa, acaba refletindo de maneira brutal no meio ambiente, e a água é uma das mais atingidas.

O modo que o ser humano vem mudando de paradigmas a respeito da sua posição ou papel no ecossistema, só se dá por um choque de realidade que acaba o fazendo mudar seus conceitos e modos de agir, por necessidade, afinal senão alterar sua postura coloca em risco sua própria sobrevivência

Pode-se trazer a discussão o papel desempenhado pelas crenças religiosas na história, da percepção e no modo do homem interagir no meio ambiente. Também o impacto das modulações e manipulações sociais que ocorreram na história da humanidade e atualmente, ganhou uma dimensão inimaginável, principalmente na seara do mundo da internet, com a difusão das redes socias[3], que criam novos padrões de interação social ou distorcem os existentes sob a bandeira oculta do capitalismo desenfreado, ademais cria modos de vida e necessidades que nunca serão atingidas.

O curioso é que, mesmo sabendo que a postura adotada atualmente tenha um destino certo e que não há dúvida dos impactos ambientais e seus resultados atuais e futuros, mesmo assim o homem o aceita e absorve como se não houvesse amanhã

3 LANIER, Jaron, Dez argumentos para você deletar agora suas redes sociais, Rio de Janeiro, RJ: Intrínseca, 2018, p. 65–66.

e que é uma consequência do desenvolvimento. O problema que o único desenvolvimento que há é de alguns grupos ou pessoas que ganham dinheiro ou poder sustentando e patrocinando essa ideia de desenvolvimento, que está longe de ser sustentável.

Nesse sentido, Marin[4] conclui a respeito da iminente necessidade de mudança de cultura ambiental:

> pode-se concluir, o futuro é aqui e agora, primado pela iminente necessidade de uma nova cultura diante da complexidade dialética dos problemas ambientais em seus multidimensionais contextos, sem, no entanto, desconhecer o paradigma existente, inserido historicamente em seu contexto, para diante dos problemas agregados a ele, refletidos marcadamente na atualidade, construir-se um presente e um futuro de conhecimento e inteligência geral, apto a resolver e superar as questões herdadas e as que se apresentam de forma conexa, sistêmica. Para essa nova construção o papel da educação é fundamental. Portanto, a educação é o agente dessa mudança, para a passagem, para a transição paradigmática. O passado não pode ser transformado, mas o presente e o futuro podem ser construídos de forma a propiciar um autêntico direito à vida digna. Os desdobramentos planetários - lugar onde se vive - dos problemas ambientais estão cada vez mais nos encaminhando para um novo pensa- mento e, uma nova ação no sentido de se enfrentar a questão que atinge a todos a nível mundial.
>
> O desafio para a educação enquanto processo permanente de construção de si mesmo e do ser humano, é de criar, buscar formas e práticas pedagógicas que façam a ligação das questões sociais, que estas, estejam presentes nas disciplinas e em todos os níveis de ensino, podendo assim contribuir para promover a mudança de pensamento, de paradigma. As mudanças são difíceis, mas são possíveis.

Nesse contexto se traz à baila o papel da água e sua importância a manutenção de todo o meio ambiente, o ecossistema e a vida do ser humano sendo um direito fundamental o acesso a mesma. Ocorre que só é percebido quando esse recurso não é mais encontrado na abundancia que vinha tendo e em locais onde tradicionalmente nunca houve escassez.[5]

4 MARIN, Jeferson Dytz, Alfabetização ecológica e cultura constitucional, Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 39, p. 119–139, 2011, p. 127.

5 VIEGAS, Eduardo Coral, Visão Jurídica da Água, Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2005, p. 23.

Richter[6] afirma que há uma a aparente abundância no volume de água, pois somente cerca de 0,62% são aproveitáveis para atividades humanas, fato que não se pode deixar de levar em conta no trato da matéria da água para fins humanos.

Interessante evidenciar que, como Esteves[7] alerta, além da reduzida disponibilidade da água doce para o homem, menos de 1% do total da água da Terra está disponível para o consumo e em termos proporcionais a distribuição é desigual. O fato é que o próprio crescimento populacional pode ser limitado pela disponibilidade de água doce.

Ocorre que cada vez mais a demanda pela água doce cresce no mundo todo, tanto para o abastecimento doméstico, industrial, produção de alimentos, deixando evidente a dependência que se tem desse recurso. Esteves[8] ainda destaca que nas regiões com grandes aglomerações urbanas os cidadãos ficam completamente dependentes da disponibilidade da água, em quantidade e qualidade, para todas suas atividades pessoais, profissionais e em coletividade. Muitas vezes só se percebe o quanto esse recurso é indispensável, em dois momentos: na escassez, quando não tem água para beber ou para a higiene e em momentos de abundancia, nas inundações.

Um dado importante, que também não é considerado, é o consumo médio de água doce para a produção de alguns itens que se consideram indispensáveis no dia a dia, que é no mínimo preocupante. Alguns exemplos: para um litro de refrigerante são necessários 5 L de água doce; um litro de cerveja, de 3 a 8 L; um quilo de açúcar, 100 L; uma xícara de café, 140 L; um quilo de arroz, 2.400 L; uma camisa de algodão, 2.700 L; um litro de leite, 4.200 L; uma calça jeans, 10.000 L; uma tonelada de plástico, 1.320.000 L.[9]

6 RICHTER, Carlos A., ÁGUA: métodos e tecnologia de tratamento, São Paulo, SP: Blucher, 2009, p. 65.

7 ESTEVES, Francisco de Assis (coord), Fundamentos de Limnologia, 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Interciência, 2011, p. 65.

8 Ibid., p. 63.

9 Ibid., p. 65.

A ONU[10] vem alertando sobre situação delicada das águas dando atenção especial, como se evidencia no relatório das Nações Unidas sobre o desenvolvimento de Águas 2015. Vislumbra-se que, em quinze anos, o planeta enfrentará um déficit de 40% de água, a menos que sejam tomadas medidas drásticas na gestão deste recurso, a água se tornará um bem muito raro e assim como aconteceu com o petróleo, poderá ser objeto de conflitos em diversas regiões do mundo.

Importante observar que se houver alguma interferência no ciclo da água, haverá reflexos na distribuição e forma de obtenção d'água, além de claro sua qualidade e grau de contaminação. No Brasil, o total de água retirada do meio ambiente segundo dados da ANA[11] por uso, a irrigação está no topo da lista com a participação de 49,8%, seguida pelo abastecimento urbano com 24,4%, a indústria 9,6%, uso animal 8,3%, termelétricas 4,5%, e o abastecimento rural e a mineração com 1,7% cada.

2. Acesso a Água como Direito Fundamental Humano

Há décadas que se vem mostrando e evidenciando a importância do meio ambiente, a Declaração de Estocolmo de 1972 das Nações, já vislumbrava o papel fundamental do ambiente como sendo elemento essencial a vida humana digna e seu bem-estar. Granziera[12] destaca ao trazer seu conteúdo a respeito ao meio ambiente como um direito humano:

> O meio ambiente de qualidade como um direito humano é o que prega o Princípio 1, ao fixar a obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. Esse princípio inspirou o caput do art. 225 da

10 UNESCO ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Gestão mais sustentável da água é urgente, diz relatório da ONU | UNESCO, disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasilia/about-this-office/single-view/news/urgent_need_to_manage_water_more_sustainably_says_un_report/>, acesso em: 22 fev. 2020.

11 ANA, Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2019: informe anual, Agência Nacional de Águas (Brasil), p. 110, 2019, p. 32.

12 GRANZIERA, Maria Luiza Machado, Direito Ambiental, 5. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, p. 28 grifo do autor.

> Constituição Federal de 1988, que trata do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defende-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Também nessa linha, o Princípio 8 associa o desenvolvimento econômico e social à melhoria da qualidade de vida.

Água potável segura e limpa é um direito ambiental essencial para a qualidade de vida e para paz social, considerada como direito humano fundamental essencial para fruição integral do direito à vida.[13]

O reconhecimento pela ONU do direito à água potável representa o atendimento ao apelo de milhares de pessoas que lutam por sua dignidade, pelo seu direito de ter água limpa e de qualidade, a verdade é que a falta de acesso à água potável segura e ao saneamento impedem a realização de uma séria de outras obrigações decorrentes de direitos humanos fundamentais já adotados pela ONU.[14]

Reconhecer o direito humano à água é buscar a efetivação de uma série de medidas e obrigações que são impostas aos estados, para que o reconhecimento passe do plano das recomendações para adoção de medidas efetivas na consecução do direito.

Barlow, no livro Água: Futuro Azul, nos chama a atenção para três principais obrigações impostas ao estado mediante o reconhecimento de um direito humano[15]:

> a) Obrigação de respeitar – todo governo deve evitar qualquer ação ou política capaz de interferir nos direitos à água e ao saneamento e a nenhuma pessoa deve ser negado o acesso aos serviços hídricos devido a sua incapacidade financeira;
>
> b) Obrigação de proteger – Todo governo é obrigado a evitar que terceiros atrapalhe ou dificulte o gozo do direito humano à água, e ainda, o Governo deve proteger as comunidades da poluição e do esgotamento da água disponível e;
>
> c) Obrigação de executar – Todo governo deve adotar medidas adicionais que assegurem a concretização do direito à água, tais como facilitar o acesso, garantir padrões

13 BARLOW, Maude, Água - Futuro Azul: Como Proteger a água potável para o futuro das pessoas e do planeta, São Paulo, SP: M Books, 2015, p. 13.

14 Ibid., p. 34.

15 Ibid., p. 43.

de qualidade e outras providências necessárias.

Como Canotilho evidencia[16], muitas pretensões sociais, manifestações tradicionais e culturais estão diretamente relacionadas com as opções de acesso e uso da água, de modo que a partir dessa incide uma série de direitos fundamentais sociais e culturais. Portanto o direito fundamental à água é um direito de significado múltiplo, e interdependente, o qual é composto de diversos outros direitos e envolve vários aspectos, como econômicos, da dignidade, da saúde, do meio ambiente entre outros.

No Brasil existe um apanhado de leis sobre os recursos hídricos, mostra que existe uma preocupação em garantir o acesso universal dos indivíduos à água, respeitados os padrões de qualidade e a necessidade. O direito fundamental de acesso à água está implícito no texto constitucional, assim como outros direitos, o que não afasta a sua proteção, por ser um bem ambiental, sua previsão constitucional pode ser extraída do caput do art. 225[17].

O direito à água está relacionado as questões inerentes ao meio ambiente, portanto entraria também no rol dos direitos de terceira geração, ocorre que considerada a essencialidade da água para manutenção da vida humana, animal e vegetal, que o mais correto é incluí-la entre os direitos de primeira dimensão segundo de Machado Leme[18].

3. Reuso como instrumento de otimização da Água

Ao abordar o reuso da água no Brasil, verifica-se sua evidente carência, como admite o próprio coordenador de implementação

16 CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org) et al, Direito Constitucional Ambiental Brasileiro, 6. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2015, p. 337–338.

17 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

18 LEME, Paulo Affonso, Direito Ambiental Brasileiro, 22. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2014, p. 506.

de projetos indutores da Agência Nacional de Águas (ANA), Devanir Garcia dos Santos[19], "Qualquer planta de reuso requer um licenciamento ambiental e esses licenciamentos são muito difíceis de serem conseguidos porque não temos clareza sobre limites e sobre parâmetros da qualidade que essa água, que vai ser feita reuso, deve ter para aplicação", disse, explicando que há literatura mundial e resoluções do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, mas não há uma norma que deixe claro os critérios para o licenciamento.

Com relação à regulamentação da água de reuso, destaca-se

19 VERDÉLIO, Andreia, Brasil carece de legislação para reúso de água, diz coordenador da ANA, Agência Brasil, disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-03/brasil-carece-de-legislacao-para-reuso-de-agua-diz-coordenador-da-ana>, acesso em: 21 fev. 2020.

o posicionamento do professor Ivanildo Hespanhol[20], afirmando que se torna necessário estabelecer mecanismo para institucionalizar, regulamentar e incentivar a prática do reuso, bem como estimular as ações que permanecem embrionárias e promover o desenvolvimento daquelas que ainda não se iniciaram no Brasil.

Por sua vez Philippi Jr.[21] sustenta que o reuso de águas é um importante instrumento de gestão ambiental do recurso água e detentor de tecnologias já consagradas a sua adequada utilização.

---

20 HESPANHOL, IVANILDO, Potencial de Reuso de Água no Brasil Agricultura, Industria, Municípios, Recarga de Aqüíferos, Revista Brasileira de Recursos Hídricos, v. 7, n. 4, p. 75–95, 2002, p. 93.a água se tornou um fator limitante para o desenvolvimento urbano, industrial e agrícola. Mesmo áreas com recursos hídricos abundantes, mas insuficientes para atender à demandas elevadas, experimentam conflitos de uso e sofrem restrições de consumo que afetam o desenvolvimento econômico e a qualidade de vida. Nessas condições, reuso e conservação passaram a ser as palavras chave em termos de gestão, em regiões com baixa disponibilidade ou insuficiência de recursos hídricos. O reuso de água encontra, no Brasil, uma gama significativa de aplicações potenciais. O uso de efluentes tratados na agricultura, nas áreas urbanas, particularmente, para fins não potáveis, no atendimento da demanda industrial e na recarga artificial de aqüíferos, se constitui em instrumento poderoso para restaurar o equilíbrio entre oferta e demanda de água em diversas regiões brasileiras. Cabe entretanto, institucionalizar, regulamentar e promover o reuso de água no Brasil, fazendo com que a prática se desenvolva de acordo com princípios técnicos adequados, seja economicamente viável, socialmente aceita, e segura, em termos de preservação ambiental e de proteção dos grupos de riscos envolvidos.","author":[{"dropping-particle":"","family":"HESPANHOL","given":"IVANILDO","non-dropping-particle":"","parse-names":false,"suffix":""}],"container-title":"Revista Brasileira de Recursos Hídricos","id":"ITEM-1","issue":"4","issued":{"date-parts":[["2002"]]},"page":"75-95","title":"Potencial de Reuso de Água no Brasil Agricultura, Industria, Municípios, Recarga de Aqüíferos","type":"article-journal","volume":"7"},"locator":"93","uris":["http://www.mendeley.com/documents/?uuid=87e9c934-5eb8-36b0-ae19-057d88448df4"]}],"mendeley":{"formattedCitation":"HESPANHOL, IVANILDO, Potencial de Reuso de Água no Brasil Agricultura, Industria, Municípios, Recarga de Aqüíferos, Revista Brasileira de Recursos Hídricos, v. 7, n. 4, p. 75–95, 2002, p. 93.","plainTextFormattedCitation":"HESPANHOL, IVANILDO, Potencial de Reuso de Água no Brasil Agricultura, Industria, Municípios, Recarga de Aqüíferos, Revista Brasileira de Recursos Hídricos, v. 7, n. 4, p. 75–95, 2002, p. 93.","previouslyFormattedCitation":"HESPANHOL, IVANILDO, Potencial de Reuso de Água no Brasil Agricultura, Industria, Municípios, Recarga de Aqüíferos, Revista Brasileira de Recursos Hídricos, v. 7, n. 4, p. 75–95, 2002, p. 93."},"properties":{"noteIndex":21},"schema":"https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}

21 NARDOCCI, Adelaide Cássia et al, Reúso de água, Baueri,SP: Manole, 2003, p. XIV.

No mesmo sentido Costa[22] deixa claro que a expansão do reuso é uma realidade e em suas várias formas de aplicação revela-se segura e confiável, além de cada vez mais ser reconhecida como uma das opções mais inteligentes para a racionalização dos recursos hídricos.

As tecnologias modernas, de tratamento e certificação da qualidade da água, tem um enorme potencial para viabilizar o reuso da água para fins potáveis, uma vez que possibilitam a utilização de mananciais desprotegidos, frente às tecnologias convencionais que tratam a água vinda de mananciais com altas concentrações de esgoto doméstico e industrial, como destaca Hespanhol[23].

Deve-se considerar, no caso do reuso, além de vários outros elementos, a necessidade de aceitação popular, a aprovação mercadológica e a vontade política, como determinantes para efetivar essa tecnologia sistemática, como alerta Costa[24].

Nesse contexto, a educação é um instrumento impulsionador da transformação social, e investir nessa seara traz consigo outros aspectos relevantes que incentivam a mobilidade e o bem-estar social. E, como acreditam Havens e Pinto-Coelho,[25] a crise das águas está muito relacionada a investimentos em educação.

Santos e Mancuso[26] são categóricos, "A aceitação pública é o mais crucial dos elementos na determinação do sucesso ou do insucesso de um programa de reuso, particularmente no caso do reuso potável."

22 TELLES, Dirceu D'Alkmin (coord) et al, REÚSO DA ÁGUA: conceitos, teorias e práticas, 2. ed. São Paulo: Blucher, 2010, p. 153.
23 HESPANHOL, Ivanildo, A inexorabilidade do reúso potável direto, Revista DAE, v. 63, n. 198, p. 63–82, 2015, p. 65.
24 TELLES et al, REÚSO DA ÁGUA: conceitos, teorias e práticas, p. 153.
25 PINTO-COELHO, Ricardo Motta; HAVENS, Karl, Gestão de Recursos Hídricos em Tempos de Crise, Porto Alegre, RS: Artmed, 2016, p. 168.
26 NARDOCCI et al, Reúso de água, p. 469.

Diz Hespanhol[27] que, para que haja uma ampla aceitação de projetos de reuso, é de suma importância envolver o público, desde a fase de planejamento até a implementação final.

O reuso para fins não potáveis no meio urbano, é o que oferece menos risco à saúde pública e deve ser considerado uma das primeiras opções de reuso na área urbana, e como dizem Mancuso e Santos[28].

Em 1997 a Comunidade Europeia elaborou um quadro de ação comunitária da política da água, o que culminou com a promulgação da Diretiva da Água em 2000. A Diretiva 2000/60/CE, ou também conhecida como Diretiva Quadro da Água (DQA), foi

27 HESPANHOL, Potencial de Reuso de Água no Brasil Agricultura, Industria, Municípios, Recarga de Aqüíferos, p. 88.a água se tornou um fator limitante para o desenvolvimento urbano, industrial e agrícola. Mesmo áreas com recursos hídricos abundantes, mas insuficientes para atender à demandas elevadas, experimentam conflitos de uso e sofrem restrições de consumo que afetam o desenvolvimento econômico e a qualidade de vida. Nessas condições, reuso e conservação passaram a ser as palavras chave em termos de gestão, em regiões com baixa disponibilidade ou insuficiência de recursos hídricos. O reuso de água encontra, no Brasil, uma gama significativa de aplicações potenciais. O uso de efluentes tratados na agricultura, nas áreas urbanas, particularmente, para fins não potáveis, no atendimento da demanda industrial e na recarga artificial de aqüíferos, se constitui em instrumento poderoso para restaurar o equilíbrio entre oferta e demanda de água em diversas regiões brasileiras. Cabe entretanto, institucionalizar, regulamentar e promover o reuso de água no Brasil, fazendo com que a prática se desenvolva de acordo com princípios técnicos adequados, seja economicamente viável, socialmente aceita, e segura, em termos de preservação ambiental e de proteção dos grupos de riscos envolvidos.","author":[{"dropping-particle":"","family":"HESPANHOL","given":"IVANILDO","non-dropping-particle":"","parse-names":false,"suffix":""}],"container-title":"Revista Brasileira de Recursos Hídricos","id":"ITEM-1","issue":"4","issued":{"date-parts":[["2002"]]},"page":"75-95","title":"Potencial de Reuso de Água no Brasil Agricultura, Industria, Municípios, Recarga de Aqüíferos","type":"article-journal","volume":"7"},"locator":"88","uris":["http://www.mendeley.com/documents/?uuid=87e9c934-5eb8-36b0-ae19-057d88448df4"]}],"mendeley":{"formattedCitation":"HESPANHOL, Potencial de Reuso de Água no Brasil Agricultura, Industria, Municípios, Recarga de Aqüíferos, p. 88.","plainTextFormattedCitation":"HESPANHOL, Potencial de Reuso de Água no Brasil Agricultura, Industria, Municípios, Recarga de Aqüíferos, p. 88.","previouslyFormattedCitation":"HESPANHOL, Potencial de Reuso de Água no Brasil Agricultura, Industria, Municípios, Recarga de Aqüíferos, p. 88."},"properties":{"noteIndex":29},"schema":"https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}

28 NARDOCCI et al, Reúso de água, p. 45.

um marco na gestão das águas na Europa.[29]

Entre as mudanças e reflexos da DQA, passou-se a adotar as bacias hidrográficas como unidade de gestão dos recursos hídricos. As principais ações da Diretiva são, exercício de intercalibração do estado ecológico das águas; implementação dos programas de monitoramento do estado das águas; publicação dos programas de trabalhos e do processo de consulta prévia para a elaboração dos Planos de Gestão de Bacias Hidrográficas; informação sobre os programas de monitoramento estabelecidos do âmbito do Artigo 8°- relatório nacional; publicação da síntese provisória dos problemas de gestão identificados por regiões hidrográficas; estabelecimento da política de preços; aplicação da abordagem combinada; implementação dos programas de medidas; cumprimento dos objetivos ambientais.[30]

A Espanha, país que possui o maior número de grandes barragens per capita no mundo, por volta de 1200 e tem como principais uso da água, a agricultura (68%), a indústria (19%) e água potável para uso doméstico (13%).[31] Na questão do reuso em 2006, reutilizava cerca de 450 hm3/ano, sendo reuso ambiental 32%, agrícola 25%, recreativo 9%, industrial 30% e municipal 4%.[32] A Espanha padece com a escassez de água, pois a precipitação anual no país é 80% inferior da média europeia, certamente se torna de extrema importância a gestão e gerenciamento do uso da água.

Como Moreno e Ortiz[33] destacam: "Una gestión adecuada del agua requiere un equilibrio entre sus valores económicos y sus valores medioambientales, sociales y culturales."

29 ZUFFO, Antonio Carlos; ZUFFO, Monica Soares Resio, Gerenciamento de Recursos Hídricos: Conceituação e Contextualização, Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2016, p. 120.

30 Ibid., p. 122.

31 Ibid., p. 129.

32 Ibid., p. 130.

33 MORENO, Joaquín Melgarejo; ET AL., AGUA Y SOSTENIBILIDAD. DEPURACIÓN Y REUTILIZACIÓN DE AGUAS REGENERADAS, Agua y Territorio, n. 8, p. 123–135, 2016, p. 34.

Gomes[34] destaca a importância do planejamento como principal instrumento de gestão dos recursos hídricos na Espanha. Segundo Barraqué[35], "Uma gestão mais ambiental da água passa pela aprendizagem da divisão daquilo que existe, portanto, pela negociação ou por aquilo que os americanos do Ocidente denominam hydrodiplomacy."

Considerações finais

Frente aos aspectos e realidades levantadas, podemos evidenciar a importância do reuso como um instrumento relevante na preservação da água, e consequentemente ampliando seu acesso, garantindo assim a efetivação do direito humano fundamental à água.

Ademais com o aumento estimado da população mundial nos próximos anos, a utilização de um recurso tão precioso e insubstituível como a água mais que uma única vez, acaba por possibilitar de forma expressiva o seu acesso, auxiliando cada vez mais na efetivação de um direito fundamental humano, o qual possibilita a contemplação de vários outros direitos inerentes do ser humano e o ecossistema de uma forma geral.

Portanto a adoção do reuso por parte dos governos, sociedade, empresas, instituições e demais partícipes do nosso planeta deve ser cada vez mais incentivado e implementado, para que possamos efetivar o direito fundamental humano do acesso à água na prática, afinal a muito tempo já é reconhecido e amplamente protegido no ordenamento jurídico. Cabe salientar que a contemplação desse direito acaba por ser a base ou fundação de vários outros direitos fundamentais tão almejados e perseguidos.

---

34 GOMES, Viviane Passos, LA GESTIÓN INTEGRADA Y PARTICIPATIVA DE LAS AGUAS EN BRASIL Y ESPAÑA: Un Análisis de derecho comparado, Madrid, ES: Gobierno de España, Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, 2017, p. 128.

35 BARRAQUÉ, Bernard (direção), As Políticas da Água na Europa, Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 122 grifo do autor.

Referências bibliográficas

ANA. Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2019: informe anual. Agência Nacional de Águas (Brasil), p. 110, 2019. Disponível em: <http://conjuntura.ana.gov.br/static/media/conjuntura-completo.bb39ac07.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BARLOW, Maude. Água - Futuro Azul: Como Proteger a água potável para o futuro das pessoas e do planeta. Trad. Jorge Ritter. São Paulo, SP: M Books, 2015.

BARRAQUÉ, Bernard (direção). As Políticas da Água na Europa. Trad. Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org); LEITE, José Rubens Morato (org); ARAGÃO, Alexandra; et al. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 6. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2015.

DE ARAÚJO BATISTA, Fábio Giovanni; OLIVEIRA, Douglas Dos Santos; PAGANINI DE QUEIROZ, Felipe Raphael. Percepção Socioambiental Do Reuso Das Águas Residuárias Em Condomínios Verticais Da Cidade De Campina Grande – Pb. Holos, v. 6, p. 70, 2015.

ESTEVES, Francisco de Assis (coord). Fundamentos de Limnologia. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Interciência, 2011.

GOMES, Viviane Passos. LA GESTIÓN INTEGRADA Y PARTICIPATIVA DE LAS AGUAS EN BRASIL Y ESPAÑA: Un Análisis de derecho comparado. Madrid, ES: Gobierno de España, Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, 2017.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental. 5. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

HESPANHOL, Ivanildo. A inexorabilidade do reúso potável direto. Revista DAE, v. 63, n. 198, p. 63–82, 2015. Disponível em: <http://doi.editoracubo.com.br/10.4322/dae.2014.141>. Acesso em: 19 fev. 2020.

HESPANHOL, IVANILDO. Potencial de Reuso de Água no

Brasil Agricultura, Industria, Municípios, Recarga de Aqüíferos. Revista Brasileira de Recursos Hídricos, v. 7, n. 4, p. 75–95, 2002. Disponível em: <http://www.abrh.org.br/SGCv3/index.php?PUB=1&ID=101&SUMARIO=1602>. Acesso em: 19 fev. 2020.

LANIER, Jaron. Dez argumentos para você deletar agora suas redes sociais. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro, RJ: Intrínseca, 2018.

LEME, Paulo Affonso. Direito Ambiental Brasileiro. 22. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2014.

MARIN, Jeferson Dytz. Alfabetização ecológica e cultura constitucional. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 39, p. 119–139, 2011. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/180>. Acesso em: 17 fev. 2020.

MORENO, Joaquín Melgarejo; ET AL. AGUA Y SOSTENIBILIDAD. DEPURACIÓN Y REUTILIZACIÓN DE AGUAS REGENERADAS. Agua y Territorio, n. 8, p. 123–135, 2016.

NARDOCCI, Adelaide Cássia; PHILIPPI JR, Arlindo (coord); FINK, Daniel Roberto; et al. Reúso de água. Baueri,SP: Manole, 2003.

PINTO-COELHO, Ricardo Motta; HAVENS, Karl. Gestão de Recursos Hídricos em Tempos de Crise. Porto Alegre, RS: Artmed, 2016.

RICHTER, Carlos A. ÁGUA: métodos e tecnologia de tratamento. São Paulo, SP: Blucher, 2009.

TELLES, Dirceu D'Alkmin (coord); COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães (coord); NUVOLARI, Ariovaldo; et al. REÚSO DA ÁGUA: conceitos, teorias e práticas. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2010.

UNESCO ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Gestão mais sustentável da água é urgente, diz relatório da ONU | UNESCO. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasilia/about-this-office/single-view/news/urgent_need_to_manage_water_more_sustainably_says_un_report/>. Acesso em: 22 fev. 2020.

VERDÉLIO, Andreia. Brasil carece de legislação para reúso de água, diz coordenador da ANA. Agência Brasil. Disponível em: <http://

agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-03/brasil-carece-de-legislacao-para-reuso-de-agua-diz-coordenador-da-ana>. Acesso em: 21 fev. 2020.

VIEGAS, Eduardo Coral. Visão Jurídica da Água. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2005.

ZUFFO, Antonio Carlos; ZUFFO, Monica Soares Resio. Gerenciamento de Recursos Hídricos: Conceituação e Contextualização. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2016.

Notas sobre o poder municipal no sistema único de segurança pública instituído pela lei 13.675/2018

Notes on municipal power in the unique public security system instituted by law 13.674/2018

Giovani da Silva Corralo[1]

Sumário: 1. O poder municipal na Federação Brasileira; 2. O município no sistema único de segurança pública; Considerações Finais.

Resumo: A presente pesquisa tem por foco o estudo do poder municipal no sistema único de segurança pública, instituído pela Lei 13.675/18. A importância se deve em razão dos constantes índices de violência no Brasil, bastante elevados, a requerer uma atuação mais efetiva das pessoas políticas que integram o pacto federativo nacional. Os municípios há muito tempo têm tido um importante papel nas políticas de segurança pública, seja com ações efetivas, seja com ações de enfrentamento, razão pela qual é relevante analisar esse novo regramento legal. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, a perscrutar a hipótese do elevado protagonismo do município para a elaboração e efetivação de políticas públicas de segurança. Para tanto, discorre-se, no primeiro capítulo, sobre a posição do município na Federação brasileira, especialmente a compreensão da autonomia municipal. Na sequência é analisada a Lei 13.675/18, que instituiu o Sistema Único de Segurança Pública e criou a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social. Conclui-se que a Lei 13.675/18 consignou um elevado protagonismo municipal nas políticas de segurança pública, especialmente com a ação integrada das forças policiais, a participação no Sistema Único de Segurança Pública, a constituição dos conselhos de segurança pública e defesa social, a elaboração do plano municipal de segurança pública, as ouvidorias e as guardas municipais, além

1 Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (Graduação e Mestrado). Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Especialista em Advocacia Municipal pela UFRGS. Professor convidado dos programas de mestrado da Universidade Agostinho Neto – Angola. E-mail: gcorralo@upf.br

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

de outras políticas municipais que se somam na segurança pública.

Palavras-chave: Autonomia municipal; Poder municipal; Sistema Único de Segurança Pública.

Abstract: This research focuses on the study of municipal power in the single public security system, instituted by Law 13.675 / 18. The importance is due to the constant high levels of violence in Brazil, which require a more effective action by the political people who are part of the national federative pact. Municipalities have long played an important role in public security policies, whether with effective actions or with coping actions, which is why it is relevant to analyze this new legal regulation. The hypothetical-deductive method is used, to examine the hypothesis of the high role of the municipality in the development and implementation of public security policies. For this purpose, the first chapter discusses the position of the municipality in the Brazilian Federation, especially the understanding of municipal autonomy. Then Law 13.675 / 18 is analyzed, which instituted the Single Public Security System and created the National Public Security and Social Defense Policy. It is concluded that Law 13.675 / 18 enshrined a high municipal role in public security policies, especially with the integrated action of the police forces, participation in the Unified Public Security System, the constitution of public security and social defense councils, the elaboration of the municipal public security plan, municipal ombudsmen and guards, in addition to other municipal policies that add up to public security.

Keywords: Municipal autonomy; Municipal power; Unified Public Security System.

1. O poder municipal na Federação brasileira

É possível afirmar que o município sempre foi uma instituição presente na história brasileira. No período da colonização, até meados do séc. XVII, com elevadíssima autonomia, e a partir da metade do séc. XVII, com um forte controle das províncias. Com a independência oberva-se uma cresente autonomização do poder

municipal, com avanços e retrocessos, até a Constituição de 1988.[2]

É inegável o papel da Constituição de 1988 no fortalecimento das municipalidades – o que também é alvo de críticas (especialmente pela diminuição do protagonismo dos Estados e pela maior repartição de receitas entre as unidades subnacionais)[3] –, tanto que os alçou à condição de entes integrantes do pacto federativo, particularidade única da Federação pátria, amplamente aceito pela doutrina publicista.[4]

A designação de competências na Constituição Federal de 1988 é que permite compreender a autonomia das pessoas políticas. Salienta-se o federalismo de cooperação adotado no Brasil, que remete a uma elevada articulação entre as pessoas políticas para a efetivação das mais diversas políticas públicas. Pode-se partir da coluna vertebral dessa repartição constante nos arts. 21 a 30 da Constituição Federal, que consigna competências expressas para a União (art. 21 e 22) e Municípios (art. 29 e 30); aos Estados a competência residual (art. 25); para todas as pessoas políticas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – as competências comuns; para a União, Distrito Federal e Estados as competências concorrentes (art. 24).[5] Também seguiu-se a lógica da predominância do interesse, a afirmar a competência da União para as matérias de interesse nacional, dos estados àquelas de interesse regional e municipal para todos os assuntos do interesse

2 Cfr. CORRALO, Giovani da Silva. Município: autonomia na Federação. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 57-70.

3 Cfr. REZENDE, Fernando. A crise do federalismo brasileiro: evidências, causas e consequências, In: REZENDE, Fernando (Org.). O Federalismo Brasileiro em seu labirinto. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 33.

4 Cfr. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 138; COSTA. Nelson Nery. Direito Municipal Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73; MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 2002, p. 273-275; RAMOS, Dirceo Torrecillas. O Federalismo Assimétrico, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 194; FERRERI, Janice Elena. A Federação. In: BASTOS, Celso (Org.). Por uma nova federação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 32; CORRALO, Giovani da Silva. Curso de Direito Municipal. São Paulo: Atlas, 2011, p. 48. O rol citado é meramente exemplificativo, pois há muitos outros publicistas a comungar com este posicionamento.

5 O Distrito Federal engloba as competências dos Estados e dos Municípios, nos termos do Art. 32 da Constituição.

local, o que também permite a legislação suplementar local quando existente o interesse hegemômico da municipalidade – mesmo nas matérias de competência concorrente.[6]

Essa análise permite superar a clássica compreensão tríade da autonomia municipal (administrativa, financeira e política) para uma taxonomia quíntupla, mais atual: política, administrativa, financeira, auto-organizatória e legislativa.[7] A autonomia política tem por base a escolha dos agentes políticos municipais – prefeitos, vices e vereadores – pelos cidadãos de cada município, os primeiros por chapa e eleição majoritária, e os vereadores pela proporcionalidade partidária. Também sustenta a possibilidade de cassação dos mandatos desses agentes pela Câmara de Vereadores. A autonomia administrativa reflete a organização e funcionalidade da administração local, tendo-se por base as atividades administrativas locais efetivadas autonomamente pelos municípios: serviços públicos, polícia administrativa, fomento, regulação e intervenção direta na economia. A autonomia financeira centra-se na instituição, arrecadação e aplicação dos tributos municipais, bem como a aplicação das transferências da União e Estados, nos termos da legislação orçamentária de cada município – Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual. A autonomia auto-organizatória cimenta-se na inovação da Constituição de 1988 a determinar que cada ente local elabore a sua "Constituição Municipal", o que não se vislumbrou nas constituições anteriores. Por fim, a autonomia legislativa remete ao sistema normativo de cada município, constituído pelas espécies legislativas previstas no art. 59 da Constituição e possíveis em nível

6 Cfr. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 6ª Ed. Grupo GEN, 2013, p. 140-141). O Supremo Tribunal Federal também tem se manifestado nesse sentido: direitos do consumidor e a a constitucionalidade de leis municipais a fixar o tempo máximo de espera em fila (ARE 809489 AgR/SP, rel. Min. Rosa Weber, j. 28.05.2019); também na proteção ao meio ambiente e a constitucionalidade de lei local a determinar multas para a emissão de fumaça de veículos automotores no perímetro urbano (RE 194704/MG, rel. Min. Carlos Velloso, red. Min. Edson Fachin, j. em 29.06.2019).

7 Cfr. MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit, p. 96-121.

local: emenda à Lei Orgânica, lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decretos legislativos e resoluções.[8]

O município brasileiro alcançou na Constituição de 1988 uma posição única e singular na comparação com as demais federações quanto ao poder local enquanto ente integrante do pacto federativo. O único gargalo é o descompasso entre o pool de competências e as receitas disponíveis, uma vez que a concentração das receitas públicas na União é bastante elevada. De toda a receita pública nacional, se for levado em contaão a arrecadação tributária e as receitas de serviços, agropecuárias, patrimoniais, industriais e de contribuições, a participação dos municípios em 2012 foi de 7,19%, dos Estados 25,10% e da União 67,71%. A participação municipal nas receitas correntes disponíveis, a incluri as transferências constitucionais e voluntárias, foi em 2012 de 19,43%; 24,13% para os Estados e 55,44% para a União. A participação das municipalidades no total de recursos disponíveis (receitas de capital e correntes), em 2012 foi de 14,47%, 18,91% aos Estados e à União 66,62%. Na comparação com 2013 observa-se um acréscimo de 14,53% nas receitas municipais, e, na comparação de 2013 com 2014 o acréscimo é de 10,64%.[9]

O descompasso do pacto federativo nacional é considerável. Ao lado de uma ainda elevada concentração de receitas na União se encontram relevantes competências paras as unidades subnacionais, sem a necessária contrapartida finaneira. A crise fiscal em 2020 se agrava com os efeitos da pandemia Covid-19. Ao mesmo tempo, sente-se os efeitos de um desenho federativo que precisa ser refeito, com muito mais profundida do que a superficial PEC do Pacto Federativo (PEC 188/19),[10] cuja desatualização auxilia no agravamento da crise fiscal das pessoas políticas que integram a Federação. Os repasses da União para os Estados,

8 Cfr. CORRALO, Giovani da Silva, CORRALO, op. cit. 2014, p. 191-231.Giovani da Siva, op. cit, 2011, p. 54-55.

9 Cfr. BREMAEKER, François E. J. de. As finanças municipais em 2014, 2015.

10 A PEC 188/19 está muito mais para uma PEC da Responsabilidade Fiscal do que para uma PEC do Pacto Federativo.

Distrito Federal e Municípios em 2020 evitaram o colapso. De toda a sorte, redesenhar o pacto federativo brasileiro é uma tarefa premente, a diminuir a concentração de receitas e de poder da União com a respectiva descentralização para os entes regionais e locais.

2. O município no Sistema Único de Segurança Pública

A temática da segurança pública é atual. Infelizmente o Brasil sustenta indicadores de violência – mortes dolosas – equiparáveis aos países em guerra. São mais de 30 mortes por cem mil habitantes/ano. Na América do Sul perde apenas para a Venezuela. São mais de 1,2 milhões de brasileiros que perderam a vida em homicídios dolosos de 1991 a 2017.[11] A Organização Mundial de Saúde considera uma situação epidêmica quando este indicador supera as 10 mortes por cem mil habitantes/ano, o que por si demonstra o desafio em termos de políticas públicas que possam diminuir esse cenário dantesco. Ao lado de regiões que conseguem se aproximar do patamar máximo sugerido pela OMS (não conseguem diminuir muito) se encontram regiões em que o indicador mais o que duplica. Combater a violência é salvar vidas, o que requer uma atuação conjugada e integrada de todas as pessoas políticas que formam a Federação.

Importa compreender a Lei 13.675/18 no constitucionalismo brasileiro e na atribuição de competências aos municípios e o papel destes no séc. XXI e antes da entrada em vigor deste novo marco legal.

Não há maiores dúvidas que a Lei 13.675/18 é uma referência sobre segurança pública, articulada com as normas constitucionais e as experiências de políticas públicas anteriores. Como a hermenêutica deve partir do texto constitucional, registra-se que o art. 144 da Constituição Federal realça o papel da União, do Distrito Federal e dos Estados na efetivação da segurança pública,

11 UNODC – Unidet Nations Office on Drugs and Crime.

especialmente através dos órgãos previstos no caput: polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civis, militares e corpos de bombeiros militares e penais nos respectivos níveis. Citada no §8º se encontram as guardas municipais, sobre as quais refletirá, diante da sua nova amplitude. Também a Emenda à Constituição 82 de 2014 incluiu a segurança viária no §10 desse artigo. Nesses termos, para as municipalidade há a menção expressa das guardas municipais e da segurança viária como órgãos que integram a segurança pública.

Não obstante a segurança pública tenha sido compreendida por muito tempo como atribuição fora do alcance municipal, o cenário mudou nas últimas décadas. Primeiro, com a Lei 11.530/07, que instituiu o PRONASCI – Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, que protagonizou os municípios, Distrito Federal e estados para a execução dos seus projetos via instrumentos de cooperação federativa. Não obstante os projetos e programas (Reservista Cidadão; Protejo; Mulheres da Paz e Bolsa-Formação) tenham sido elaborados pelo Ministério da Justiça, a sua execução dependia dos municípios, bem como a adequação às particularidades e singularidades locais. O protagonismo local na organização dos gabinetes de gestão integrada (GGI, art. 6º da referida lei) foi um gérmen dessa nova visão do município nas ações de segurança pública. O PRONASCI ressignificou as ações de segurança no pacto federativo nacional.

Há muito tempo a polícia administrativa exercida pelas municipalidades, nas matérias das suas competências, defende a ordem pública e a segurança como um direito fundamental. Mais do que isso, as guardas municipais, nos municípios que as possuem, concretizam uma atuação enquanto polícia de segurança interna – vigilância, dissuasão e constrangimento – desde que relacionada aos bens públicos municipais, a englobar os bens dominicais, de

uso especial e de uso comum. [12] Logo, se está diante de uma intensa atuação na segurança pública. Não é sem razão que o número de municípios com guardas municipais tem estado a crescer nos municípios com mais de 50.000 habitantes, especialmente as guardas armadas.[13] Ademais, a Lei 13.022/14, que instituiu o Estatuto das Guardas Municipais, possui uma normatização que empodera a inequívoca inclusão desses órgãos no sistema de segurança pública, com a capacidade de não somente realizar a segurança dos bens municipais, mas das também das pessoas, como também o exercício associado de polícias administrativas correlativas, a exemplo da polícia administrativa do trânsito, desde que relacionada aos diversos bens públicos municipais.[14]

A Lei 13.675/18 tem por foco a articulação dos órgãos de segurança através do Sistema Único de Segurança Pública e da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Nacional em prol da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Já no art. 1º se faz menção aos órgãos de todas as pessoas políticas e na ação articulada com a sociedade. A Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Nacional – PNSPDS – é da competência da União, a resguardar a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para instituir suas próprias políticas, observando-se as diretrizes da política nacional (art. 3º). Os entes subnacionais possuem o prazo de 2 (dois) anos para instituir os seus planos a contar da publicação do plano nacional (art. 22).

A atuação integrada e coordenada dos órgãos de segurança de todas as pessoas políticas é uma importante diretriz da PNSPDS (art. 5º e 10), a seguir a bem sucedida experiência dos

12 Cfr. CORRALO, Giovani da Silva. Direito Administrativo da Segurança Pública e Poder Municipal: comentários ao Estatuto Geral das Guardas Municipais. Curitiba: Juruá. 2016, p. 11-25.

13 Cfr. CORRALO, Giovani da Silva; KEMMERICH, Jonatha. A estrutura do poder municipal e as políticas de segurança: um novo paradigma federativo. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 10, p. 126-140, 2016.

14 O Supremo Tribunal Federal já decidira, ante mesmo do referido Estatuto: "é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas" (STF, RE 658.570, rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.08.2015).

gabinetes integrados do PRONASCI. Integram o Sistema Único de Segurança Pública – SUSP – todas as pessoas políticas, por seus Executivos, e os seus respectivos conselhos de segurança pública e defesa social. Operacionalmente integram o SUSP todos os órgãos de segurança, nos quais as guardas municipais encontram-se expressamente listadas, como também os agentes de trânsito (art. 9º). Resguarda-se a liberdade para a organização dos sistemas estaduais, distrital e municipais de segurança pública e a operacionalização dos programas, ações e projetos, nos limites constitucionais e legais (§4º do art. 9º).

Os conselhos municipais permanentes de segurança pública e defesa social devem ser instituídos por lei em cada município, com caráter sugestivo, consultivo e de acompanhamento, formados por representantes dos órgãos de segurança, Poder Judiciário, Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público, Defensoria Pública, entidades da sociedade civil relacionados à segurança e proteção social e entidades profissionais de segurança pública. Os representantes das entidades escolherão, em assembleia, as que estarão representadas. O mandato dos conselheiros será de dois anos, possibilitada uma recondução (art. 19 a 21). Trata-se de um importantíssimo órgão articulador de políticas públicas de segurança, seja para a sua formulação, acompanhamento e avaliação em nível local.

Os municípios também terão que definir metas a serem alcançadas, além da necessidade de avaliação das políticas implementaras, no cotejo das metas, o que deve ocorrer com a participação dos conselhos e das entidades diretamente envolvidas. A definição de metas é imprescindível a um adequado processo de gestão pública, a comprometer a própria administração. Também se prevê a criação do Sistema Nacional de Acompanhamento e Avaliação das Políticas de Segurança Pública e Defesa Social (art. 26 a 32). Reafirma-se a competência, o que não poderia ser diferente em razão da própria Constituição Federal, do Legislativo

de cada pessoa política no acompanhamento das ações no âmbito do respectivo ente (art. 30). Também é constituído o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas – Sinesp – a fim de trazer transparência e integração de dados e informações, formado por todas as pessoas políticas (art. 35 a 37).

Por fim, é instituído o Sistema Integrado de Educação e Valorização Profissional – Sievap – focado na qualificação permanente dos profissionais de segurança, como também o Programa Pró-Vida, a fim de auxiliar esses profissionais para o máximo de saúde no trabalho (art. 38 a 42). Especialmente no que tange às guardas municipais, tem-se a perspectiva de treinamentos e capacitações contínuas, essencial para a eficiência e eficácia máxima dessas forças de segurança.

Considerações finais

Refletir sobre o poder municipal e as políticas de segurança há décadas significa um esforço de compreender o protagonismo cada vez maior do poder local nessas políticas. Denota uma mudança paradigmática que tem como marco a Constituição de 1988, inequivocadamente, aquela que mais potencializou as competências locais.

Além de considerar o município um ente integrante do pacto federativo, posição única nas federações existentes e que já existiram, consignou-se um plexo de autonomias, extraídas da repartição de competências, a abranger a autonomia política, auto-organizatória, administrativa, legislativa e financeira.

A redação da Constituição de 1988 já mencionava, no art. 144 – pertinente à segurança – as guardas municipais. Aliás, mesmo antes já havia guardas municipais, muitas armadas, especialmente em municípios de médio e grande porte. O PRONASCI, instituído

em lei no ano de 2008, significou um expressivo avanço, pois os municípios foram expressamente relevados como imprescindíveis para a concretização dos seus programas e projetos e na articulação de todos os órgãos que atuam nessas políticas pelos gabinetes integrados. O Estatuto das Guardas Municipais, de 2014, também significou acréscimos, pois disciplinou minuciosamente esse importante órgão de segurança pública, no sentido já apontado pela doutrina de se permitir o exercício de uma verdadeira polícia ostensiva nos diversos bens públicos municipais.

De toda a sorte, a Lei 13.675/18 sintetizou todos os avanços consignados, seja por expressar a importância das guardas municipais como órgão de segurança pública, seja por consignar o papel dos municípios. Dissipam-se, de vez, o que em grande parte já estava afastado na doutrina e práticas administrativas, a ideia de que o município não possui um considerável protagonismo nas ações de segurança pública. Não somente possui como é responsável pela elaboração, implementação, monitoramento e avaliação das mais variadas políticas de segurança pública.

Impende afirmar que, em toda a história do municipalismo brasileiro, nunca se negou aos entes locais a competência para a elaboração e implementação de políticas de segurança pública de caráter preventivo, vez que essas sempre se enquadraram no interesse peculiar ou local das municipalidades, nas quais se encontram as mais diversas políticas sociais e assistenciais.

O avanço que se observa nessas últimas décadas se encontra nas ações de segurança pública propriamente ditas – políticas de vigilância, dissuasão e constrangimento –, não somente de caráter preventivo. A Lei 13.675/18, de forma robusta, inclui os municípios em quase todas as suas normas. É o que se observa na competência para articular a atuação integrada de todos os órgãos de segurança, na elaboração dos planos municipais de segurança pública e defesa social, na participação do Sistema Único de Segurança Pública, na constituição dos conselhos municipais de

segurança pública e defesa social, dentre outras.

Assim, confirma-se a hipótese avençada com a consignação do elevado protagonismo dos entes locais nas políticas públicas de segurança, no âmbito das competências constitucionais, expressamente consignado pela Lei 13.675/18. Cada vez mais as municipalidades brasileiras atingem considerável maturidade nas mais diversas políticas públicas, razão pela qual o repensar o pacto federativo também é uma tarefa cada vez mais premente para equilibrar o federalismo fiscal. Este, porém, é tema para muitas outras reflexões.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 6ª Ed. Grupo GEN, 2013.

BREMAEKER, François E. J. de. As finanças municipais em 2014, 2015. Disponível em: <http://www.oim.tmunicipal.org.br/abre_documento.cfm?arquivo=_repositorio/_oim/_documentos/1D3C8013-9D69-1A28-A93A2B87A7F4CD8323122015014323.pdf&i=3005> . Acesso em 20 jan 2016.

CORRALO, Giovani da Silva. Curso de Direito Municipal. São Paulo: Atlas, 2011.

CORRALO, Giovani da Silva. Município: autonomia na Federação. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2014.

CORRALO, Giovani da Silva. Direito Administrativo da Segurança Pública e Poder Municipal: comentários ao Estatuto Geral das Guardas Municipais. Curitiba: Juruá. 2016.

CORRALO, Giovani da Silva; KEMMERICH, Jonatha. A estrutura do poder municipal e as políticas de segurança: um novo paradigma federativo. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 10, p. 126-140, 2016.

COSTA. Nelson Nery. Direito Municipal Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRERI, Janice Elena. A Federação. In: BASTOS, Celso (Org.). Por uma nova federação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 2002.

RAMOS, Dirceo Torrecillas. O Federalismo Assimétrico, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REZENDE, Fernando. A crise do federalismo brasileiro: evidências, causas e consequências, In: REZENDE, Fernando (Org.). O Federalismo Brasileiro em seu labirinto. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

UNODC – Unidet Nations Office on Drugs and Crime. Disponível em: < https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2019/07/brasil-tem-segunda-maior-taxa-de-homicdios-da-amrica-do-sul--diz-relatrio-da-onu.html>. Acesso em 15 dez. 2020.

Notas sobre o direito fundamental à boa governança e compliance na administração pública brasileira

Notes on the fundamental right to good governance and compliance in the Brazilian public administration

Giovani da Silva Corralo[1]

Sumário: 1. Direito fundamental à boa governança; 2. Compliance: compreensão geral; 3. Compliance na administração pública brasileira; Considerações Finais.

Resumo: A presente pesquisa tem por objeto o estudo do direito fundamental à boa governança e do compliance na administração pública brasileira. A importância se deve pela atualidade das temáticas governança e compliance, a permear os estudos jurídicos nas últimas três décadas, com importantes pontos teóricos de intersecção. Tais institutos aprimoram as práticas administrativas no sentido de um agir probo e rétido, consoante os regramentos existentes e avesso aos desvios de qualquer gênero. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, a perscrutar a hipótese da relação diretamente proporcional da boa governança com os instrumentos de compliance e a sua aplicação na administração pública. Para tanto, discorre-se, no primeiro capítulo, sobre a boa governança, com base na doutrina e nos documentos do Banco Mundial, que desde a década de 90 do século passado são referências para o tema. Na sequência é analisado o compliance e seus elementos essenciais. Por fim, compreende-se as normatizações existentes para a administração pública brasileira que concretizam o compliance e a boa governança, especialmente em nível federal. Conclui-se que o direito à boa governança se encontra teoricamente entrelaçado com os pressupostos do compliance e que administração pública brasileira possui um considerável avanço normativo para a sua plena concretização, especialmente nesta última década.

1 Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (Graduação e Mestrado). Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Especialista em Advocacia Municipal pela UFRGS. Professor convidado dos programas de mestrado da Universidade Agostinho Neto – Angola. E-mail: gcorralo@upf.br

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

Palavras-chave: Administração pública; Boa governança; Compliance.

Abstract: This research aims to study the fundamental right to good governance and compliance in the Brazilian public administration. The importance is due to the current governance and compliance issues, permeating legal studies in the last three decades, with important theoretical points of intersection. Such institutes improve administrative practices in the sense of acting honestly, according to the existing rules and averse to deviations of any kind. The hypothetical-deductive method is used to examine the hypothesis of a directly proportional relationship between good governance and compliance instruments and their application in the Brazilian public administration. For this purpose, the first chapter discusses good governance, based on World Bank doctrine and documents, which since the 1990s have been references to the theme. Next, compliance and its essential elements are analyzed. Finally, we understand the existing regulations for the Brazilian public administration that concretize compliance and good governance, especially at the federal level. It is concluded that the right to good governance is theoretically intertwined with the assumptions of compliance and that the Brazilian public administration has a considerable normative advance for its full implementation, especially in the last decade.

Keywords: Compliance; Good governance; Public administration.

1. Direito fundamental à boa governança

Reflexões sobre a boa governança nos governos é algo relativamente recente. O grande impulso foi dado pelo Banco Mundial no início dos anos noventa do século passado, enquanto condicionante para a liberação de recursos aos países em desenvolvimento, com maior relevo aos que tinham saído de regimes ditatoriais. Buscar condições institucionais para a melhor aplicação possível dos recursos dispoinbilizados era o grande foco.

Em 1992, no documento Governance and Development, ficou

cunhada a definição mais difundida[2] "governance is defined as the manner in which power is exercised in the management of a country's economic and social resources for development."[3] Outros documentos contemporâneos do Banco Mundial foram relevantes,[4] dos quais é possível identificar quatro dimensões essenciais de uma boa governança: Estado de Direito, transparência, participação e accountability.

A existência de um quadro normativo que confira previsibilidade e segurança é imprescindível, em outras palavras, um verdadeiro Estado de Direito. A transparência é crucial para o controle da própria espacialidade estatal, de forma que a sociedade tenha acesso às informações públicas. A participação social é nodal para a boa governança, o que se perfaz com a articulação governamental com a sociedade e os atores econômicos. Significa envolver da forma mais ampla possível todos os interessados nos processos decisórios. Por fim, a accountability denota uma mescla de responsabilização e controle, a requerer a prestação de contas de todos os que fazem a gestão de recursos e a existência de instâncias efetivas de controle e responsabilização.

Tais considerações permitem distinguir a governança do governo em si e da governabilidade. O governo se dá na instância estritamente estatal, mormente nas decisões atinentes à esfera da discricionariedade política e das políticas públicas, focado nos detentores de mandato eletivo para decidir. A governabilidade tem por base as condições para o exercício do poder, no caso brasileiro, a necessidade de uma maioria parlamentar é importante condição de governabilidade. A governança, assim, extrapola a dimensão estatal com a necessária articulação com a sociedade civil e os

2 Cfr. WORLD BANK. Governance and Development. Washington: The World Bank, 1992.

3 "governança é definida como a maneira na qual o poder é exercido na gestão dos recursos econômicos e sociais para o desenvolvimento." (tradução nossa).

4 Cfr. WORLD BANK. Sub-Saharan Africa: From Crises to Sustainable Growth. Washington: The World Bank, 1989; WORLD BANK. Managing development: the governance dimension. Washington: The World Bank, 1991; WORLD BANK. Governance: The Bank's Experience. Washington: World Bank, 1994.

atores econômicos.[5]

De forma a abarcar a boa governança a União Europeia, na Carta de Nice, definiu o direito à boa administração pública como um direito fundamental.[6] Nesse diapasão Juarez Freitas também consignou o direito fundamental à boa administração no constitucionalismo brasileiro, assim conceituado:

> trata-se do direito fundamental à administração publica eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.[7]

Em razão da compatibilidade dos elementos conceituais da boa administração com a boa governança que também é possível considerar a boa governança enquanto um direito fundamental, a requerer a efetividade de um adequado Estado de Direito, transparência, participação e accountability, a fazer com que as normas cogentes no regime jurídico de direito administrativo pátrio

---

5 Cfr. GONÇALVES, Alcindo. O Conceito de Governança. Congresso Nacional do CONPEDI, 14º, 2005, Fortaleza - CE. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2006; MATOS, Fernando; DIAS, Reinaldo. Governança Pública: novo arranjo de governo. Campinas: Alínea, 2013; MATIAS-PEREIRA, José. Governança no Setor Público. São Paulo: Atlas, 2010.

6 Cfr. UNIÃO EUROPÉIA, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2002: Artigo 41. Direito a uma boa administração 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente; b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua."

7 Cfr. FREITAS, Juarez. FREITAS, Juarez. Discricionairedade Adminstrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 220.

sejam efetivamente cumpridas.[8]

2. Compliance: compreensão geral

Compliance traduz a ideia de integridade, de conformidade às regras existentes, de um agir retido e probo. Para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – compliance é "um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores".[9]

Nota-se a vinculação direta entre compliance e combate à corrupção e desvios de todo o gênero. A Trasnparency International no índice de percepção da corrupção de 2019, com a análise de 180 países num ranqueamento que vai até 100 pontos, mostra que 2/3 dos países tiveram pontuação abaixo de 50 pontos. A pontuação média foi 43 e Brasil ficou com 35 pontos, no 106º lugar.[10] A corrupção mostra-se pandêmica, a requerer instrumentos jurídicos e ações efetivas para combate-la.

Os avanços na legislação brasileira tiveram como escopo todo um esforço internacional para coibir práticas corruptivas, a pressupor que os crimes também se transnacionalizam. Importa registrar, nos Estados Unidos, o FCPA – Foreign Corrupt Practice Act – que em 1977 proibiu o pagamento ou promessa de valores para funcionários públicos estrangeiros para a obtenção de contratações, além de regras para a máxima transparência contábil, medida que trouxe bilhões de prejuízos às empresas americanas pelas limitações que inexistiam para empresas concorrentes de outros países. Em 2000, mesmo sem integrar a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – o Brasil assinou

8 Cfr. CORRALO, Giovani da Silva. Há um direito fundamental à boa governança?. ESPAÇO JURÍDICO, v. 18, p. 165-184, 2017.

9 Cfr. CADE. Guia para programas de compliance, 2017.

10 Cfr. TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrupção, 2019.

a Convenção sobre o combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, ratificado pelo Congresso Nacional no mesmo ano. Também é signatário da Convenção Interamericana contra a Corrupção, assinada e ratificada pelo Congresso em 2002 e da Convenção da Organização das Nações Unidas, assinada em 2005 e ratificada em 2006. Este último "é o maior instrumento vinculante internacional de combate à corrupção de funcionários estrangeiros".[11]

Os principais bancos internacionais de fomento - World Bank, African Development Bank Group, Asian Development Bank, European Bank for Reconstruction and Development, Inter-American Development Bank Group –têm atuado de forma articulada para banir empresas sancionadas por alguma instituição por prática de atos de corrupção.[12]

Busca-se, com o compliance, a instituição de um programa específico em cada organização a fim de atender as suas particularidades e singularidades e para evitar os mais diversos desvios. As práticas corporativas devem ser devidamente consideradas para que se possa criar uma cultura de compliance. A proatividade da cúpula gerencial e o seu envolvimento são decisivos – tone of the top – para que as estratégias sejam devidamente implementadas.[13]

Programas de compliance necessariamente remetem a melhoras nos sistemas de controle interno, cogente para todos, indistintamente. Há sete etapas e ações que se complementam: identificação e revisão dos riscos; definição da governança e procedimentos; plano de comunicação eficaz; treinamento

11 Cfr. PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: Temas de Anticorrupção & Compliance. Elsevier: Rio de Janeiro, 2013, p. 21-37.

12 Cfr. PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. ob. cit., p.40.

13 Cfr. WAGATSUMA, Adriana Tocchet; CATTAN, Karina Nigri; FERNANDES, Luciana Miliauskas. Departamento de compliance – independência e autonomia. In: Guia Prático de Compliance (FRANCO, Isabel org.). Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 46-49.

contínuo e efetivo; canais de comunicação para recebimento de denúncias; investigação e remediação; avaliação permanente com auditoria e melhoria contínua. O conhecimento dos meandros, processos e práticas consolidadas no decorrer dos anos é crucial, a incluir as relações com outras organizações, governamentais ou não, especialmente para a definição dos riscos. Os registros contábeis devem refletir fidedignamente a natureza das despesas, sem maquilagem, bem como as contas sensíveis. Entrevistas e reuniões com pessoas chaves também auxiliam muito, bem como a avaliação dos contratos firmados e a sua execução. São elementos decisivos num programa de compliance: "governança, níveis de delegação, mecanismos disciplinares, padrões e procedimentos do programa de compliance, comunicação e treinamento, relacionamento com terceiros, monitoramento/auditorias/relatórios e melhoria contínua."[14]

3. Compliance na administração pública brasileira

Não é uma tarefa fácil discorrer sobre compliance na administração pública brasileira, até porque a maior parte da história pátria teve como marco o patrimonialismo e a consequente mistura do que é público com o que é privado, mais enfaticamente durante o período colonial.[15] Aliás, é possível afirmar que somente no final da década de 30 do século XX se observa uma efetiva implementação do modelo burocrático, e em meados da década de 90 a tentativa de efetivação do gerencialismo. Não obstante tais reformas, o patrimonialismo sempre se manteve como uma sombra constantemente presente nas práticas administrativas, a requerer instituições cada vez mais robustas na tentativa de coibir

14 Cfr. CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do compliance anticorrupção em um país emergente. In: Temas de Anticorrupção & Compliance. Elsevier: Rio de Janeiro, 2013, p. 152-165.

15 Cfr. COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial. In: Temas de Anticorrupção & Compliance. Elsevier: Rio de Janeiro, 2013, p. 1-17.

a sua nefasta influência.

Pensar em programas de integridade na espacialidade administrativa estatal requer analisar as relações desempenhadas com os diversos atores privados nas contratações públicas e também nas ações internas a fim de coibir os mais diversos desvios. No campo normativo muito se avançou na elaboração de um regramento bastante abrangente no combate a atos desaprovados, não obstante a eficácia jurídica e efetividade possam ser questionadas.

Há muito o Código Penal tipifica os crimes contra a administração pública, em todos os níveis, num conceito bastante amplo de agente público. A lei dos crimes de responsabilidade – Lei 1.079/50, com eficácia para agentes em nível federal e estadual, também traz importantes normas, há mais de 70 anos. No mesmo diapasão a lei das licitações – Lei 8.666/93, a lei de improbidade administrativa - Lei 8.429/92 e a lei da ação popular – Lei 4.717/65.

Num período mais próximo novas leis se somaram neste esforço, como a lei da lavagem de dinheiro – Lei 9.613/998 e 12.683/2012), a lei da ficha limpa (Lei Complementar 135/2000), a lei do acesso à informação pública (Lei 12.527/2011), a lei de prevenção de conflito de interesses na administração federal (Lei 12.813/2013), a lei das organizações criminosas (Lei 12.850/2013), a lei anticorrupção (Lei 12.846/2013), a lei das estatais (Lei 13.303/2016), lei dos usuários de serviços públicos (Lei 13.460/17) e a lei das agências reguladoras (Lei 13.848/2019). A tudo isso se soma a atuação dos órgãos de conta que impõem sanções civil-administrativas aos ordenadores de despesas diante de irregularidades.

O arcabouço normativo é bastante amplo e com uma gama muito ampla de responsabilizações. Entretanto, como o Brasil consegue estar muito mal posicionado na comparação entre os países quando o tema é corrupção? Por que a eficácia jurídica é tão limitada? Quais as razões que não permitem que o mundo

normativo do dever ser se projete em realidade concreta?

Talvez a lógica usualmente utilizada da responsabilização posteriormente aos atos cometidos não seja suficiente. A apropriação da experiência dos programas de compliance nas organizações privadas pode servir de modelo para o aprimoramento da gestão pública, especialmente na lógica inversa de buscar a prevenção e a não ocorrência de ilicitudes/ilegalidades.

A Constituição de 1988 definiu, nos art. 70 a 75, os sistemas interno e externo de controle. O sistema externo é exercido pelo parlamento, com o apoio dos órgãos de contas. Nesse estudo importa o sistema interno, organizado pela própria administração, com o objetivo de realizar auditorias permanentes para identificar e evitar todos e quaisquer desvios. O campo de atuação dos sistemas de controle interno é bastante amplo, a permitir a elaboração de programas completos, nos moldes do compliance nas organizações privadas. As sete etapas já mencionadas podem ser plenamente concretizadas.[16] Aliás, resta observar que em nível federal se avançou com regras específicas de governança, consignadas no Decreto 9.203/2015, que incorpora categorias próprias do compliance, como a integridade, gestão de riscos, transparência, accountbility, dentre outras.

Considerações finais

O combate à corrupção ainda é uma das grandes prioridades nacionais. Os escândalos da última década – mensalão e petrolão – abalaram a República. Análises independentes como a realizada pela Transparência Internacional anualmente colocam o Brasil numa péssima posição mundial no combate à corrupção.

Ao mesmo tempo observa-se a elaboração de um sofisticado sistema normativo a fim de dar conta dos mais diversos desvios. Aliás,

16 Identificação e revisão dos riscos; definição da governança e procedimentos; plano de comunicação eficaz; treinamento contínuo e efetivo; canais de comunicação para recebimento de denúncias; investigação e remediação; avaliação permanente com auditoria e melhoria contínua.

no campo legislativo o Brasil tem tido instrumentos adequados para o combate à corrupção e desvios de todo o gênero. As instituições, por sua vez, se fortaleceram com a Constituição de 1988, como é o caso do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e da própria sociedade civil. Uma maior maturidade institucional pode conduzir a consideráveis e aceitáveis níveis de eficácia e efetividade dos dispositivos existentes, ainda com reflexos mitigados na realidade pátria. Entretanto, trata-se de um caminho a ser percorrido, sobre o qual não se tem condições de prever a sua vastidão.

A mudança de foco pode ser uma alternativa. Ao invés dos controles e responsabilizações a posteriori, pode ser que o melhor caminho seja a antecipação da própria administração pública aos problemas atinentes à corrupção e desvios, logo, com a utilização de controles ex ante, de caráter preventivo. Para tanto, a Constituição de 1988, nos artigos 70 a 75, definiu um elaborado e integrado sistema de controle externo e interno, o primeiro, realizado pelo parlamento com o apoio técnico dos órgãos de controle; o segundo, com organização e funcionalidade no âmbito de cada um dos poderes constituídos, em todos os níveis da Federação.

O controle interno denota uma obrigação legal e um empoderamento da própria administração para se adiantar ao cometimento das mais diversas irregularidades. Deve ter uma organização e procedimentos adequados para tanto. É nesse contexto que as práticas de governança e compliance se somam, num mesmo direcionamento, como importantes elementos a contribuir para o aprimoramento dessa atuação institucional.

A governança a garantir um sistema normativo capaz de previsibilidade e segurança para todos os atores sociais e econômicos; a transparência plena e ampla facilidade de acesso à informação pública; canais relevantes de participação e controle social, como referendos, plebiscitos, audiências e consultas públicas, ouvidorias – ombudsman, dentre outros; e a devida accountability, a denotar a ideia de prestação de contas e

responsabilização.

Os programas de compliance se somam enquanto experiências a serem adotadas, mesmo enquanto um conjunto de práticas em organizações privadas. Pode abranger terceiros com quem a administração pública se relacione contratualmente (sentido lato sensu, a abranger todas as pactuações), para os quais é possível definir a obrigatoriedade de programas internos de compliance e até mesmo a realização de due diligence. Ademais, as práticas de compliance podem ser aplicadas na internalidade da espacialidade pública estatal, a resultar em programas completos de prevenção à corrupção e desvios de todo o gênero. É nesse sentido que elementos presentes no compliance repercutem no decreto federal sobre a governança (Decreto 9.203/2015) e na lei das estatais (Lei 13.303/16), como é o caso da gestão dos riscos e identificação de áreas sensíveis. Para as estatais a realização de auditorias independentes e de regras de governança ampliam o escopo. A presença de canais de denúncias tem se fortalecido com a lei dos usuários de serviços públicos (Lei13.460/16) e a obrigatoriedade de ouvidorias.

A elaboração de programas de compliance na administração pública pode conduzir a uma melhor articulação, eficiência e eficácia dos diversos institutos atualmente previstos na ordem jurídica, como também ao aprimoramento administrativo com as práticas já desenvolvidas na administração privada. Por conseguinte, pode-se ter uma maior proximidade da concretização do direito fundamental à boa governança, tão importante para uma maior legitimação da própria administração perante os cidadãos, como também para a efetividade das normas que constituem o regime jurídico de direito administrativo. Por fim, confirma-se a hipótese dessa pesquisa, a demonstrar a relação diretamente proporcional dos elementos da boa governança com a compliance e a total factibilidade de efetivação na administração pública brasileira.

Referências Bibliográficas

CADE. Guia para programas de compliance. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-complian-ce-versao-oficial.pdf>. Acesso em 25 nov. 2019.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do compliance anticorrupção em um país emergente. In: Temas de Anticorrupção & Compliance. Elsevier: Rio de Janeiro, 2013.

CORRALO, Giovani da Silva. Há um direito fundamental à boa governança? ESPAÇO JURÍDICO, v. 18, p. 165-184, 2017.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial. In: Temas de Anticorrupção & Compliance. Elsevier: Rio de Janeiro, 2013.

FREITAS, Juarez. Discricionairedade Adminstrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2009.

GONÇALVES, Alcindo. O Conceito de Governança. Congresso Nacional do CONPEDI, 14º, 2005, Fortaleza - CE. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2006. <http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

MATIAS-PEREIRA, José. Governança no Setor Público. São Paulo: Atlas, 2010.

MATOS, Fernando; DIAS, Reinaldo. Governança Pública: novo arranjo de governo. Campinas: Alínea, 2013.

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: Temas de Anticorrupção & Compliance. Elsevier: Rio de Janeiro, 2013.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrupção, 2019. Disponível em: < encurtador.com.br/eqxAD>.

Acesso em 20 dez. 2020.

UNIÃO EUROPÉIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2002. Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2014.

WAGATSUMA, Adriana Tocchet; CATTAN, Karina Nigri; FERNANDES, Luciana Miliauskas. Departamento de compliance – independência e autonomia. In: Guia Prático de Compliance (FRANCO, Isabel org.). Rio de Janeiro: Forense, 2020.

WORLD BANK. Sub-Saharan Africa: From Crises to Sustainable Growth. Washington: The World Bank, 1989. Disponível em: <http://wwwwds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1999/12/02/000178830_98101901364149/Rendered/PDF/multi0page.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2019.

WORLD BANK. Managing development: the governance dimension. Washington: The World Bank, 1991. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2006/03/07/00009

0341_20060307104630/Rendered/PDF/34899.pdf>. Acesso em: 05 maio 2019.

WORLD BANK. Governance and Development. Washington: The World Bank, 1992. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/1992/04/440582/governance-development>. Acesso em: 02 dez. 2020.

WORLD BANK. Governance: The Bank's Experience. Washington: World Bank, 1994. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/1994/05/698374/governance-world-banks-experience>. Acesso em 03 fev. 2019.

Estado de direito ambiental da ONU e a legislação verde brasileira: ainda o desafio da efetividade

UN state of environmental law and Brazilian green legislation: still the challenge of effectiveness

Jeferson Antonio Fernandes Bacelar[1]

Frederico Antonio Lima de Oliveira[2]

Sumário: 1. A legislação verde do Brasil e o Primeiro Relatório Global (PNUMA): Estado de Direito Ambiental; 2. Antecedentes externos e o constitucionalismo verde; 3. Indicadores de efetividade legislativa ambiental; Considerações finais.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar reflexões a respeito da legislação verde e do constitucionalismo verde brasileiros, a partir da percepção de que o arcabouço jurídico ambiental está muito bem organizado, mesmo com suas fragilidades e dilemas, como um conjunto de textos normativos desde portarias, resoluções, leis até dispositivos da Constituição da República de 1988 – CF/1988. Tal ponto de partida é confrontado com o relatório Estado de Direito Ambiental – Primeiro Relatório Global, apresentado em 2019, pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA, que aponta que na maioria dos países do planeta mesmo com uma legislação ambiental avançada as questões relativas ao tema não têm sido superadas, havendo, portanto, um déficit de efetividade. A pesquisa apresentada é, essencialmente, bibliográfica e legislativa destinando-se a analisar o Relatório da ONU, em conjunto com

1 Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos na UNESA-RJ. Mestre em Direito do Estado pela Universidade da Amazônia. É membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Professor Titular da Universidade da Amazônia - UNAMA, na graduação e na Pós-Graduação Lato e Stricto Sensu (Mestrado em Direitos Fundamentais). E-mail:jafbacelar@yahoo.com.br

2 Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito de Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Universidade da Amazônia- UNAMA, na Graduação e Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Promotor de Justiça de 3ª Entrância do Ministério Público do Estado do Pará. E-mail: frederico81@hotmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

seus antecessores, e avaliar se o ordenamento jurídico do Brasil se enquadra ao que se apresentou. O artigo oferece um apanhado das colaborações trazidas à CF/1988 pela expertise ambiental internacional. Pretende colaborar com o enfrentamento ao problema da inefetividade por intermédio dos indicadores. Discute as principais questões relativas aos indicadores, apresenta seu desenvolvimento e aplicação no contexto sociojurídico nacional e oferece algumas propostas que visam possibilitar a ampliação no uso dessas ferramentas, visando garantir acompanhamento quanto à efetividade dos textos normativos ambientais brasileiros.

Palavras-chave: Legislação Verde; Direitos Fundamentais; Estado de Direito Ambiental; Indicadores de efetividade.

Abstract: This paper aims aims to present reflections about Brazilian green legislation and green constitutionalism, from the perception that the environmental legal framework is very well organized, even with its weaknesses and dilemmas, as a set of normative texts from ordinances, resolutions, laws up to the provisions of the Constitution of the Republic of 1988 - CF / 1988. This starting point is compared with the report State of Environmental Law - First Global Report, presented in 2019, by the United Nations Environment Program - UNEP, which points out that in most countries on the planet even with advanced environmental legislation as issues related to the theme have not been overcome, there is, therefore, a deficit of effectiveness. The research presented is, essentially, bibliographic and legislative, aiming to analyze the UN Report, together with its predecessors, and to evaluate whether the legal system of Brazil fits what is presented. The article offers an overview of the collaborations brought to CF / 1988 by international environmental expertise. It intends to collaborate to face the problem of ineffectiveness through indicators. Discuss the main issues related to the indicators, present their development and application in the national socio-legal context, and offer some proposals that aim to enable the expansion in the use of these tools, the assured exercise regarding the effectiveness of the Brazilian normative texts.

Keywords: Green legislation; Fundamental rights; State of environmental law; Effectiveness indicators.

1. A legislação verde do Brasil e o Primeiro Relatório Global (PNUMA): Estado de Direito Ambiental

A legislação ambiental brasileira é considerada uma das mais completas e avançadas dentre os ordenamentos jurídicos globais. Seja no âmbito infraconstitucional ou constitucional o meio ambiente encontra-se amparado e protegido, formalmente. Em 2021 duas importantes leis ambientais completam quarenta anos de vigência: Lei 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e Lei 6.902/1981, que dispõe sobre a criação de estações ecológicas, áreas de proteção ambiental. Portanto, a presença de cuidados normativos direcionados ao ecossistema já possui trajetória temporal significativa.

Ainda podem ser citadas, apenas à guisa de exemplificação: Lei 12.651/2012, instituiu o novo Código Florestal Brasileiro; Lei 11.516/2007, dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica; Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, Lei de Biossegurança); Lei 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza; Lei nº 9.795, de 25 de abril de 1999, institui a Política Nacional de Educação Ambiental; Lei 9.605/1998, Lei de Crimes Ambientais; Lei 9.433/1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, Lei dos Agrotóxicos; Lei nº 7.735/89, criou o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.

Há também centenas de outros textos normativos federais como Resoluções, Portarias, Instruções Normativas, a grande maioria vinculadas à atuação do Ministério do Meio Ambiente (CONAMA, IBAMA, ICMBIO). Não se pode olvidar que, no contexto do federalismo cooperativo à brasileira, também há manifestações legiferantes dos entes federativos descentralizados: Estados-

membros, Distrito Federal e Municípios. Portanto, seja em qualidade, seja em quantidade pode-se afirmar que os problemas ambientais no Brasil não estão associados nem à anomia, nem à omissão legislativas. Para além de uma legislação (infraconstitucional) verde, o Brasil possui uma "Constituição Verde". Assim denominada a Constituição Federal de 1988 – CF/1988, tamanho o avanço que introduziu em relação às suas antecessoras.

Contudo, em recente relatório do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA (United Nations Environment Programme- UNEP), denominado Environmental Rule of Law: First Global Report (Estado de Direito Ambiental: Primeiro Relatório Global), constatou-se que mesmo com o aumento considerável da criação de leis ambientais nos últimos cinquenta anos o sentimento prevalecente é de fracasso ou frustração na perspectiva da efetividade. Faltaria "poder" ou eficácia às leis existentes.

No resumo descritivo do relatório, versão em espanhol, registrou-se que se a humanidade pretende manter-se nos "límites de los umbrales ecológicos críticos" é fundamental que compreenda, respeite e faça cumprir, amplamente, as leis ambientais, sendo o denominado estado de direto ambiental instrumento que "ofrece un marco para abordar la disparidad de las leyes ambientales en los libros y en la práctica y es fundamental para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible".[3]

O documento informa que a partir da compreensão quanto aos vínculos inequívocos e indeléveis entre meio ambiente e crescimento econômico, os países passaram a aprovar leis ambientais, sendo que em 2017, cento e setenta e seis países já possuíam leis tratando a respeito do tema. Mais que isto: "150 países habían consagrado la protección del medio ambiente o el derecho a un medio ambiente sano en sus constituciones".[4]

3 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. UNEP. Environmental rule of law: First global report. United Nations Environment Programme, Nairobi, 2019, p. VXI. Disponível em: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27279/Environmental_rule_of_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 de dez. 2020.
4 Idem.

Contudo, os avanços formais ou legiferantes, a existência dos textos normativos, não têm sido suficientes para reverter o processo de degradação ambiental, pois, com frequência, "la aplicación y el cumplimiento de las leyes y los reglamentos en materia de medio ambiente no están al nivel que se necesita para hacer frente a los problemas ambientales"[5].

Quais os problemas indicados no Relatório do PNUMA? a) As leis ambientas carecem de normas claras ou regulamentos necessários; b) Algumas leis aprovadas não estão adaptadas aos contextos nacionais e locais; c) Os ministérios (órgãos estatais do Executivo), encarregados da execução de políticas públicas, não possuem financiamento necessário e nem a mesma influência governamental de outros órgãos estatais, em especial àqueles responsáveis pelo "desenvolvimento econômico" do país; d) Ocorrências de assassinatos de defensores do meio ambiente; e) Restrições de apoio e financiamento para atividades da ONG's.

Antes que se direcione tais dificuldades e fragilidades aos denominados "países em desenvolvimento" o estudo forma que o "estado de derecho ambiental es un desafío para todos los países"[6]. Como se trata de pesquisa direcionada a dezenas de países e realidades sociais, econômicas e legais distintas foi necessário estabelecer critérios para que alcançasse confiabilidade, o que só foi garantido a partir de um conjunto de indicadores, os quais possibilitam avaliações mundiais periódicas, que permitam seguir progredindo na proteção ao meio ambiente, tanto no âmbito formal (vigência), quanto no âmbito material (eficácia/efetividade)[7].

Para além dos indicadores o estudo também aponta para a necessidade de a) Promover-se o intercâmbio entre jurisdições, visando troca de experiências e aprendizagem; b) Identificar, no âmbito interno, superposições na regulação de matéria ambiental; c) Ampliar a participação da população nos debates e

5 Idem.
6 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. op. cit, 2019, p. VXI.
7 Idem.

nas ações protetivo-ambientais, sejam governamentais ou não-governamentais; d) Priorizar a proteção de defensores ambientais, bem como daqueles que denunciam irregularidades; e) Criação de tribunais ambientais especializados. Alerta, contudo, que como são diversas e diversificadas as realidades locais ou regionais, as estratégias precisam ser avaliadas e implementadas de acordo com peculiaridades e circunstâncias[8].

A seguir, o artigo versa a respeito desta relação entre teoria e prática, entre o vigente e o efetivo, entre o legislado e o aplicado. E como os indicadores podem diminuir a inegável discrepância existente, que compromete o papel do direito, na sua essencialidade.

2. Antecedentes externos e o constitucionalismo verde

Em 1972 a Organização das Nações Unidas - ONU promoveu sua primeira Conferência sobre Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, Suécia. O resultado formal do referido evento foi a Declaração de Estocolmo, documento que alertava sobre a necessidade de preservar o meio ambiente, atribuindo, quanto ao tema, responsabilidade global. Também nessa Conferência foi instituído o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que é responsável por coordenar as ações da ONU, de abrangência internacional, relativas ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável. O princípio 2 da Declaração merece destaque, por asseverar que todos os recursos naturais da terra: "devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento" [9].

Na mesma senda, como continuidade ao evento de 1972, organizou-se a Conferência de Nairóbi (Quênia), de 1982, cujos objetivos fundamentais foram avaliar as decisões tomadas pelos governos no decêndio posterior à Declaração de

8 Idem.

9 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972. Disponível em: http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf. Acesso em: 10 fev. 2013.

Estocolmo, constituir a Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD) e planejar novas linhas de ação para os Estados.[10] A CMMAD, publicou um documento (relatório) considerado revolucionário à época, e ainda de grande importância à causa ambiental contemporânea, intitulado Our Common Future ou Nosso Futuro Comum, datado de 1987. Nele propôs-se, como objetivo da humanidade o conceito de desenvolvimento sustentável, tratando da questão como um viés do "desafio global". Dizia o relatório: "A humanidade é capaz de tornar o desenvolvimento sustentável - de garantir que ele atenda às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem também às suas"[11].

Especialistas jurídicos encaminharam à Comissão um conjunto de princípios legais para a proteção ambiental e para o desenvolvimento sustentável, entre os quais se pode realçar: Direito humano fundamental: "Todos os seres humanos têm o direto fundamental a um meio ambiente adequado a sua saúde e bem-estar". No que firmava como dever aos Estados: "conservar e utilizar o meio ambiente e os recursos naturais em benefício das gerações presentes e futuras[12].

No Brasil, a Assembleia Nacional Constituinte, reunida entre 1987 e 1988, foi influenciada por essas fontes e albergou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como fundamental e difuso, recepcionando, ainda, a sustentabilidade como qualidade inafastável para sua efetividade. É possível ressaltar grande número de dispositivos constitucionais influenciados pelo ambientalismo preservacionista, podendo ser citados os preceitos expressos e diretos: artigo 5°, LXXIII; artigo 23, VI; artigo 24, VI e VII; artigo

10 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. Enviroment for development. Disponível em:http://www.unep.org/Documents.multilingual/Default.asp? Document ID=70 &ArticleID=737&l=en. Acesso em: 10 fev. 2013.

11 CMMAD, Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Nosso futuro comum. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991, p. 9.

12 CMMAD. op. cit. p. 388.

129, III; artigo 170, VI; artigo 186, II[13]. Mas o texto áureo do constitucionalismo verde brasileiro está no artigo 225 da CF/1988 que dispõe: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (...)"[14]. Este dispositivo inaugura o capítulo da CF/1988 inteiramente dedicado ao meio ambiente.

Nos 32 anos de vigência do constitucionalismo verde, diversas medidas (legislativas, administrativas e judiciais) já foram adotadas pelo Poder Público para a concretização dos preceitos constitucionais. Por outro lado, pode-se asseverar que o problema ambiental, brasileiro e mundial, não é a ausência de estudos acadêmicos ou de normas jurídicas. Eles e elas existem em quantidade suficiente e, por vez, vezes até em excesso (no caso das leis). O que se deve buscar, no âmbito de interesse do estudo, é a operacionalidade da legislação existente, sua realização, sua efetividade.

3. Indicadores de efetividade legislativa ambiental

Pode-se considerar que os instrumentos legais, constitucionais e infraconstitucionais, já se demonstram suficientes para a consecução dos objetivos da sustentabilidade, contudo, ainda há obstáculos a superar, entre os quais se destacam questões prático-efetivadoras das normas ambientais. Afonso, analisando a distância entre a teoria e a realidade, pergunta: "Estamos diante de uma proposta de transformação que só pode ser realizada em nível retórico?"[15]. Transformação retótica não é transformação!

Ao analisar o grande número de textos normativos,

13 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

14 Idem.

15 AFONSO, Cintia Maria. Sustentabilidade: caminho ou utopia? São Paulo: Annablume, 2006, p. 14.

constitucionais e infraconstitucionais, direcionados a preservação do meio ambiente Milaré aduz a incompletude advinda da simples tarefa legiferante, pois: "É fundamental que todas as pessoas e autoridades responsáveis se lancem ao trabalho de tirar essas regras do limbo da teoria para a existência efetiva da vida real"[16].

A efetividade reflete uma virtude ou qualidade do que é efetivo, daquilo que produz efeito, objetivo real. Alcança e abrange a mensuração de índices de adesão e/ou de não-adesão (sócio-estatal) às regras, e a aplicação das normas pelos órgãos do Estado que administram a justiça.

A busca de efetividade impõe a necessidade de se determinar, com maior grau de certeza, se as ações e as políticas implementadas estão ajustadas ao exigido (pelos textos normativos, pela própria natureza) e esperado (pela sociedade). A acepção usual para a expressão aponta para o correspondente a uma ou mais variáveis combinadas, que agregam valores diversos, no tempo e no espaço, e que fornecem, à sociedade e aos que detêm poder decisório, sinais a respeito de um objeto observado e analisado. No caso estudado, tais sinais se dirigem às variáveis que alavancam e atingem a sustentabilidade ambiental.

Indicadores permitem acompanhar o progresso de uma política pública, no que diz respeito aos seus objetivos previamente estabelecidos, no caso da sustentabilidade, a preservação dos recursos naturais, atendendo as necessidades presentes sem comprometer as mesmas necessidades das gerações futuras. São também importantes por fornecer dados de confirmação ou apoio, provando que as iniciativas já implementadas têm alcançado algum resultado, seja total ou parcial, significativo ou inexpressivo. Assim, um indicador sustentável aponta o estado de determinadas medidas que acompanham o avanço em direção ao objetivo da sustentabilidade.

As ferramentas de mensuração e análise na seara ambiental

16 MILARÉ, Édis. Direito ambiental: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: RT, 2009.

contemporânea devem-se, em significativa monta, ao estabelecido durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD- Rio92), realizada no Rio de Janeiro, em 1992. A denominada Agenda 21, elaborada quatro anos após a promulgação da Constituição Verde de 1988, se constitui em um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis. Por intermédio de áreas de programas, bases para ação e objetivos, contidos no referido documento, pavimentou-se o caminho para que os indicadores de sustentabilidade fossem elevados ao presente status quo[17].

A CDS-ONU passou a coordenar o trabalho de difusão dos indicadores em todo o mundo. Significativa foi a publicação, em 1996, do documento Indicators of sustainable development: framework and methodologies, também conhecido como "Livro Azul". Desde o texto final da Conferência Rio 92 os indicadores são instrumentos de informação importantes para a tomada de decisões ambientais, exigindo, contudo, o reconhecimento de sua qualidade e relevância, tanto por aqueles imbuídos do poder decisório, como também pela coletividade.

Seundo Gallopin[18] podem ser considerados "indicadores desejáveis" as variáveis capazes de resumir e/ou simplificar informações relevantes; gerar visibilidade e interesse aos fenômenos; quantificar, mensurar e transmitir informações importantes. Nesse sentido, imperiosa a característica simplificadora dos indicadores (simplificar o complexo), fornecendo informações imprescindíveis para a tomada de posição. Contudo, nem sempre tal objetivo é alcançado, pois mesmo o "simples" no que atine aos indicadores, pode ser bastante "complexo" para a maioria das pessoas, ainda que possuidoras de formação técnica.

17 Informa QUIROGA MARTINEZ, Rayén. Indicadores ambientales y de desarrollo sostenible: avances e perspectivas para América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL/ECLAC (ONU), 2007.

18 GALLOPIN, Gilberto. Indicators and their use: information for decision-making. In: SCOPE 58. Sustainability indicators: report of the project on indicators of sustainable development. MOLDAN, Bedrich; BILLHARZ, Suzanne. Paris: WILEY, 1997.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, seguindo as recomendações da Comissão para o Desenvolvimento Sustentável – CDS, da ONU, passou a aplicar e divulgar indicadores de desenvolvimento sustentável à realidade brasileira. São várias as edições da obra: "Indicadores de desenvolvimento sustentável – Brasil" (2004, 2008, 2010, 2012, 2015), agora em meio virtual, sendo a última datada de 2017[19]. Revelando ao mesmo tempo um alinhamento ao movimento global de produção de indicadores e um caráter insólito e especial.

Informa o IBGE que esses indicadores estão alinhados ao Indicatorsofsustainabledevelopment:guidelinesandmethodologies, em sua edição de 2007. E que em 2015 foram atualizadas, tendo como base a "Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável". A "Agenda 2030" é um plano de ação global, liderado pela ONU, abrangendo dentre outros temas o desenvolvimento econômico, a sustentabilidade ambiental e a boa governança em todos os níveis. Compõe-se de princípios, dezessete objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) e cento e sessenta e nove metas integradas, além de um conjunto de indicadores para seu acompanhamento.

Sem indicadores as pesquisas quanto a efetividade são meras opiniões ou "achismos". A implementação de qualquer programa sério, ou agenda, de proteção ambiental exige acompanhamento e avaliação, e estes só se tornam viáveis com a presença de ferramentas norteadoras.

No que concerne à efetividade legislativa, em 2007 o Instituto "O direito por um planeta verde" propôs indicadores de aplicação e cumprimento das normas ambientais brasileiras (INSTITUTO, 2007)[20], mas não era um documento oficial. Na mesma época o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, também iniciou

19 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Indicadores de Desenvolvimento Sustentável - Edição 2017. Disponível em: https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/ids/documentos. Acesso em 20 dez. 2020.

20 INSTITUTO O DIREITO POR UM PLANETA VERDE. Indicadores de aplicação e cumprimento de norma ambiental para ar, água e vegetação no Brasil. Santiago, Chile: ONU, 2007.

o processo de elaboração de uma Resolução, que dispusesse quanto as diretrizes gerais para definição e implementação de indicadores de aplicação e cumprimento de normas ambientais[21]. Mas não foi finalizado.

Portanto, o Brasil ainda não possui indicadores de efetividade da legislação verde, mesmo já possuindo indicadores de sustentabilidade.

Considerações finais.

O estabelecimento de indicadores direcionados a controlar e avaliar a efetividade de normas ambientais é fundamental para nortear a atuação do Sistema de Justiça. Por isso é tão importante o Relatório Estado de Direito Ambiental: Primeiro Relatório Global, que propõe uma "estrutura de indicadores para Estado de Direito Ambiental", contemplando: a) Fatores contextuais; b) Leis e instituições; c) Implementação; d) Engajamento cívico; e) Resolução de disputas e acesso à justiça; e) Resultados ambientais e status atual[22].

Espera-se que o IBGE possa propor esse acompanhamento, aplicado à realidade brasileira, como fez em relação aos documentos Indicators of sustainable development: framework and methodologies (Livro Azul) e a "Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável".

Somente por intermédio de indicadores de sustentabilidade é que a efetividade ou a inefetividade das normas ambientais pode ser medida. Fora desta perspectiva o que se tem são opiniões sem amparo técnico, que beiram o "achismo". Iniciativas direcionadas a formatação de tais indicadores precisam ser apoiada, a fim de que

21 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. Proposta de resolução com emendas dos pareceristas "Estabelece diretrizes gerais para definição e implementação de indicadores de aplicação e cumprimento de normas ambientais. Disponível em: http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/4C7D92C6/PropResolNorma Ambient_comEMENDASPareceristas.pdf. Acesso em 10 fevereiro 2013.

22 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. op. cit. 2019, p. 235.

o direito ao meio ambiente sustentável seja garantido no sentido, no alcance e na amplitude preceituados na Constituição Verde de 1988.

Referências Bibliográficas.

AFONSO, Cintia Maria. Sustentabilidade: caminho ou utopia? São Paulo: Annablume, 2006.

BELLEN, Hans Michael van. Indicadores de sustentabilidade: uma análise comparativa. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

CMMAD, Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Nosso futuro comum. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

GALLOPIN, Gilberto. Indicators and their use: information for decision-making. In: SCOPE 58. Sustainability indicators: report of the project on indicators of sustainable development. MOLDAN, Bedrich; BILLHARZ, Suzanne. Paris: WILEY, 1997.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Indicadores de Desenvolvimento Sustentável - Edição 2017. Disponível em: https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/ids/documentos. Acesso em 20 dez. 2020.

INSTITUTO O DIREITO POR UM PLANETA VERDE. Indicadores de aplicação e cumprimento de norma ambiental para ar, água e vegetação no Brasil. Santiago, Chile: ONU, 2007.

MILARÉ, Édis. Direito ambiental: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: RT, 2009.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. Proposta de resolução com emendas dos pareceristas “Estabelece diretrizes gerais para definição e implementação de indicadores de aplicação e cumprimento de normas ambientais. Disponível em: http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/4C7D92C6/PropResolNorma Ambient_comEMENDASPareceristas.pdf. Acesso em 10 fevereiro 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972. Disponível em: http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf. Acesso em 10 fevereiro 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Report of the World Comission on Environment and Development. 11 de Dez. de 1987. Disponível em: http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm. Acesso em: 10 fev. 2013.

QUIROGA MARTINEZ, Rayén. Indicadores ambientales y de desarrollo sostenible: avances e perspectivas para América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL/ECLAC (ONU), 2007. Série Manueales n. 55.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. UNEP. Environmental rule of law: First global report. United Nations Environment Programme, Nairobi, 2019, p. VXI. Disponível em: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27279/Environmental_rule_of_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 de dez. 2020

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. UNEP. Enviroment for development. Disponível em:http://www.unep.org/Documents.multilingual/Default.asp? Document ID=70 &ArticleID=737&l=en. Acesso em: 10 fev. 2013.

O uso da inteligência artificial como ferramenta para garantia de uma maior eficácia pela administração pública no Brasil

The use of artificial intelligence as a tool to ensure more efficiency by public administration in Brazil

Cláudio Teixeira Damilano[1]

Sumário: Introdução; 1. Breves consideração sobre Inteligência Artificial; 2. Os impactos do uso da Inteligência Artificial pela Administração Pública; 3. O uso da Inteligência Artificial pela Administração Pública no Brasil; Conclusão; Referências Bibliográficas.

Resumo: A Inteligência Artificial (IA) consta como uma das colunas da 4ª Revolução Industrial, causando uma metamorfose em diversas áreas da sociedade: medicina, fábricas, educação, trabalho, setor financeiro, jornalismo, esporte, entretenimento, jurídica etc. Desse modo, o objetivo geral do estudo é analisar se a Administração Pública está utilizando a IA para aumentar o seu grau de eficiência na gestão dos recursos públicos, tornando-se mais sustentável. Já o objetivo específico é verificar de que forma a Administração Pública está implementando o uso da IA. A pesquisa utiliza-se do método de abordagem hipotético-dedutivo, sendo que o método de interpretação é o sociológico. O tipo de pesquisa é teórico, pois fundamenta-se em bibliografia específica sobre o tema. Assim sendo, o texto irá trazer breves considerações sobre a IA e a importância de sua implementação pela Administração Pública para ganhos de eficiência e uma maior sustentabilidade na utilização dos recursos. Além disso, serão apontados os impactos no uso da IA e de que forma a Administração Pública já está fazendo uso dessa importante ferramenta para garantia dos

1 Mestrando em Direito pela PUCRS na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Bolsista CAPES. Pós-Graduado em Direito e Economia pela UFRGS e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo CETRA-CESUSC. É Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS. Advogado e Pesquisador do Núcleo de Pesquisas CNPQ/PUCRS "Relações de Trabalho e Sindicalismo", coordenado pelo Prof. Gilberto Stürmer e "Novas Tecnologias, Processo, e Relações de Trabalho", coordenado pela Prof.ª Denise Fincato. E-mail: claudiotdamilano@gmail.com; CV: http://lattes.cnpq.br/1215685488127905.

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

direitos fundamentais da população. Verificou-se que, para Estado atingir todos os benefícios trazidos pelo uso da IA, o algoritmo não pode trazer vieses discriminatórios. Para tanto, se faz necessário a regulação da IA com o fim de que seja assegurado o respeito à dignidade humana, à liberdade, à democracia e à igualdade, os direitos humanos, à pluralidade e à diversidade, a garantia da proteção da privacidade e dos dados pessoais, a transparência, a confiabilidade e a possibilidade de auditoria dos sistemas, e a supervisão humana.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Administração Pública e Eficiência

Abstract: Artificial Intelligence (AI) appears as one of the columns of the 4th Industrial Revolution, causing a metamorphosis in several areas of society: medicine, factories, education, work, financial sector, journalism, sport, entertainment, legal, etc. Thus, the general objective of the study is to analyze whether the Public Administration is using AI to increase its degree of efficiency in the management of public resources, making it more sustainable. The specific objective is to verify how the Public Administration is implementing the use of AI. The research uses the hypothetical-deductive approach method, and the method of interpretation is the sociological. The type of research is theoretical, as it is based on specific bibliography on the topic. Therefore, the text will bring brief considerations about AI and the importance of its implementation by the Public Administration for efficiency gains and greater sustainability in the use of resources. In addition, the impacts on the use of AI will be pointed out and how the Public Administration is already using this important tool to guarantee the fundamental rights of the population. It was found that, for the State to achieve all the benefits brought by the use of AI, the algorithm cannot bring about discriminatory biases. To this end, it is necessary to regulate AI in order to ensure respect for human dignity, freedom, democracy and equality, human rights, plurality and diversity, guaranteeing the protection of privacy and personal data, transparency, reliability and the possibility of auditing systems, and human supervision.

Keywords: Artificial intelligence; Public Administration and Efficiency.

Introdução

A 4ª Revolução Industrial "é uma forma de descrever um conjunto de transformações em curso e iminentes dos sistemas que nos rodeiam (...) causada pela crescente disponibilidade e interação de um conjunto de tecnologias extraordinárias"[2]. Diferentemente das outras revoluções industriais, a 4ª Revolução Industrial possui como particularidade um crescimento exponencial, impacto profundo e sistêmico que ainda está em seu estágio inicial.

Uma das importantes mudanças trazidas é a Industria 4.0, termo criado na Alemanha para descrever a fábrica inteligente[3]. Isto é, a Industria 4.0 é impulsionada pela transformação digital e pela introdução de tecnologias que obtém novos produtos, processos e modelos de negócio com altíssima eficiência, sem falhas ou desperdício de material, com foco na redução constante de custos na produção[4].

Klaus Schwab[5] selecionou as principais tecnologias que representam o atual momento, tendo como fundamento a pesquisa feita pelo Fórum Econômico Mundial e o trabalho de vários Conselhos da Agenda Global do Fórum. Desse modo, foi organizada uma lista contendo 03 (três) categorias: a física, a biológica e a digital. Na categoria física, existem quatro megatendências tecnológicas: os veículos autônomos (carros, tratores, barcos, drones, helicópteros e aviões), impressão em 3D, robótica avançada e novos materiais.

2 SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. Aplicando a quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro, 2018. pág. 35.

3 CARRILLO, Djamil Tony Kahale; FUENTES, Pedro Nogales. El papel de la Administración Pública en la implantación de la Industria 4.0. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Modena, v. 6, n. 1, 2018. Enero-Marzo. Pág. 140. "El término «Industria 4.0» surge en Alemania para describir la fábrica inteligente, que es impulsada por la transformación digital y la introducción de las tecnologías digitales en la industria. Dichas tecnologías permiten la hibridación entre el mundo físico y el digital y esta conexión habilita qué dispositivos y sistemas colaboren entre ellos y con otros sistemas para crear una industria inteligente, obteniendo nuevos productos, procesos y modelos de negocio."

4 STEVAN JR, Sérgio Luiz; LEME, Murilo Oliveira; SANTOS, Max Mauro Dias. Indústria 4.0: Fundamentos, perspectivas e aplicações. São Paulo: Érica, 2018. pág. 16.

5 SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro, 2016. Tradução Daniel Moreira Miranda. Pág. 23-26.

Com relação à categoria biológica, pode-se destacar a genética, biologia sintética, xenotransplante, bioimpressão tridimensional e neurotecnologia. Já a terceira categoria, denominada como "digital", contém a internet das coisas (IoT), a Inteligência Artificial, blockchain, economia compartilhada ou sob demanda.

Como se vê, a Inteligência Artificial consta como uma das colunas da 4ª Revolução Industrial, causando uma metamorfose em diversas áreas da sociedade: medicina, fábricas, educação, trabalho, setor financeiro, jornalismo, esporte, entretenimento, jurídica etc. Desse modo, o objetivo geral do estudo é analisar se a Administração Pública está utilizando a Inteligência Artificial para aumentar o seu grau de eficiência na gestão dos recursos públicos, tornando-se mais sustentável. Já o objetivo específico é verificar de que forma a Administração Pública está implementando o uso da Inteligência Artificial.

A pesquisa utiliza-se do método de abordagem hipotético-dedutivo, sendo que o método de interpretação é o sociológico. O tipo de pesquisa é teórico, pois fundamenta-se em bibliografia específica sobre o tema. Assim sendo, o texto irá trazer breves considerações sobre a Inteligência Artificial e a importância de sua implementação pela Administração Pública para ganhos de eficiência e uma maior sustentabilidade na utilização dos recursos. Além disso, serão apontados os impactos no uso da Inteligência Artificial e de que forma a Administração Pública no Brasil já está fazendo uso dessa importante ferramenta para garantia dos direitos fundamentais da população.

1. Breves consideração sobre Inteligência Artificial

Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas afirmam que o uso da Inteligência Artificial pela Administração Pública irá "favorecer o advento do Estado Sustentável, não mais analógico nem condescendente com assimetrias informacionais e abusos do

poder dominante, entre outras falhas comportamentais"[6]. Por outro lado, os referidos doutrinadores alertam que se deve ter pressa em regular a Inteligência Artificial, pois a sua utilização será imensa e a decisão tomada pelo algoritmo precisa assegurar "ecossistemas explicáveis, abertos, democráticos, seguros, reversíveis, humanamente supervisionados e, em uma palavra, sustentáveis."[7]

A doutrina conceitua a Inteligência Artificial como "um conjunto de algoritmos programados de ordem a cumprir objetivos específicos"[8], sendo um sistema "adaptável, relativamente autônomo, emulatório da decisão humana"[9]. Ou seja, a Inteligência Artificial, diferentemente da automação[10] que só executa ordens, possui certa "autonomia e adaptabilidade na tomada das decisões algorítmicas, características amplificadas pela imensa capacidade de processamento e armazenamento de dados, em virtude da operação "inteligente" que efetua "escolhas" em processos

6 FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. pág. 15.

7 FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. pág. 25.

8 FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. pág. 28.

9 FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. pág. 30.

10 BERMÚDEZ, Andrés Pastor; FUENTES, Pedro Nogales. EL FUTURO DEL TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ¿ESTAMOS PREPARADOS? Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, ISSN 2173-6405, Nº. Extra 3, 2019, págs. pág. 36-37. "Actualmente la Seguridad Social está empleando la Automatización Robótica de Procesos para sustituir tratamientos manuales en el proceso de alta de autónomos, consiguiéndose reducir en más de un 80% el tiempo de procesamiento en el proceso robotizado con respecto al equivalente manual. Este ahorro de tiempo es significativo en procesos con millones de transacciones mensuales porque se traduce directamente en una liberación de recursos humanos, que quedan disponibles para otras tareas, por lo que estas iniciativas no van a ser un ejemplo aislado en el futuro próximo. Hay que tener en cuenta que un robot software no necesita descansar, puede realizar trabajo durante la noche o los fines de semana y es posible introducir nuevos robots inmediatamente para atender picos de trabajo o incrementar la producción hasta dónde sea necesario. El robot realiza las acciones de forma precisa y predecible con un coste muy inferior al del salario de una persona. Esta combinación de productividad, precisión y bajo coste es una tormenta perfecta que se dirige hacia el mercado de trabajo y afectará necesariamente al sector público".

avaliativos." [11]

Os algoritmos obedecem a regras, mas "também tomam decisões, aprendendo sozinhos sobre os dados coligidos" [12]. Para o jurista alemão Wolfgang Hoffmann-Riem, "os algoritmos mudam nossa percepção do mundo, afetam nosso comportamento influenciando decisões e são uma importante fonte de ordem social"[13]. Afirma, ainda, que os algoritmos monitoram nosso comportamento e interesses, prevendo as nossas necessidades e ações futuras alavancando com base no cruzamento de dados o sucesso econômico dos produtos e serviços[14].

2. Os impactos do uso da Inteligência Artificial pela Administração Pública

A pandemia do COVID19 acelerou o uso massivo de tecnologias em nosso dia-a-dia, restando saber em que grau a sociedade será impactada. Todas as áreas foram atingidas e até mesmo o direito administrativo, "costumeiramente tido por imutável e perene, em razão de sua principiologia própria, está sendo bombardeado por constantes transformações que almejam (e com razão) trazer mais eficiência e controle à Administração Pública".[15]

Veja-se que o Conselho da Justiça Federal na I Jornada de Direito Administrativo, realizada entre os dias 03 e 07 de agosto

11 FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. pág. 30.

12 FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. pág. 29.

13 HOFFNANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital desafios para o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Tradução: Italo Fuhrmann. Pág. 12.

14 HOFFNANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital desafios para o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Tradução: Italo Fuhrmann. Pág. 12.

15 SCHIEFLER, Eduardo; PEIXOTO, Fabiano Hartmann; DEZAN, Matheus Lopes. A decisão administrativa robótica e o dever de motivação: Robôs proferirem decisões administrativas é decerto inovador. A necessidade de motivação, não. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-decisao-administrativa-robotica-e-o-dever-de-motivacao-01092020. Acesso em: 24 nov. 2020.

de 2020, aprovou o Enunciado 12 que estabelece o seguinte: "A decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação."

Ora, é sabido que não há novidade no fato de que a decisão administrativa, nos termos do artigo 50 da Lei nº 9.784/99, deve ser motivada. Por outro lado, o uso da tecnologia – em especial da Inteligência Artificial – na prolação de decisões administrativas é inovadora. Logo, o Enunciado 12 fixa como critério que a decisão administrativa não seja apenas motivada, mas que seja "suficientemente motivada".[16]

Ressalta-se que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) estabeleceu no artigo 20 que "o titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses (...)". Nesta hipótese, o §1º do artigo 20 refere que "o controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada (...)".

Tarcísio Teixeira e Ruth Maria Guerreiro da Fonseca Armelin, ao comentarem o artigo 20 da LGPD, afirmam que:

> "A inclusão deste artigo pelo legislador revela a sua preocupação com o limite de influência da decisão de uma máquina sobre as vidas das pessoas, considerando-se que muitas vezes a análise de dados se dará de forma automatizada, sem a interferência de uma pessoa natural, o que pode levar a premissas errôneas e consequentemente a discriminações e abusos por parte do agente de tratamento."[17]

Não restam dúvidas que a tecnologia está trazendo grandes impactos na sociedade. Mais especificamente, o uso da Inteligência Artificial em funções administrativas traz como impactos positivos

16 SCHIEFLER, Eduardo; PEIXOTO, Fabiano Hartmann; DEZAN, Matheus Lopes. A decisão administrativa robótica e o dever de motivação: Robôs proferirem decisões administrativas é decerto inovador. A necessidade de motivação, não. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-decisao-administrativa-robotica-e-o-dever-de-motivacao-01092020. Acesso em: 24 nov. 2020.

17 TEIXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: comentada artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2019. pág. 87.

a (i) redução dos custos; (ii) ganhos em eficiência, (iii) desbloqueio das inovações, oportunidades para pequenas empresas, startups (menores barreias à entrada, 'software como um serviço' para tudo) e (iv) diminuição da corrupção. Por outro lado, os impactos negativos apontados são (i) perdas de trabalho, (ii) prestação de contas e responsabilidade, (iii) mudanças legais, de relatos financeiros, riscos e (iv) automação do trabalho[18].

3. O uso da Inteligência Artificial pela Administração Pública no Brasil

No Brasil a Administração Pública em suas diversas esferas já está valendo-se de ferramentas com Inteligência Artificial para melhorar a sua eficiência na prestação dos serviços[19].

O Município de Porto Alegre/RS firmou uma parceria com a Didi Chuxing - gigante chinesa que adquiriu a 99 - para monitorar e melhorar a mobilidade do trânsito. Isto é, com base na Inteligência Artificial será realizado um mapa de fluidez a partir do GPS dos motoristas, calculando a velocidade média nas vias, e a Empresa Pública de Transporte e Circulação (EPTC) receberá sugestões do tempo em que os semáforos deverão abrir e fechar[20].

18 SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro, 2016. Tradução Daniel Moreira Miranda. pág. 143.

19 Cf. ACUÑÃ, M.ª Concepción Campos. Inteligencia Artificial e Innovación en la Administración Pública: (in)necesarias regulaciones para la garantía del servicio público. Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, ISSN 2173-6405, Nº. Extra 3, 2019, págs. 83. "La Estrategia española identifica numerosos campos para el desarrollo de la IA en el sector público, como la educación, donde el uso de sistemas inteligentes permitiría transformar la educación partir de diferentes tecnologías, garantizando una formación inclusiva, renovada y adaptada a las necesidades de estudiantes y docentes en función de las preferencias, conocimiento y la evolución individual del estudiante. O en el ámbito sanitario, mediante la llamada «Medicina P4» (predictiva, personalizada, preventiva y participativa), que se fundamentará cada vez más en tecnologías emergentes como la IA y el análisis de grandes cantidades datos basado en el aprendizaje automático y la visión por computador."

20 FREITAS, Tainá. 99 irá monitorar o trânsito de Porto Alegre com inteligência artificial. 2019. Disponível em: 99 irá monitorar o trânsito de Porto Alegre com inteligência artificial. Acesso em: 17 out. 2019.

A Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal passou a usar Inteligência Artificial para apoiar gestão de recursos hídricos, evitando racionamento em períodos de estiagem. Para tanto, foram instalados 16 sensores com transmissão de dados via satélite que possibilitam não só a coleta e visualização dos dados em tempo real, mas também, com base no histórico de chuvas e vazões da região, que seja possível fazer análises preditivas capazes de apoiar a tomada de decisão antes mesmo do período de estiagem[21].

A Procuradoria Geral do Distrito Federal está utilizando um sistema de Inteligência Artificial desenvolvido para gerenciar processos jurídicos de massa denominado como "Dra. LUIZA". Na Advocacia Geral da União, o programa adotado para auxiliar os procuradores na elaboração de peças, utilização de teses de defesa a partir de precedentes encontrados se chama "SAPIENS". [22]

O Tribunal de Contas da União está utilizando o sistema ALICE, acrônimo de Análise de Licitações e Editais. O sistema de Inteligência Artificial analisa de forma automatizada os editais de licitação e atas de pregão eletrônico com a finalidade de apurar a existência de irregularidades. Para tanto, o programa acessa diariamente o Portal de Compras do Governo Federal (comprasnet), coletando e cruzando os dados dos editais de licitação e atas de pregão. Caso seja apurada alguma irregularidade, o sistema envia um e-mail de alerta para que o órgão responsável proceda análise e fiscalização.[23]

21 PORTAL TRATAMENTO DE ÁGUA. DF passa a usar Inteligência Artificial para apoiar gestão de recursos hídricos. 2019. Disponível em: https://www.tratamentodeagua.com.br/inteligencia-artificial-gestao-recursos-hidricos/. Acesso em: 18 set. 2019.

22 ABRAHAM, Marcus. Desafios da inteligência artificial nas finanças públicas. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/desafios-da-inteligencia-artificial-nas-financas-publicas-21032019.>. Acesso em: 04 jun. 2019.

23 ABRAHAM, Marcus. Desafios da inteligência artificial nas finanças públicas. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/desafios-da-inteligencia-artificial-nas-financas-publicas-21032019.>. Acesso em: 04 jun. 2019.

Outrossim, o TCU possui o Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor, apelidado como "SOFIA" e o Monitoramento Integrado de Controle de Aquisições apelidado de "MONICA". A intenção é que, em breve, os Estados e Municípios, possam usufruir dessa tecnologia.[24]

O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – tornou-se referência nacional – ao desenvolver um sistema de Inteligência Artificial de Indicador de Riscos (IRIS). O programa visa apurar a existência de "indícios de irregularidades, impropriedades ou simplesmente um risco maior de que o referido contrato venha a apresentar problemas em sua execução".[25]

Por fim, o Tribunal de Contas do Estado de Goiás utiliza um sistema de Inteligência Artificial para análise de dados e constatou gastos com publicidade em dotações que deveriam ser utilizadas para saúde e educação. Entre 2015 a 2018 foram analisados 152 mil empenhos, identificando 124 com características de gastos com publicidade e propaganda em outras dotações e que somaram R$ 13 milhões[26].

Com efeito, os exemplos trazidos nos parágrafos anteriores revelam que a Inteligência Artificial já está colaborando para um Estado mais sustentável. A tecnologia já está a serviço do Estado para nas palavras de Juarez Freitas:

> "coibir e prevenir as falhas de mercado (por exemplo: as informações assimétricas, o abuso do poder dominante e as externalidades negativas) e as falhas de governo (por exemplo: o omissivismo de prevenção e precaução, o culto

24 ABRAHAM, Marcus. Desafios da inteligência artificial nas finanças públicas. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/desafios-da-inteligencia-artificial-nas-financas-publicas-21032019.>. Acesso em: 04 jun. 2019.

25 RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. . Indicador de Riscos do TCE se torna referência nacional: iris é selecionado pela atricon para entrar na listas das boas práticas para tribunais. Iris é selecionado pela Atricon para entrar na listas das boas práticas para tribunais. 2017. Disponível em: https://www.tce.rj.gov.br/todas-noticias/-/asset_publisher/SPJsTI5LTiyv/content/indicador-de-riscos-do-tce-se-torna-referencia-nacional. Acesso em: 27 nov. 2020.

26 : LIMA, Heloisa Rodrigues de. Inteligência artificial do TCE-GO apresentada em evento nos EUA. 2019. Disponível em: https://portal.tce.go.gov.br/-/inteligencia-artificial-do-tce-go-apresentada-em-evento-nos-eua. Acesso em: 27 nov. 2020.

> às vantagens indevidas e o patrimonialismo parasitário), incorporando valores elevados ao cerne de algoritmos, no cabal acatamento à dignidade e ao direito ao futuro"[27].

Assim sendo, a Inteligência Artificial garantirá com que o Estado e seus agentes efetuem as melhores escolhas racionalmente, observando o direito fundamental à boa administração pública – ou seja, direito à imparcialidade, à transparência, à prevenção e precaução, à proporcionalidade, à motivação congruente, à eficiência, à eficácia e à probidade[28] – garantido o uso correto dos recursos públicos (sempre escassos) de maneira sustentável.

É importante ressaltar que para o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa de 2005 "a má gestão ocorre quando um órgão público não age de acordo com as regras ou princípios que deve seguir". Isto é, conforme analisado, em uma sociedade cada vez mais digital/tecnológica é de extrema importância que a administração pública inclua o uso dessas ferramentas em seu dia-dia respondendo de forma adequada, rápida e ágil as demandas do século XXI[29].

Conclusão

É importante ressaltar que para o Estado atingir todos os benefícios trazidos pelo uso da Inteligência Artificial o algoritmo não pode trazer vieses discriminatórios. Para tanto, se faz necessário a regulação do seu uso e isso tem sido debatido de forma intensa em todos os lugares do mundo, em especial, pela União Europeia e pela OCDE.

---

27 FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e inteligência artificial. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, mar./abr. 2019, pág. 17-18.

28 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Pág. 244.

29 ACUÑÃ, M.ª Concepción Campos. Inteligencia Artificial e Innovación en la Administración Pública: (in)necesarias regulaciones para la garantía del servicio público. Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, ISSN 2173-6405, Nº. Extra 3, 2019, págs. 76.

No Brasil existem 03 (três) projetos de lei tramitando no Congresso Nacional: PL nº 5.051/2019[30], PL nº 1.091/2019[31] e PL nº 21/2020[32]. Todos os projetos buscam fazer com que o uso da Inteligência Artificial respeite à dignidade humana, à liberdade, à democracia e à igualdade, os direitos humanos, à pluralidade e à diversidade, a garantia da proteção da privacidade e dos dados pessoais, a transparência, a confiabilidade e a possibilidade de auditoria dos sistemas, e a supervisão humana.

Ou seja, a Inteligência Artificial deve ser usada em defesa e a favor do ser humano, cabendo ao Estado regular o seu uso de forma estratégica, garantido a preservação dos direitos fundamentais!

Referências bibliográfica

ABRAHAM, Marcus. Desafios da inteligência artificial nas finanças públicas. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/desafios-da-inteligencia-artificial-nas-financas-publicas-21032019.>. Acesso em: 04 jun. 2019.

ACUÑÃ, M.ª Concepción Campos. Inteligencia Artificial e Innovación en la Administración Pública: (in)necesarias regulaciones para la garantía del servicio público. Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, ISSN 2173-6405, Nº. Extra 3, 2019, págs. 74-91.

BERMÚDEZ, Andrés Pastor; FUENTES, Pedro Nogales. EL FUTURO DEL TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ¿ESTAMOS PREPARADOS? Pertsonak eta Antolakunde Publikoak

30 BRASIL, Projeto de Lei n° 5051, de 2019. Brasília, Senado Federal, 2019. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790 (19.11.2019).

31 BRASIL, Projeto de Lei n° 1.091, de 2019. Brasília, Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192959 (19.11.2019).

32 BRASIL, Projeto de Lei n° 21, de 2020. Brasília, Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236340 (05.04.2020).

Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, ISSN 2173-6405, Nº. Extra 3, 2019, págs. 34-51.

CARRILLO, Djamil Tony Kahale; FUENTES, Pedro Nogales. El papel de la Administración Pública en la implantación de la Industria 4.0. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Modena, v. 6, n. 1, p. 138-163, 2018. Enero-Marzo.

FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e inteligência artificial. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 416.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 172.

FREITAS, Tainá. 99 irá monitorar o trânsito de Porto Alegre com inteligência artificial. 2019. Disponível em: 99 irá monitorar o trânsito de Porto Alegre com inteligência artificial. Acesso em: 17 out. 2019.

HOFFNANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital desafios para o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 214 p. Tradução: Italo Fuhrmann.

LIMA, Heloisa Rodrigues de. Inteligência artificial do TCE-GO apresentada em evento nos EUA. 2019. Disponível em: https://portal.tce.go.gov.br/-/inteligencia-artificial-do-tce-go-apresentada-em-evento-nos-eua. Acesso em: 27 nov. 2020.

PORTAL TRATAMENTO DE ÁGUA. DF passa a usar Inteligência Artificial para apoiar gestão de recursos hídricos. 2019. Disponível em: https://www.tratamentodeagua.com.br/inteligencia-artificial-gestao-recursos-hidricos/. Acesso em: 18 set. 2019.

RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Indicador de Riscos do TCE se torna referência nacional:

iris é selecionado pela atricon para entrar na listas das boas práticas para tribunais. Iris é selecionado pela Atricon para entrar na listas das boas práticas para tribunais. 2017. Disponível em: https://www.tce.rj.gov.br/todas-noticias/-/asset_publisher/SPJsTl5LTiyv/content/indicador-de-riscos-do-tce-se-torna-referencia-nacional. Acesso em: 27 nov. 2020.

SCHIEFLER, Eduardo; PEIXOTO, Fabiano Hartmann; DEZAN, Matheus Lopes. A decisão administrativa robótica e o dever de motivação: Robôs proferirem decisões administrativas é decerto inovador. A necessidade de motivação, não. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-decisao-administrativa-robotica-e-o-dever-de-motivacao-01092020. Acesso em: 24 nov. 2020.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro, 2016. 159 p. Tradução Daniel Moreira Miranda.

SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. Aplicando a quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro, 2018.

STEVAN JR, Sérgio Luiz; LEME, Murilo Oliveira; SANTOS, Max Mauro Dias. Indústria 4.0: Fundamentos, perspectivas e aplicações. São Paulo: Érica, 2018. 184p.

TEIXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: comentada artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 192.

A imparcialidade do juízo sob a ótica do processo e jurisdição constitucional democrática

The impartiality of judge from the process and democratic constitutional jurisdiction

Fabricio Veiga Costa[1]

Graciane Rafisa Saliba[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Processo autocrático e protagonismo judicial.; 3. Processo constitucional democrático e jurisdição constitucional; 4. Formação participada do mérito e processo constitucional democrático; 5. Imparcialidade do juízo e fundamentação racional dos provimentos; Considerações Finais.

Resumo: O objetivo geral da pesquisa é investigar o princípio da imparcialidade do juízo no contexto do processo civil constitucional democrático, demonstrando-se sua relação com a formação participada do mérito processual. A escolha do tema se justifica em razão de sua relevância prática, teórica e atualidade, especialmente no que tange à possibilidade de os sujeitos do processo serem coautores do provimento final de mérito. Inicialmente foi desenvolvido um estudo crítico–comparativo entre o modelo de processo autocrático no contexto do protagonismo judicial, como forma de evidenciar que, nesse modelo de processo, os interessados são impossibilitados de participar da formação discursiva do mérito processual. Em seguida, foram expostos os

1 Pós-Doutorado em Educação (UFMG). Pós-Doutorado em Psicologia (PUCMINAS). Doutorado e Mestrado em Direito Processual (PUCMINAS). Especializações em Direito Processual; Direito de Família e Direito Educacional (PUCMINAS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. E-mail: fvcufu@uol.com.br.

2 Doutora em Direito do Trabalho (PUCMINAS). Mestrado em Direito Internacional (PUCMINAS). MBA em Direito do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas. Especialização em Direito do Trabalho e Crise Econômica pela Universid Catilla la Mancha. Professora do curso de bacharelado em Direito na Universidade de Itaúna. E-mail: graciane@gracianesaliba.com.br.

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

fundamentos teóricos da jurisdição e do processo constitucional democrático, de modo a explicitar sua correlação com a imparcialidade do juízo e, também, com a construção dialética do mérito processual mediante a exauriência argumentativa pelos sujeitos do processo. Para isso, foram construídas análises temático-comparativas entre o processo e a jurisdição democrática, frente ao protagonismo e a discricionariedade judicial. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, análises críticas, teóricas e interpretativas, demonstrou-se que a imparcialidade do juízo no Estado Democrático de Direito é reflexo da formação participada do mérito processual, da fundamentação racional e exauriente da decisão, legitimando-se o direito efetivo dos sujeitos do processo participarem diretamente da construção da decisão judicial de mérito.

Palavras-chave: Imparcialidade do juízo; Fundamentação das decisões; Mérito participado; Processo constitucional democrático; Processo civil.

Abstract: The general objective of the research is to investigate the principle of impartiality of the judgment in the context of the democratic constitutional civil process, demonstrating its relation with the participative formation of the procedural merit. The choice of the theme is justified due to its practical, theoretical and current relevance, especially with regard to the possibility of the subjects of the process being co-authors of the final provision of merit. Initially, a critical – comparative study was developed between the autocratic process model in the context of judicial protagonism, as a way of showing that, in this process model, interested parties are unable to participate in the discursive formation of procedural merit. Then, the theoretical foundations of the jurisdiction and the democratic constitutional process were exposed, in order to explain its correlation with the impartiality of the judgment and, also, with the dialectical construction of the procedural merit through the argumentative exhaustion by the subjects of the process. For this, thematic-comparative analyzes were constructed between the process and the democratic jurisdiction, in the face of protagonism and judicial discretion. Through bibliographic and documentary research, critical, theoretical and interpretative analyzes, it was demonstrated that the impartiality of the judgment in the Democratic State of Law is a reflection of the participatory formation of the procedural merit, of the rational and exhaustive reasoning of the

decision, legitimizing the right of the subjects of the process directly participate in the construction of the judicial decision on the merits.

Keywords: Impartiality of judgment; Justification of the decisions; Merit participated; Democratic constitutional process; Civil process.

1. Introdução

Consitui objetivo geral da presente pesquisa a investigação do processo constitucional democrático e sua relação com a formação participada do provimento final de mérito, de modo a analisar crítica e sistematicamente o princípio da imparcialidade do juízo no âmbito do processo civil brasileiro. A escolha do tema se justifica em razão de sua relevância prática, teórica e atualidade, haja vista que a observância da imparcialidade do juízo é condição para a efetividade dos princípios da segurança jurídica, contraditório, ampla defesa e devido processo legal no âmbito processual civil. Inicialmente foi desenvolvido um estudo do modelo de processo civil autocrático, centrado no protagonismo e na discricionariedade jurisdicional, possibilitando ao magistrado se utilizar de argumentos jurídicos e metajurídicos na fundamentação de suas decisões. Nessa perspectiva, o julgador se coloca em posição hierarquicamente superior às partes, tornando inviável a formação dialógico-participada dos sujeitos do processo no debate do mérito processual. Em razão das premissas inicialmente apresentadas foi desenvolvido um estudo sobre os breves apontamentos teóricos do processo constitucional democrático, considerado uma instituição que sistematiza um espaço processual no qual os sujeitos do processo passam a ter o direito de participarem diretamente da formação do mérito processual. Dessa forma, torna-se possível desconstruir os parâmetros fundantes do modelo autocrático de processo, relativizando-se o protagonismo e a discricionariedade judicial para, assim, permitir que os sujeitos do processo sejam co-autores do provimento final de mérito. Foi nesse contexto

propositivo que se construiu o recorte do tema problema proposto, ou seja, por meio do estudo da imparcialidade do juízo como corolário da fundamentação racional das decisões judiciais, bem como o estudo crítico do artigo 489 CPC, que se discutiu a relação existente entre a formação participada do mérito processual com o princípio da imparcialidade do juízo. A pergunta problema apresentada ao debate é a seguinte: a construção dialética do mérito processual pelos sujeitos interessados na lide constitui um meio legítimo e democrático de assegurar a imparcialidade do juízo e a fundamentação racional da decisão judicial?

Quanto à metodologia, utilizou-se da pesquisa bibliográfica e documental, visto que a consulta de livros, artigos científicos, dispositivos legais e constitucionais foram de significativa importância para a investigação do objeto de pesquisa ora apresentado. Por meio do método dedutivo foi possível delimitar a problemática levantada, partindo-se de uma concepção macroanalítica, qual seja, o estudo do processo constitucional democrático e a formação participada do mérito, especificando-se no estudo da sua relação com o princípio da imparcialidade do juízo no âmbito do processo civil democrático. As análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas viabilizaram a apresentação de apontamentos críticos do objeto de pesquisa, ultrapassando-se o debate dogmático e propondo uma estudo de cunho epistemológico, a fim de levantar aporias para outras pesquisas a partir do que fora apresentado.

2. Processo Autocrático e Protagonismo Judicial

O estudo do modelo de processo autocrático é de fundamental relevância no contexto dessa pesquisa, tendo em vista que se pretende demonstrar que a condução unilateral do processo e debate do mérito, diretamente pelo julgador, impossibilita a formação participada do provimentos jurisdicional pelos sujeitos

interessados na lide, além de comprometer a imparcialidade do juízo. A partir dos séculos XVIII e XIX são desenhados de forma mais clara os contornos de um modelo de processo decorrente de raízes contratuais, ou seja, a relação processual "se constituía pela contratual aceitação prévia dos contendores em acatar a decisão do juiz" (LEAL, 2009, p. 77). Nessa seara o processo é compreendido como uma relação jurídica através da qual o magistrado é o responsável por garantir entre as partes a efetivação da atuação da vontade concreta da lei, ou seja, "o processo surge como um instrumento de justiça nas mãos do Estado, não para manifestar a vontade da lei, porquanto essa já se formou antes (legislativamente) da existência do processo, mas, tão somente, certificar-se de qual é esta vontade e executá-la" (PIMENTA; MARQUES; QUEIROZ, VIEIRA, 2004, p. 52). Enrico Tullio Liebman, jurista italiano erradicado no Brasil a partir da década de quarenta do século XX, propõe um modelo de processo centrado na idéia de relação jurídica, através da qual o juiz é visto como o intérprete qualificado da lei. Ou seja, "o processo é uma relação jurídica constituída pelas partes (autor e réu), perante o judiciário, através da qual o juiz se coloca em posição hierarquicamente superior, excluindo toda e qualquer forma de participação direta ou indireta das partes na construção do mérito processual" (COSTA, 2012, p. 52). O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 abocanhou todas as proposições teóricas acima mencionadas e que reproduzem um modelo de processo em que o julgador é o verdadeiro protagonista e legitimado a conduzir toda a relação processual. Pautado na ideologia do julgamento justo, o juiz tem liberdade para valorar provas e conduzir toda a instrução processual, de modo a formar seu convencimento. Ressalta-se que esse convencimento do julgador normalmente materializa a concepção através da qual a decisão precisa ser justa, mesmo que seja necessário utilizar-se de critérios metajurídicos como referenciais para decidir. Esse é o modelo autocrático de processo objeto da respectiva crítica

científica, cujo decisionismo decorre da percepção pessoal que o juiz tem acerca do caso concreto, entendimento esse que não se compatibiliza com a processualidade democrática pautada em proposições de cunho jurídico-constitucional.

3. Processo constitucional democrático e jurisdição constitucional

Compreender o processo e a jurisdição sob a perspectiva constitucionalizada e democrática é de fundamental importância na presente pesquisa, haja vista que a partir das proposições teóricas a seguir expostas será possível entender que a imparcialidade do juízo é reflexo direto da formação participada do mérito processual, bem como da fundamentação racional do provimento pelo julgador, cuja efetividade se condiciona à análise específica de cada prova e ponto controverso suscitado pelas partes no âmbito processual. Os estudos do processo como instituição constitucionalizada apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento, como direito-garantia fundamental, desponta inicialmente na obra do jurista mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho (LEAL, 2009, p. 84). Nesse ínterim, o processo deixa de ser visto como mero instrumento para o exercício da jurisdição e de proclamação da vontade do julgador como o único legitimado a decidir, e passa a redesenhar sua finalidade na perspectiva em que o compartilhamento do centro das decisões passou a legitimar todos os interessados na construção discursivo-democrática do conteúdo que integrará o mérito do provimento jurisdicional. Buscou-se, com isso, instituir o discurso democrático como o referencial teórico para o estabelecimento de critérios jurídicos da decisão judicial compartilhada. A teoria neo-institucionalista do processo, de autoria do jurista mineiro Rosemiro Pereira Leal, de cunho dialógico-popular, propõe o estudo do processo como uma instituição constitucionalizada hábil a assegurar irrestritamente

o controle dos procedimentos político-jurídicos, num espaço discursivo-processualizado que legitima o exercício da cidadania processual.

O processo na teoria do direito democrático deve ser visto como um sistema de institucionalização do discurso que oportunizará a legitimação do provimento pela participação das partes juridicamente interessadas na argumentação da pretensão deduzida. A teorização do estudo do processo no modelo constitucional se justifica na busca da superação do decisionismo judicial decorrente das percepções metajurídicas do juiz com relação ao julgamento do caso concreto. Nesse contexto torna-se relevante afirmar que "o drama da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma os juízes em legisladores" (STRECK, 2012, p. 93), ou seja, "o poder discricionário propicia a criação do próprio objeto do conhecimento, típica manifestação do positivismo" (STRECK, 2012, p. 93). Ou seja, "discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é um criador livre de vinculos" (CAPPELLETTI, 1999, p. 23-24), tendo em vista que "na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais" (CAPPELLETTI, 1999, p. 24).

Nesse cenário, "o juiz ou o decididor, nas democracias, não é livre intérprete da lei, mas o aplicador da lei como intérprete das articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes construtoras da estrutura procedimental" (LEAL, 2009, p. 63). A atividade construtora do provimento não deve decorrer de atos, de posturas ou de condutas solitárias dos juízes, visto que, precisa ser compartilhada entre todos os interlocutores e interessados na elaboração do provimento. A dialogicidade como pressuposto lógico do contraditório deve ser uma garantia estendida não apenas à parte autora e à parte demandada, tendo em vista que o julgador, o Ministério Público e qualquer outro interessado na construção do

provimento têm autonomia de interagir processualmente e debater, de forma livre e independente, os fundamentos da demanda. O estudo sistemático da jurisdição constitucional passa pela revisitação dos seus aspectos teóricos primordiais, quais sejam, a noção de que o exercício da atividade jurisdicional decorre da legitimidade do julgador dizer, de forma livre, o direito mais adequado ao caso concreto, podendo, assim, se utilizar de critérios e parâmetros jurídicos e metajurídicos (juízos axiologizantes, juízos de equidade) para a criação, a interpretação e a aplicação do direito mais adequado ao caso concreto. Os reflexos desse entendimento quanto ao estudo do mérito é que a legitimidade para a definição das questões relevantes a integrar a matéria de mérito é uma prerrogativa exclusiva do julgador. Não são as partes que direcionam o debate do mérito, mas, sim, será a autoridade do juiz quem conduzirá toda a apreciação, a análise e a interpretação de quaisquer alegações de fato e de direito que integrarão a decisão meritória solitariamente proferida pelo decididor.

Partindo-se da pressuposição de que a jurisdição é um direito fundamental, cuja titularidade pertence a toda pessoa física ou jurídica que demonstre interesse com relação a uma determinada pretensão, o exercício das atribuições legais do julgador deve condizer com a iniciativa de viabilizar a constituição de um espaço processual de debate e de testificação dos fundamentos inerentes ao objeto da ação judicial proposta. No âmbito do processo civil a jurisdição constitucional deverá ser exteriorizada mediante postura adotada pelo julgador no sentido de assegurar amplamente a ingerência e a participação das partes interessadas na construção do mérito processual, tendo em vista que a imparcialidade do julgador restará observada quando o mesmo se dispuser a analisar racionalmente todas as alegações e provas discursivamente produzidas pelas partes no âmbito processual. É nesse contexto propositivo que se torna relevante afirmar que a jurisdição constitucional não é sinônimo de autoridade ou poder do julgador

no ato de decidir solitariamente de forma constitucionalizada e, por isso, não pode ser vista e compreendida como a autonomia conferida aos magistrados, Tribunais Estaduais e Superiores de julgar unilateralmente pretensões a ele submetidas, sem permitir qualquer interferência dos legitimados ao provimento. A constitucionalização da do processo e da jurisdição, agora vista como um direito fundamental corolário da cidadania, viabiliza a qualquer interessado o direito de construção participada de toda e qualquer decisão judicial.

4. Formação participada do mérito e processo constitucional democrático.

A formação participada do mérito no contexto do processo civil brasileiro é considerada desdobramento teórico que fundamenta e sistematiza o modelo constitucional de processo. Nesse sentido é possível afirmar que "o mérito processual deverá refletir todo esse debate processual realizado entre os interessados e legitimados ao provimento, obrigando o julgador a se manifestar, de forma juridicamente fundamentada, sobre as proposições e os questionamentos propostos pelas partes ao longo do procedimento" (COSTA, 2012, p. 268). Todas as vezes que o magistrado se omite, ignora, desconsidera ou deixa de analisar e de se posicionar quanto às questões de mérito suscitadas pelas partes interessadas estará negando a prestação da jurisdição, considerada um direito fundamental corolário do exercício da cidadania, além de ocasionar às partes interessadas evidente cerceamento de defesa, decorrente da violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da isonomia processual. O mérito processual deve ser resultado da interação e da participação efetiva de todos os interessados no provimento final, mediante a apresentação de temas e pontos controversos que sejam correlatos à pretensão inicialmente deduzida em juízo, na definição das questões de

mérito e, por conseguinte, no amplo debate e na discursividade da pretensão no âmbito da processualidade democrática.

A construção participada do mérito processual no processo civil deve ser vista como uma forma legitima de exercício da cidadania, mediante a ampliação das vias de acesso ao judiciário e de participação dos interessados na definição e no debate de todas as questões de mérito que integram a pretensão. Qualquer medida utilizada para limitar, suprimir ou restringir a participação dos interessados na construção discursiva do mérito processual representa a deslegitimação democratizante do provimento, uma vez que reproduz um modelo autocrático de processo, cujo exercício da jurisdição e a definição das questões de mérito ficam adstritas à autoridade do julgador, por ser considerada exclusivamente sua prerrogativa. Diante das proposições ora expostas verifica-se que a implementação do princípio da imparcialidade do juízo decorre diretamente da oportunidade conferida aos sujeitos do processo de serem coautores do provimento final, ou seja, a decisão judicial deverá refletir a racionalidade crítica do julgador quanto à análise de todas as provas e alegações oportunamente produzidas e trazidas aos autos pelas partes, evitando-se a perpetuação do decisionismo judicial, reflexo da discricionariedade e protagonismo exercidos pelo magistrado.

5. Imparcialidade do juízo e fundamentação racional dos provimentos

A Constituição brasileira de 1988 trouxe uma proposta teórica de um modelo de processo visto essencialmente como um locus da formação participada do mérito processual, através da atuação direta de todos os interessados juridicamente na pretensão deduzida. Os próprios destinatários do provimento são seus co-autores. O contraditório é visto como um princípio constitucional explícito que legitima todos os interessados no direito de argumentação fática e

jurídico-legal da questão (ponto controverso) levado ao judiciário. A implementação do contraditório decorre da obrigatoriedade de o magistrado ter que se posicionar e fundamentar juridicamente toda questão suscitada pelos interessados no provimento. No momento em que o julgador se esquiva ou se omite quanto à apreciação de uma ou mais questões suscitadas pelas partes deixa de assegurar efetivamente o principio do contraditório no caso concreto. O CPC 2015 reforça, ainda, a necessidade de uma decisão fundamentada de forma qualificada, quando, ao usar uma técnica peculiar, dispõe sobre o que não se considera fundamentação adequada, na redação do art. 489. Isso apenas reafirma o entndimento anteriormente exposto de que a composição do mérito deverá refletir, de maneira adequada e o mais exaustiva quanto possível, o "desejo" das partes. Quando o magistrado deixa de apreciar uma ou mais questão de mérito alegada pelas partes, não se preocupando sequer em fundamentar sua recusa, ocorre a negativa da jurisdição.

Porisso,pensaroprocessocivilsobaégidedoconstitucionalismo democrático pressupõe inicialmente implementar, de forma efetiva, o principio da participação, principio esse que deve ser visto como um meio legitimo de garantia de formação participada do mérito, mediante a proposição e o debate das questões de mérito por todos os sujeitos juridicamente interessados na pretensão. É nesse contexto teórico-propositivo que a imparcialidade do juízo é vista como o direito que o jurisdicionado tem de que sua pretensão será objetivamente julgada a partir de critérios de cunho jurídico-constitucionais. Ou seja, a imparcialidade não se confunde com a neutralidade. Imparcial é o julgador que se posiciona diante do caso concreto, utilizando-se de fundamentos de natureza constitucional. Neutro é todo aquele juiz que se esquiva de se posicionar quanto ao caso concreto, proferindo uma decisão obscura, que muitas vezes não garante nem nega direitos ao jurisdicionado. A imparcialidade é um principio jurídico que precisa ser revisitado. Agir com imparcialidade é o mesmo que decidir de forma parcial,

fundamentando jurídico-constitucionalmente sua decisão. É por isso que o principio da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais é corolário da imparcialidade do juízo. O juiz que decide no Estado Democrático de Direito de forma imparcial é aquele que fundamenta objetivamente seu provimento, encontrando a argumentação jurídico-constitucional mais pertinente e coerente com as questões de fato inerentes à pretensão deduzida.

6. Conclusão

O modelo constitucional de processo proposto pelo Estado Democrático de Direito tem como referencial teórico a utilização da racionalidade crítica como critério regente da fundamentação dos provimentos jurisdicionais. Para isso, a participação dialógica dos interessados na formação do mérito processual é pressuposto para a legitimidade democrática do conteúdo decisório e corolário da imparcialidade do juízo no âmbito do processo civil brasileiro. Nesse contexto propositivo, a decisão democrática exige inicialmente a ruptura com as premissas autocráticas e fundantes do processo e da jurisdição, construídos a partir do protagonismo e da discricionariedade do julgador, sujeito esse legitimado e autorizado pressupostamente a utilizar parâmetros metajurídicos e axiologizantes como critérios de fundamentação de suas decisões judiciais.

A revisitação teórica do princípio da imparcialidade do juízo passa inicialmente pelo entendimento de que o mesmo é corolário da fundamentação racional das decisões. Juízo imparcial não pode ser confundido com a neutralidade judicial. Imparcial é o julgador que se posiciona diante do caso concreto, utilizando-se de critérios jurídico-constitucionais para a análise exauriente de todos os pontos controversos e provas produzidos pelas partes no âmbito processual civil. Neutro é o julgador que profere decisões obscuras, que se omite quanto ao enfrentamento racional das alegações

das partes e, também, deixa de reconhecer expressamente a pretensão deduzida em juízo. Visando esclarecer o debate proposto foi realizado um estudo sobre os breves apontamentos teóricos que explicam o processo e a jurisdição constitucional no âmbito das sociedades democráticas. Nesse sentido, o processo é visto como locus de ampla discursividade dos pontos controversos que integram a demanda, além da oportunidade conferida às partes de produzirem provas necessárias ao esclarecimento objetivo dos fatos alegados. A jusrisdição constitucional é compreendida como um direito fundamental conferido aos sujeitos do processo de obterem um provimento jurisdicional que seja reflexo da análise e estudo racional e exauriente do julgador acerca das provas e alegações produzidas nos autos. Por isso, sempre que o magistrado deixar de analisar alguma prova ou alegação, limitar o espaço processual de debate e fazer prevalecer seu protagonismo ocasionará o cerceamento de defesa, seguido da negativa da prestação jurisdicional.

A partir dessas premissas debatidas ao longo do texto foi desenvolvido um estudo sobre a formação participada do mérito, demonstrando-se que se trata de reflexo do modelo de processo civil democrático que assegura a construção dialética do provimento final pelos sujeitos interessados na lide e, consequentemente torna viável a efetividade do princípio da imparcialidade do juízo, como desdobramento lógico da fundamentação racional das decisões judiciais. A revisitação teórica do princípio da imparcialidade, no contexto do processo civil constitucionalizado no Estado Democrático de Direito, evidencia que a formação participada do mérito processual constitui um meio de assegurar racionalidade crítica ao provimento final, que deverá ser reflexo direto da análise exauriente pelo julgador de todas as provas e alegações trazidas pelos interessados no espaço processual de debate amplo da pretensão deduzida.

Referências Bibliográficas

AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso de; COSTA, Fabrício Veiga; SOUZA, Maria Inês Rodrigues de; TEIXEIRA, Welington Luzia. Processo, Ação e Jurisdição em Oskar vön Bülow. Estudos Continuados de Teoria do Processo. Coordenador Rosemiro Pereira Leal. v. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005.

ALMEIDA, Andréa Alves de. Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. JUÍZES LEGISLADORES? Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

COSTA, Fabrício Veiga. MÉRITO PROCESSUAL – a formação participada nas ações coletivas. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

CRUZ, Clenderson. A AMPLA DEFESA NA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte; Del Rey, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel.A Instrumentalidade do Processo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

GONÇALVES, Aroldo Plinio. Técnica Processual e Teoria do Processo. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRESTA, Roberta Maia. INTRODUÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LEAL, André Cordeiro. O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do Processo em Crise. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica.

São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo como Teoria da Lei Democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Processo de conhecimento e cognição – uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PIMENTA, André Patrus Ayres; MARQUES, Cláudio Gonçalves; QUEIROZ, Flávia Gonçalves de; VIEIRA, Lara Piau. Processo, Ação e Jurisdição em Chiovenda. Estudos Continuados de Teoria do Processo. Coordenador Rosemiro Pereira Leal. v. V. Porto Alegre: Síntese, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido como minha consciência? 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Direitos fundamentais: o meio ambiente, o homem e o aumento climático

Fundamental rights: the environment, man and climate increase

Carlos Alberto Lunelli[1]

Ismael Telles Ferreira[2]

Sumário: 1. Afirmação dos direitos fundamentais; 2. Efetivação da tutela dos direitos fundamentais; 3. O antropocentrismo e o aquecimento global; 4. A materialização dos direitos fundamentais para conter o aquecimento global; Considerações finais

Resumo: A afirmação dos direitos fundamentais constitui num dos importantes avanços na garantia da dignidade humana e representa a consolidação dos direitos humanos, porque confere um caráter vinculante e um compromisso dos diferentes ordenamentos jurídicos. Essa afirmação é uma decorrência do próprio processo democrático, verdadeira proteção contra as tiranias e tem suas bases na afirmação de que todo ser humano é pessoa, e como tal, sujeito de direitos, compreensão trazida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Reconhecer os direitos fundamentais, todavia, não se revela suficiente como expressão de sua necessária proteção. É preciso desenvolver mecanismos que se revelem eficazes nessa tutela. Por outro lado, a intervenção humana na natureza está afetando diretamente no aumento da temperatura global, e esta, poderá trazer duras consequência para o futuro sadio da humanidade. A pesquisa tem por objetivo analisar além

1 Doutor em Direito e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Atualmente é professor titular da Universidade de Caxias do Sul, no Mestrado e Doutorado em Direito, ministrando as disciplinas Processo Ambiental e Jurisdição Ambiental e Novos Direitos. No Curso de Direito, ministra a disciplina de Direito Processual Civil. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nas seguintes áreas: Direito Processual Civil, Direito Ambiental, Processo Constitucional e Políticas Públicas. E-mail: calunelli@gmail.com

2 Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS), com aderência à linha de pesquisa Direito Ambiental e Novos Direitos. Membro do Grupo de Pesquisa Alfajus (UCS). Bolsista CAPES na modalidade taxa. E-mail: ismatferreira@gmail.com

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

da afirmação a própria efetivação da tutela jurídica dos direitos fundamentais, diante de um antropocentrismo intervencionista e do aquecimento global. Para tanto, utiliza-se uma abordagem metodológica analítica, baseada na exploração bibliográfica, com consulta dogmática e doutrinária aos temas da pesquisa. Da análise parcial, aponta-se para uma urgência na efetivação dos direitos fundamentais para a proteção, principalmente a nível da internacional, da tutela ambiental, propiciando meios para barrar o avanço do aquecimento global e suas consequências.

Palavras-chave: direito fundamental; direitos humanos; meio ambiente; antropocentrismo; clima.

Abstract: The affirmation of fundamental rights constitutes one of the important advances in guaranteeing human dignity and represents the consolidation of human rights, because it confers a binding character and a commitment of the different legal systems. This statement is a consequence of the democratic process itself, true protection against tyrannies and is based on the statement that every human being is a person, and as such, a subject of rights, an understanding brought by the Universal Declaration of Human Rights. Recognizing fundamental rights, however, is not sufficient as an expression of their necessary protection. It is necessary to develop mechanisms that prove to be effective in this protection. On the other hand, human intervention in nature is directly affecting the increase in global temperature, and this, could have harsh consequences for the healthy future of humanity. The research aims to analyze beyond the affirmation the actual effectiveness of the legal protection of fundamental rights, in the face of an interventionist anthropocentrism and global warming. For that, an analytical methodological approach is used, based on bibliographic exploration, with dogmatic and doctrinal consultation to the research themes. From the partial analysis, there is an urgency in the implementation of fundamental rights for protection, mainly at the international level, of environmental protection, providing means to stop the advance of global warming and its consequences.

Keywords: fundamental right; human rights; environment; anthropocentrism; climate.

1. Afirmação dos direitos fundamentais

Direitos fundamentais são garantias constitucionais, sempre alicerçadas no princípio da dignidade humana. Em geral, constroem-se a partir da afirmação dos direitos humanos, reconhecidos no trilhar da história da humanidade.

A dignidade humana, princípio que orienta a construção jurídica contemporânea, tem seus alicerces no pensamento cristão, a partir das ideias de fraternidade e solidariedade. É a construção que o mundo contemporâneo fez ao redor do conceito de direitos humanos.

O reconhecimento dos direitos fundamentais decorre exatamente da inserção desses direitos nos textos constitucionais dos diferentes ordenamentos jurídicos. Mesmo que não seja possível afirmar que todos os direitos fundamentais também sejam reconhecidos como direitos humanos, é evidente a intimidade entre os dois institutos. E a constitucionalização de um direito é um marco, na trilha da sua efetiva concretização. Ao trazer-se um direito para o texto constitucional, está-se dando garantia de efetividade no poder do Estado.

Então, ao tratar-se da afirmação dos direitos humanos nos textos constitucionais, tornando-os também direitos fundamentais, está-se trazendo um status novo, uma garantia ou, ao menos, uma concreta promessa de garantia desse direito subjetivo.

É claro que essa garantia, que se estabelece a partir da constitucionalização de um direito, não representa a absoluta certeza de que se verificará, efetivamente, a concretização desse direito. A constitucionalização de um direito - e assim o é com os direitos fundamentais - traz um componente vinculante e obrigatório no ordenamento e são evidentes os benefícios que decorrem dessa verdadeira distinção, dentro de um ordenamento jurídico.

A constitucionalização de um direito representa, também, a proteção contra as tiranias, efeito ímpar do constitucionalismo contemporâneo. A ideia de constituição, vontade do povo e

expressão da democracia, é que produz esse notável efeito. O reconhecimento dos direitos fundamentais deu-se em momentos distintos, produzindo o que se chamou de gerações, ou dimensões de direitos. Primeiro, veio a afirmação ao direito à vida e às liberdades, depois os direitos sociais e, num terceiro momento, os direitos ligados aos valores da fraternidade e solidariedade, o direito ao ambiente equilibrado. Por fim, os direitos ligados à democracia, à informação e ao pluralismo.

Percebendo essas diferentes dimensões e investigando a efetividade desses direitos fundamentais, Bobbio reconhece que os direitos subsequentes são mais difíceis de proteger do que aqueles já afirmados anteriormente. É por isso que afirma que "à medida em que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade".[3]

Não basta, enfim, que seja alçado a essa categoria de direito fundamental, para que se garanta a necessária e indispensável efetividade a um direito. É preciso, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade eficaz, que traga aos direitos fundamentais uma garantia de imperatividade no ordenamento, capaz de evitar os ataques do poder político e, ainda, de protegê-los de eventuais investidas legislativas.

Tutelar os direitos fundamentais significa, em última análise, tutelar a própria condição humana. É claro que entre a afirmação e a efetiva proteção jurídica de um direito existe grande diferença. Bobbio diz que "... descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva",[4] ponte este a ser tratado a seguir.

3 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus. 1992. p. 64.
4 BOBBIO, Norberto. 1992. 63.

2. Efetivação da tutela dos direitos fundamentais

Hoje a humanidade vive um outro momento do constitucionalismo, diferente daquele que inspirou as primeiras ideias que justificaram uma constituição para o estado. Atualmente é necessário perceber os novos movimentos político-sociais e a influência do fenômeno da globalização. A partir da globalização econômica, o mundo assiste também à tendência de globalização social, política e cultural. Curiosamente, quando tudo é globalizado, o indivíduo é que ganha espaço, em detrimento do cidadão.

Nesse contexto, a afirmação constitucional dos direitos tem importância redobrada, porque se torna um dos instrumentos de sustentação das democracias da modernidade. Por sua vez, o controle da constitucionalidade das normas ganha destaque e se torna uma das possibilidades de concretização do estado democrático de direito.

Ocupando os espaços que outrora eram da lei, hoje encontram-se as fontes de direito supranacionais, numa verdadeira revolução jurídica, que também se assenta em princípios comuns a diversas nações. Verifica-se a transnacionalização e internacionalização dos direitos humanos, desafiando a própria constitucionalização, que assume papel de extrema relevância na atualidade, um dos importantes movimentos de garantia da própria democracia.

O fenômeno da crescente externalização dos conflitos, é próprio da democracia, que engendra o conflito e o alimenta, diversamente dos regimes totalitários. A esse respeito, indaga Garapon se "não será próprio da democracia deixar espaço para uma reivindicação contínua, indefinida, deslocando-se transversalmente de um centro para o outro?"[5]

A democracia é pressuposto de compreensão da justiça e o direito torna-se o modo de apaziguar o sofrimento do indivíduo do Século XXI, que reclama por justiça numa democracia

5 GARAPON, Antonie. Trad.: Francisco Aragão. O Guardador de Promessas. Lisboa: Piaget. 1996. p. 199.

desencantada, que ao mesmo tempo afasta os indivíduos uns dos outros ao desqualificar a autoridade tradicional e apresenta-se como a autoridade paliativa desta ausência para a qual ela contribuiu.

A efetivação dos direitos fundamentais é, assim, um dos grandes desafios que se apresenta no mundo pós-moderno e é preciso manter acesa a chama de sobrevivência dos espaços sociais, dando possibilidades de desenvolvimento dos ideais comunitários. E, a despeito das pessimistas perspectivas que alguns estabelecem, há que se ter em mente que a modernidade trouxe, afora o individualismo exagerado, também outros componentes, como o fenômeno da globalização e os processos de integração regional, que muito importam para a asseguração dos direitos fundamentais.

As novas configurações da sociedade global e da geopolítica mundial repercutem no Direito Constitucional, provocando um necessário alinhamento de seus elementos constitutivos e mesmo alterações em sua formatação, a fim de adaptar-se às novas conjunturas e instrumentalizar os novos direcionamentos do consenso político internacional.

A articulação do constitucionalismo contemporâneo acontece, basicamente, em três movimentos distintos: a globalização econômica, a integração regional e os direitos humanos. Cada qual centrado em suas complexidades e direcionamentos, acabam provocando a constitucionalização do direito internacional e a internacionalização do direito constitucional.

A partir daí, a observância dos direitos humanos não mais se restringe à esfera doméstica das nações, mas se apresenta como uma verdadeira obrigação internacional.

Nesse contexto de internacionalização de valores, o constitucionalismo alinha-se a uma dimensão ética cosmopolita, percebendo-se um sistema internacional de direitos humanos, que interfere no direito interno, aproximando os diferentes textos

constitucionais e, assim, homogeneizando os direitos fundamentais. Esse é um efeito positivo, porque opera na afirmação mais uniforme desses direitos, afinados à garantia da dignidade humana.

No entanto, para uma efetiva garantia da dignidade da pessoa humana é necessário equilibrar dois direitos fundamentais, ou seja, a ordem econômica e o meio ambiente, pois a forte intervenção antrópica junto ao meio ambiente está desencadeando o aumento climático.

3 O antropocentrismo e o aquecimento global

O Planeta Terra está passando por um dilema, que aumenta todos os anos, e possui consequências nefastas, diante do aumento climático. Não obstante, um dos grandes causadores deste fenômeno desastroso é o homem, por sua interferência diuturna na natureza, seja pela extração dos recursos naturais para sobrevivência, seja para exploração comercial.

Neste contexto, traz-se as contribuições dos constitucionalistas Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, ao falar sobre a dignidade para além da vida humana, onde a ética Kantiana é confrontada pelo seu excessivo antropocentrismo, assim como a tradição filosófica ocidental. Acrescentam ainda, que "importa ter presente que a vedação de qualquer prática de "objetificação" ou "coisificação" (ou seja, tratamento como simples "meio") não deve, em princípio, ser limitada a vida humana, mas ter seu espectro ampliado para contemplar também outras formas de vida."[6].

O aquecimento global é um dos grandes gargalos globais, que necessita não apenas da ação pública para a proteção e defesa do meio ambiente e qualidade de vida, mas da ação humana como um todo, conjunta e muito bem engrenada.

Dados do Painel Intergovernamental sobre Mudanças

6 SARLET, Ingo Wolfgang. Direito constitucional ambiental: (estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do meio ambiente) / Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p.62.

Climáticas (IPCC)[7], que foi criado pela Organização Meteorológica Mundial (OMM)[8] e pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (ONU Meio Ambiente)[9], que foi criado para compilar e difundir informações científicas sobre as mudanças climáticas, revelam a gravidade da situação, com dados científicos.

Consigna-se que o IPCC, é o principal órgão responsável pela divulgação de dados e informações sobre o aquecimento global, e na divulgação do seu Quinto Relatório (AR5), que ocorreu em 27 de setembro de 2013 em Estocolmo na Suécia, concluiu que o aumento da temperatura é real e que a principal causa é a atividade humana.

Nesta toada, destaca-se a 21ª Sessão da Conferência das Partes, realizada pela Convenção Quadro sobre a Mudança Climática da Organização das Nações Unidas[10], em razão da adoção do Acordo de Paris. No rascunho desta decisão – CP/21, estabelece a possibilidade de "parceiros não partes" de contribuírem, por força dos parágrafos 118[11], 134[12] e 137[13], onde se reconhece o importante papel destes parceiros não estatais de fornecer incentivos para atividades de redução de emissões de carbono, incluindo ferramentas como políticas internas e precificação do carbono.

7 IPCC. Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas. Disponível em https://www.ipcc.ch/. Acesso em 29 de dezembro de 2020.

8 OMM. Organização Meteorológica Mundial. Disponível em https://public.wmo.int/es. - Acesso em 29 de dezembro de 2020.

9 ONU - Meio Ambiente. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Disponível em https://nacoesunidas.org/agencia/onumeioambiente/. - Acesso em 29 de dezembro de 2020.

10 ONU. Convenção Quadro sobre a Mudança Climática da Organização das Nações Unidas. Disponível em https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf. - Acesso em 29 de janeiro de 2020.

11 Parágrafo n° 118. Saúda os esforços de parceiros não Partes de intensificar suas ações climáticas, e encoraja o registro dessas ações na plataforma da Zona para Ação Climática de Atores Não Estatais;

12 Parágrafo n° 134. Saúda os esforços de todos os parceiros não Partes de abordar e responder às mudanças climáticas, incluindo os da sociedade civil, do setor privado, das instituições financeiras, das cidades e de outras autoridades subnacionais;

13 Parágrafo n° 137. Também reconhece o importante papel de fornecer incentivos para atividades de redução de emissões, incluindo ferramentas como políticas internas e precificação do carbono;

Ressalvadas posições contrárias[14], não é mais factível permitir que a ação antrópica, representado pela ordem econômica se prevaleça em detrimento do também direito fundamental ao meio ambiente, ou seja, se propague sem equilíbrio ecológico, sem consumo consciente, apenas se perpetuando diante de um consumo hedonista.

Há que se reverter a propagação da cultura tida popularmente como inútil, que se amplifica de maneira acelerada na vida humana global, pela facilidade dos meios de comunicação, e por este meio incorporar uma cultura útil, apontando exemplos de como equilibrar direitos fundamentais na tentativa de preservar o meio ambiente e a própria existência humana na terra.

4 A materialização dos direitos fundamentais para conter o aquecimento global

Do ponto de vista constitucional pátrio, possui-se além do art. 225 da Constituição Federal[15], uma gama de artigos destinados a resguardar a vida humana e não humana.

Portanto, segundo o referido dispositivo constitucional o amparo principal deve ser dos setores públicos e privados, mas também pela ação humana, seja na cobrança de seus representantes, seja de forma individual em seu dia a dia, a fim de colaborar para manutenção dos recursos naturais e a assim, a preservação do meio ambiente devidamente equilibrado. Neste sentido, Konrad Hesse destaque que:

> Pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presente, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de Poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille

14 Nota dos Autores: aumento climático não por razão antrópica.

15 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Zur Vergassung).[16]

De forma complementar a orientação de Konrad Hesser, Paulo Natalício Weschenfelder, relata que além das vontades do poder e de constituição, há a vontade humana, a saber:

> Sobressai também o concurso da vontade humana que Konrad Hesse considera necessário à eficácia da ordem constitucional. Além da responsabilidade dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não exclui a dos cidadãos em geral. Atos de vontade é que dão força normativa à Constituição. De forma que todas as pessoas partícipes da vida nacional são responsáveis pela força normativa da Constituição. O que, aplicado ao objeto de nosso estudo, autoriza afirmarmos que, além do Poder Público, todas as pessoas partícipes da vida nacional são responsáveis pela força normativa do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para a construção de uma cultura de equilíbrio ambiental no Brasil.[17]

Portanto, evidente que deve haver vontade humana para uma efetiva eficácia imediata da Constituição. Esta vontade que se reverte em participação popular é essencial, pois todo poder emana do povo, e nada mais natural, que a par de informações necessárias disponibilizadas pelo Estado, crie uma cultura ambiental, e assim, coloque-a em prática em sua própria vida e de sua comunidade.

A participação de todo cidadão interessado está inclusive prevista no princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a saber:

> Princípio 10: O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, no nível que corresponda. No plano nacional, toda a pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as actividades que encerram perigo em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar nos processos de adopção de decisões.

16 HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung). Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. Fabris, 1991. p.16-19. (grifo do original)

17 WESCHENFELDER, Paulo Natalício. Do direito constitucional ao meio ambiente equilibrado: a construção de uma cultura. Caxias do Sul, RS : Educs. 2012. P.101/102. (grifo nosso)

Portanto, a criação de uma nova ratio é necessário educação, que para Jayme Paviani é sinônimo de mudança, elemento primordial para a incorporação da cultura ambiental:

> falar em fins de educação significa falar em mudança, na transformação que deve ser realizada. Trata-se de transformar o que é naquilo que deve ser, produzir modificações, prever resultados. Toda ação, em princípio, é intencional. Todo planejamento educacional é uma maneira de atingir fins. Aliás, a ação, quando qualificada como educativa, já assume uma direção.[18]

Mas para além disto, se está diante de dois direitos fundamentais que é o direito ambiental e o direito qualidade de vida, e neste sentido, Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros, expressa que estes direitos de terceira dimensão são reflexos da "poluição de liberdades", que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdade fundamentais.[19]

Ainda, neste espectro dos direitos fundamentais de terceira geração, como o direito ao meio ambiente, verifica-se pontualmente a sua dupla-fundamentalidade, ou seja, a cada direito fundamental garantido, se adquiri um dever a ser cumprido.

Segundo Cristiane Derani, "a primeira parte do art. 225, mais genérica, descreve um direito constitucional de todos, o que, apesar de não estar ele localizado no capítulo dos direitos e deveres fundamentais e coletivos, não afasta o seu conteúdo de direito fundamental".[20] Complementarmente, a autora ainda refere que "este direito é explicitado como sendo simultaneamente um direito social e individual, pois deste direito de fruição ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não advém nenhuma prerrogativa privada". [21]

Por esta abordagem, está claro que é a ação humana a

18 PAVIANI, Jayme. Problemas de filosofia da educação: o cultural, o político, e ético na escola, o pedagógico, o epistemológico no ensino. 7.ed. Caxias do Sul: Educs, 2005. p.31.

19 MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Meio Ambiente: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 75.

20 DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 245.

21 DERANI, 2008. p. 245.

grande causadora do aumento da temperatura e de todos os seus reflexos nefastos, e que, assim como a mesma possui um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e uma sadia qualidade de vida, também possui o dever de proteção e defesa do meio ambiente, exatamente proporcional ao seu direito.

Considerações finais

Direito fundamental. Princípio da dignidade da pessoa humana. Solidariedade e Fraternidade. Meio ambiente ecologicamente equilibrado. Todos estes pontos estão ligados por uma lógica, a da preocupação com a geração futura, porque não existirá a próxima, a persistir a maximização de direitos individuais e a minimização dos deveres ambientais.

Se a razão dos direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana, e essa está ameaçada com o aumento gradual da temperatura segundo estudos científicos e oficiais, é oportuno que este direito que exige um idêntico dever, seja exercido pela própria humanidade, sem ficar à espera dos chefes de governos mundiais.

O aquecimento global não é apenas problema nacional, é na verdade universal. Igualmente, não está apenas entre humanos e não humanos, está para além da dignidade da pessoa humana ou de linhas demarcatórias, esta pela defesa do planeta terra, e neste sentido a fortificação dos direitos fundamentais se faz deveras importante.

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. 3ª ed. São Paulo:

Saraiva, 2008.

GARAPON, Antonie. Trad.: Francisco Aragão. O Guardador de Promessas. Lisboa: Piaget. 1996.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

IPCC. Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas. Disponível em https://www.ipcc.ch/. Acesso em 29 de dezembro de 2020.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Meio Ambiente: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Traduciòn de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel. 1983.

LUNELLI, Carlos Alberto. Jurisdição italiana, ideologia e tutela ambiental. 1. ed. Caxias do Sul - RS: EDUCS, 2017. v. 01. Disponível em https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-jurisdicao-italiana_2.pdf.

OMM. Organização Meteorológica Mundial. Disponível em https://public.wmo.int/es. - Acesso em 29 de dezembro de 2020.

ONU. Convenção Quadro sobre a Mudança Climática da Organização das Nações Unidas. Disponível em https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf. - Acesso em 29 de janeiro de 2020.

ONU - Meio Ambiente. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Disponível em https://nacoesunidas.org/agencia/onumeioambiente/. - Acesso em 29 de dezembro de 2020.

PAVIANI, Jayme. Problemas de filosofia da educação: o cultural, o político, e ético na escola, o pedagógico, o epistemológico no ensino. 7.ed. Caxias do Sul: Educs, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito constitucional ambiental: (estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do meio ambiente) / Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

ZIZEK, Slajov (Org.). Um Mapa da Ideologia. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto. 1996.

WESCHENFELDER, Paulo Natalício. Do direito constitucional ao meio ambiente equilibrado: a construção de uma cultura. Caxias do Sul, RS: Educs. 2012.

Direito fundamental ao saneamento básico: análise da lei n.º 14.026/2020 à luz do estado socioambiental de direito

Fundamental right to basic sanitation: analysis of law n.º 14.026/2020 in the light of the socio-environmental state

Maria Carolina de Melo Santos[1]

Sumário: 1 Considerações Iniciais. 2 Do Direito fundamental ao saneamento básico no contexto do Estado Socioambiental de Direito. 3 O Novo Marco Legal do Saneamento Básico à luz do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n.º 6. 4 Considerações Finais. Referências.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo geral analisar as inovações legislativas trazidas pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico, tendo em consideração os novos padrões sanitários necessários no contexto epidemiológico vivido. A indagação central do artigo gira em torno, portanto, do seguinte questionamento: as propostas previstas na lei 14.026 de 15 de julho de 2020, responsável por alterar o Marco Legal do Saneamento Básico, constituem avanço legislativo em termos de instrumentalização do sexto Objetivo de Desenvolvimento Sustentável à luz do contexto epidemiológico enfrentado pelo Estado Socioambiental de Direito? A resposta preliminar caminha no sentido de identificar que alguns pontos do novo diploma legal não se encontram compatíveis com os esforços internacionalmente sedimentados por meio da Agenda 2030, especialmente no que se refere à plena implementação do ODS n.º 6, voltado para a universalização do saneamento básico. Justifica-se a importância deste estudo tendo em consideração os impactos sofridos pela população em função da COVID-19, a qual tem seu quadro agravado em áreas que se mostram desfavorecidas em termos de acesso ao saneamento básico, bem como em função do frescor legislativo da norma em análise. Para o desenvolvimento

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU (bolsista da CAPES). Especialista em Direito Previdenciário pela faculdade Anhanguera/Uniderp. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM. Docente nos cursos de graduação em Direito e Administração da Faculdade FASF (Luz – MG). Email para contato: s.mcarolinam@gmail.com.

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

deste trabalho fez-se a opção pela metodologia dedutiva, com a técnica de pesquisa voltada para a utilização da documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Saneamento Básico; Estado Socioambiental de Direito; Novo Marco Legal do Saneamento; Pandemia.

Abstract: The present study has the general objective to analyze the legislative innovations brought by the New Legal Framework of Basic Sanitation, taking into account the new sanitary standards necessary in the current epidemiological context. The central question of the article, therefore, revolves around the following question: the proposals provided by Law n.º 14.026 of July 15, 2020, responsible for changing the Legal Framework for Basic Sanitation, constitute legislative progress in terms of instrumentalization of the sixth Development Objective Sustainable in the light of the epidemiological context faced by the Socio-Environmental State? The preliminary response is aimed at identifying that some points of the new legal diploma are not compatible with the internationally consolidated efforts through the 2030 Agenda, especially concerning the full implementation of SDG n.º 6, aimed at universalizing sanitation. The importance of this study is justified taking into account the impacts suffered by the population due to COVID-19, which has its situation aggravated in areas that are disadvantaged in terms of access to basic sanitation, as well as due to the legislative freshness of the law under review. For the development of this work, it was selected the deductive methodology, with the research technique focused on the use of indirect documentation, through bibliographic and documentary research.

Keywords: Basic Sanitation; Socio-environmental State of Law; New Sanitation Legal Framework; Pandemic.

1 Considerações Iniciais

O presente estudo busca analisar as inovações legislativas incorporadas pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico, lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020, considerando-se o contexto epidemiológico vivido e os novos padrões de segurança sanitária por ele impostos. O parâmetro de análise para tais circunstâncias

reside nas metas previstas nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável previstos na Agenda 2030, os quais coadunam com o direcionamento a ser perfilhado por um Estado Socioambiental de Direito, que tem por norte o princípio do desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, apresenta-se como problematização a ser trabalhada a seguinte indagação: as propostas previstas na lei n.º 14.026 de 15 de julho de 2020, responsável por alterar o Marco Legal do Saneamento Básico, constituem avanço legislativo em termos de instrumentalização do sexto Objetivo de Desenvolvimento Sustentável à luz do contexto epidemiológico enfrentado pelo Estado Socioambiental de Direito?

Em que pese não se querer desmerecer os eventuais potenciais positivos que o Novo Marco do Saneamento Básico possa apresentar, sustenta-se como resposta preliminar para o presente estudo que o novel diploma legal apresenta algumas falhas que impedem uma visão integrada de fornecimento do saneamento básico à população enquanto verdadeira política pública institucionalizada, dando azo, portanto, a uma fraca noção de desenvolvimento das questões socioambientais do país, na qual se perpetuam injustiças ambientais que acometem as camadas mais vulneráveis da população.

Assim, o objetivo geral do presente estudo é tecer uma breve análise do Novo Marco Legal do Saneamento Básico, sendo objetivos específicos: demonstrar a importância da universalização do saneamento básico para a concretização de direitos fundamentais; examinar as propostas ventiladas pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico em cotejo com os padrões de segurança sanitária necessários ao enfrentamento de contextos pandêmicos, e, por fim, sedimentar a importância da efetivação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, especialmente o ODS n.º 6 (“assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas e todos”), para a promoção da

justiça ambiental e a garantia de um mínimo existencial ecológico no ordenamento jurídico brasileiro.

A justificativa do estudo ora proposto lastreia-se na atualidade do tema, não apenas no que se refere à urgência das questões ambientais, as quais demandam um novo norte ético para as atividades humanas, mas também, e principalmente, da evidente interseção entre a ausência de universalização do saneamento básico e a disseminação da pandemia causada pela COVID-19, cujas consequências se arrastarão por um horizonte ainda indefinido. Nesse ponto em específico, a diligência por soluções reside tanto na necessidade de se reduzir os impactos negativos que se revelam cotidianamente, quanto na importância de se prevenir a ocorrência de novos quadros semelhantes, questões as quais requerem eficazes políticas públicas.

Para o desenvolvimento da presente proposta utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, por meio da análise do contexto do desenvolvimento legislativo atual acerca da universalização do saneamento básico no contexto brasileiro em cotejo com as especificações previstas no ODS n.º 6 da Agenda 2030. Em termos de técnica de pesquisa, utilizou-se a documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

2 Do Direito fundamental ao saneamento básico no contexto do Estado Socioambiental de Direito

Como sabido, a movimentação jurídica vigente, em que pese ainda banhada por contornos antropocêntricos, tenta se orientar pela articulação de interesses sociais, econômicos e ambientais no sentido de promoção de um desenvolvimento de bases sustentáveis. Noutros dizeres, em um contexto em que a degradação ambiental segue acompanhada da degradação das condições sociais[2], o ordenamento jurídico contemporâneo propõe-

2 NUSDEO, Ana Maria. Direito ambiental& Economia. Curitiba, Juruá, 2018.

se a concatenar esforços direcionados a uma compatibilização entre a preservação ambiental, a melhoria das condições sociais e o combate à pobreza[3].

À vista disso, pode-se compreender que o desenvolvimento sustentável carece de uma abordagem integrada do regime jurídico dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais[4]. Manifesta-se, portanto, como proposta que supera a compreensão de desenvolvimento restrito a apontadores econômicos, caminhando no sentido de expansão das liberdades individuais, consoante propõe os estudos de Sen, abrangendo direitos relacionados à vida, à liberdade, à saúde e educação e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado[5], além de direcionar esforços no reconhecimento de novos direitos relacionados à própria natureza. De tal forma, a promoção de um Estado Socioambiental de Direito carece sobretudo de um enfrentamento das desigualdades sociais, com a correção da inacessibilidade de direitos sociobásicos[6], dentre eles o saneamento básico, para conseguir galgar os próximos degraus na proteção ambiental.

Adentrando especificamente na questão do saneamento básico, consoante o artigo 3º, I, da lei 11.445 de 2007, com redação dada pela lei 14.026, de 2020, vê-se que este pode ser compreendido como o conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas[7][8]. A amplitude de circunstâncias

3 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Sustentabilidad y derecho: posibles respuestas institucionales. In: El derecho, el medio ambiente y las crisis actuales en el capitalismo mundial[S.l: s.n.], p. 288 : il. ; 24 cm, 2018.

4 FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre o princípio da sustentabilidade e os deveres fundamentais dos consumidores à luz do marco jurídico socioambiental estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Revista de Direito do Consumidor, v. 101, p. 241-263, set/out, 2015.

5 SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

6 FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang, op cit.

7 BRASIL. Lei 11.445 de 5 de janeiro de 2007 […].

8 BRASIL. Lei 14.026 de 15 de julho de 2020[…].

cobertas pelo sistema de saneamento básico faz saltar aos olhos a sua condição de "ponte normativa entre o mínimo existencial social e a proteção ambiental"[9], sendo imperiosa a promoção de uma visão integrada, reconhecendo-se a interferência do saneamento básico no direito à vida, à dignidade humana, à saúde, à moradia decente e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse sentido, a própria lei 11.445 positiva em seu artigo 2º, VI, a necessidade de "articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante"[10], evidenciando o cariz fundamental do viés multifacetado de tal questão.

Vislumbra-se, portanto, uma intrínseca relação entre a promoção do saneamento básico e a tutela ambiental, uma vez que reflete diretamente "no direito a viver em um ambiente sadio, equilibrado e seguro, dada a poluição ambiental que estará subjacente a tal omissão e violação perpetrada pelo ente estatal, especialmente perceptível no cenário urbano."[11]. Nesse contexto, exemplo maior de apreciação da carência na efetivação de tal direito reside nos impactos atualmente vivenciados em decorrência do contexto epidemiológico. Consoante vastamente sabido, as implicações ocasionadas por essa emergência de saúde pública de nível internacional[12] desencadearam uma cadeia de efeitos totalmente inesperados, impondo restrições e medidas sanitárias

9 FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, v. 1, p. 1219-1250, mar., 2011, p. 1228.

10 BRASIL. Lei 11.445 de 5 de janeiro de 2007 […].

11 FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p, 547.

12 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Atualizada em 17 dez. 2020. Organização Pan-americana da Saúde. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875>. Acesso em: 28 dez. 2020.

responsáveis por modificar por completo o fluir da vida pós-moderna. Em meio a um crescente número de contaminados e mortos pela doença, mesclaram-se impactos sociais, políticos, culturais e econômicos suportados, em maior ou menor intensidade, por quase todo o globo.

No furacão de consequências epidemiológicas, a crise escancarou as desigualdades e vulnerabilidades socioeconômicas, tanto no Brasil quanto em nível mundial, evidenciando a ausente concretização de direitos humanos básicos especialmente entre as camadas mais pobres da população. Da diversidade de fatores que contribuem para esse cenário, tais como a falta de moradia adequada, a ausência de água encanada, o compartilhamento de banheiros por várias pessoas, o pouco ou nenhum sistema de gestão de resíduos e o acesso limitado a estabelecimentos de saúde[13], salta aos olhos o grande impacto negativo da ausência de instalações básicas de saneamento. De tal constatação emerge, pois, um grave cenário de injustiça ambiental, no qual se torna possível, inclusive, levantar a hipótese de que a disseminação da doença no Brasil teria sido menor se houvesse maior implementação dos serviços de saneamento básico e demais metas previstas nos Objetivos de Desenvolvimentos Sustentável[14], consoante se aborda a seguir.

3 O Novo Marco Legal do Saneamento Básico à luz do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n.º 6

13 UNITED NATIONS. The sustainable development goals report 2020. United Nations Department of Economic and Social Affairs. Nova York, 2020.

14 Segundo reportagem do jornal da Universidade de São Paulo – USP, várias doenças têm relação direta com a falta de serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto. Um estudo está sendo desenvolvido pela universidade em conjunto com a Unicamp no sentido de constatar se a disseminação da COVID-19 teria sido menor se houvesse um maior avanço na oferta de tais serviços e na implementação dos objetivos previstos na Agenda 2030. (FERREIRA, Ivanir. COVID-19 teria tido menos impacto no Brasil se a Agenda 2030 tivesse avançado. Jornal da USP. 05 maio 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/covid-19-teria-tido-menos-impacto-no-brasil-se-a-agenda-2030-tivesse-avancado/> Acesso em: 28 dez. 2020.).

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, estabelecidos em 2015 por meio da Agenda 2030, delineiam dezessete metas que buscam contemplar aspectos comuns a todas as nações, em um esforço global pelo desenvolvimento sustentável[15]. Malgrado algumas críticas em relação ao seu caráter dispersivo e à carência de um alvo abrangente capaz de dar uma maior consistência aos 17 ODS, deve-se reconhecer as inovações políticas e cognitivas por eles trazidas, tais como a abordagem sobre questões relativas às desigualdades internacionais, à energia, às mudanças climáticas e aos padrões de consumo[16].

Recentemente, uma análise do progresso global em relação à implementação dos ODS foi realizada pela Organização das Nações Unidas, resultando no "Relatório 2020 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável" ("The sustainable development goals report 2020"). Dentre os apontamentos realizados pelo documento, merecem destaque as preocupações concernentes à superação dos efeitos pandêmicos e os eventuais empecilhos que estes podem causar à efetiva implementação dos ODS. O relatório ressalta, inclusive, que a crise causada pela COVID-19 evidenciou a importância da água, do saneamento básico e da higiene para a promoção da proteção da saúde humana. Indica, ademais, que os países enfrentam cada vez mais desafios vinculados à escassez e contaminação da água, ponto fundamental a ser solucionado não apenas diante dos eventos decorrentes da disseminação do coronavírus, mas também em razão da possibilidade de acometimento de outras enfermidades em contextos futuros[17].

É à luz de tais apontamentos que o presente estudo sinaliza a importância do cumprimento do ODS n.º 6, o qual tem por escopo "assegurar a disponibilidade e gestão sustentável

15 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Organização das Nações Unidas Brasil. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 28 dez. 2020.

16 VEIGA, José Eli. Para entender o desenvolvimento sustentável. São Paulo, Editora 34, 2015.

17 UNITED NATIONS. The sustainable development goals report 2020. United Nations Department of Economic and Social Affairs. Nova York, 2020.

da água e saneamento para todos e todas.". O exame de tal objetivo, bem como de suas especificações, leva à reflexão sobre a carência de universalização do acesso ao saneamento básico ao longo da extensão territorial do país, o que se mostra mais discrepante especialmente em regiões com menores índices de desenvolvimento. Segundo dados coletados na Pesquisa Nacional de Saneamento Básico promovida pelo IBGE em 2017, o percentual total de Municípios com serviço de esgotamento sanitário por rede coletora no país é de 60,3%, sendo possível constatar uma grande disparidade no fornecimento de tal serviço entre as regiões Sudeste (96,5%) e Norte (apenas 16,2%)[18].

De outra sorte, em termos de Municípios com serviço de abastecimento de água por rede geral de distribuição, verifica-se que o cenário mostra-se um pouco mais satisfatório, sendo o percentual total de 99,6%, com pouca dissonância entre as regiões do país, variando entre 100% (regiões Sudeste e Sul) e 98,4% (região Norte) no fornecimento do serviço[19].

Sob o foco dos dados apontados, é possível constatar um progresso gradual na distribuição dos serviços de saneamento básico, em que pese ainda não se poder afirmar que há, de fato, sua universalização. Jaz, nesse ponto, a importância de um avanço legislativo e sua consequente e efetiva operacionalização, no sentido de colmatar tais lacunas que ainda privam inúmeros brasileiros de seus direitos sociobásicos e que contribuem para a ocorrência de degradações ecológicas. Há que se ponderar, por conseguinte, as propostas ventiladas pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico recentemente aprovado, submetendo-as à verificação de compatibilidade tanto com as especificações traçadas pelo ODS n.º 6, quanto com os propósitos abraçados pelo Estado Socioambiental de Direito.

Em primeiro lugar, aponta-se sua orientação unidirecional

18 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional de Saneamento Básico - 2017: abastecimento de água e esgotamento sanitário. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

19 Ibid.

para a superação do déficit de acesso ao saneamento por meio do grande foco à inclusão da iniciativa privada no desenvolvimento de empreendimentos voltados para o fornecimento de serviços relacionados ao saneamento básico[20], o que pode indicar um déficit de visão integradora entre os diversos instrumentos que devem ser contemplados em uma política pública voltada para a superação de carências sociais enfrentadas pela população. De tal sorte, há que se indagar, inclusive, se os impactos econômicos da presença do setor privado na prestação de tais serviços ensejariam um aumento nos preços apto a inviabilizar o pagamento e, consequentemente, efetivo acesso da população de renda baixa.

Em segundo lugar, verifica-se que consoante as disposições legislativas do referido diploma legal, há o estabelecimento de metas para a universalização do saneamento básico até o ano de 2033, o que notadamente extrapola o prazo previsto no âmbito da Agenda 2030. Diante de tais assertivas, vislumbra-se, de pronto, que os prazos inseridos na legislação nacional não só não são compatíveis com os esforços internacionalmente sedimentados, como também aumentam o prazo de exposição a riscos aos quais as populações mais vulneráveis estão mais suscetíveis em um contexto epidemiológico.

Por último, há que se ponderar se será garantido o efetivo equilíbrio ambiental na implantação dos projetos, recordando-se especialmente os potenciais danos que podem emergir. Ressalte-se que uma das preocupações suscitadas sobre o avanço na participação de empresas privadas na execução dos serviços de saneamento reside na possibilidade de se dar maior atenção a interesses estritamente econômicos, sem um olhar mais cuidadoso em relação às urgências ambientais. Tal preocupação demonstra uma necessidade de se pensar em uma sustentabilidade que não permita, justamente, o favorecimento dos interesses econômicos

20 FURIGO, Renata de Faria Rocha. Universalização do saneamento no contexto dos assentamentos precários urbanos brasileiros. 2020. 173 f. Tese (Doutorado em Urbanismo) - Centro de Ciências Exatas, Ambientais e de Tecnologia da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2020.

quando haja necessidade de sopesá-los com os interesses sociais e ambientais.

4 Considerações finais

Considerando-se o exposto, pode-se afirmar que, não obstante o objetivo de promoção da universalização do saneamento básico no Brasil, é possível constatar que o novel diploma precisa de um olhar mais cuidadoso em certos pontos. Tal fato permite concluir, inclusive, que há um retardamento na concretização da justiça ambiental, uma vez considerada a demora na correção de inseguranças sanitárias que contribuem para a maior exposição a danos por parte da camada mais vulnerável da população.

Frise-se, ademais, que ainda há que considerar e lidar com os eventuais empecilhos consequentes da pandemia causada pelo coronavírus, os quais, conforme já sinalizado pela própria ONU, em seu "Sustainable Development Goals Report 2020", poderão retardar o processo de implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável pelos países, o que não deve ocorrer de modo diferente no Brasil, especialmente considerando-se questões voltadas para a implantação do saneamento básico[21].

É evidente que as análises aqui expostas apresentam um caráter preliminar, dada a brevidade do estudo, sendo interessante, pois, um futuro exame mais aprofundado. Em que pese o objetivo sinalizado de efetiva implementação dos serviços envolvendo o saneamento básico no país, deve-se acompanhar tais determinações legais com proximidade, tendo-se em mente, sempre, que a finalidade maior consiste não apenas na viabilização da justiça ambiental, em uma garantia de distribuição equitativa dos bens ambientais[22], mas também na concretização da própria tutela do ambiente em face de possíveis degradações.

21 UNITED NATIONS. The sustainable development goals report 2020. United Nations Department of Economic and Social Affairs. Nova York, 2020.

22 ACSELRAD, Henri; BEZERRA, Gustavo das Neves; MELLO, Cecília Campello do A. O que é justiça ambiental. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

Referências Bibliográficas

ACSELRAD, Henri; BEZERRA, Gustavo das Neves; MELLO, Cecília Campello do A. O que é justiça ambiental. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

BRASIL. Lei 11.445 de 5 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acesso em: 23 dez. 2020.

BRASIL. Lei 14.026 de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 15 de julho de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art6>. Acesso em: 23 dez. 2020.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre o princípio da sustentabilidade e os deveres fundamentais dos consumidores à luz do marco jurídico socioambiental estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Revista de Direito do Consumidor, v. 101, p. 241-263, set/out, 2015.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, v. 1, p. 1219-1250, mar., 2011.

FERREIRA, Ivanir. COVID-19 teria tido menos impacto no Brasil se a Agenda 2030 tivesse avançado. Jornal da USP. 05 maio 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/covid-19-teria-tido-menos-impacto-no-brasil-se-a-agenda-2030-tivesse-avancado/> Acesso em: 28 dez. 2020.

FURIGO, Renata de Faria Rocha. Universalização do saneamento no contexto dos assentamentos precários urbanos brasileiros. 2020. 173 f. Tese (Doutorado em Urbanismo) - Centro de Ciências

Exatas, Ambientais e de Tecnologia da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional de Saneamento Básico - 2017: abastecimento de água e esgotamento sanitário. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

NUSDEO, Ana Maria. Direito ambiental& Economia. Curitiba, Juruá, 2018.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Sustentabilidad y derecho: posibles respuestas institucionales. In: El derecho, el medio ambiente y las crisis actuales en el capitalismo mundial[S.l: s.n.], p. 288 : il. ; 24 cm, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Organização das Nações Unidas Brasil. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 28 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Atualizada em 17 dez. 2020. Organização Pan-americana da Saúde. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875>. Acesso em: 28 dez. 2020.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

UNITED NATIONS. The sustainable development goals report 2020. United Nations Department of Economic and Social Affairs. Nova York, 2020.

VEIGA, José Eli. Para entender o desenvolvimento sustentável. São Paulo, Editora 34, 2015.

A efetivação dos direitos sociais trabalhistas por meio de códigos de conduta em empresas transnacionais

Using the conduct code in transnational companies in order to actualize the social labor rights

Fabrício Veiga Costa[1]

Graciane Rafisa Saliba[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Empresas transnacionais e seu escopo de atuação; 3. Empresas transnacionais e os direitos sociais trabalhistas; 4. Códigos de conduta: um cenário de codificação; 5. Códigos de conduta como meio de implementação de direitos fundamentais; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar a problemática da migração das empresas transnacionais para exercício das atividades em países que apresentam menor rigor nos direitos sociais trabalhistas, e, a partir daí exportarem para aqueles nos quais há maior rigor legislativo e exigência de tais direitos. Essa facilidade de migração com critério meramente econômica protela o estabelecimento de padrões internacionais e internacionalização dos direitos trabalhistas, além de desconsiderar as questões humanitárias e sociais. A escolha do tema se justifica em razão de sua relevância prática e teórica, sendo relevante destacar o incremento da facilidade de migração com a globalização, e, para tanto, revela-se atual e de abrangência mundial. Após a abordagem

1 Pós-Doutorado em Educação (UFMG). Pós-Doutorado em Psicologia (PUCMINAS). Doutorado e Mestrado em Direito Processual (PUCMINAS). Especializações em Direito Processual; Direito de Família e Direito Educacional (PUCMINAS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. E-mail: fvcufu@uol.com.br.

2 Doutora em Direito do Trabalho (PUCMINAS). Mestrado em Direito Internacional (PUCMINAS). MBA em Direito do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas com extensão pela Ohio University. Especialização em Derecho del Trabajo y Crisis Económica Universidad Castilla-la Mancha, Espanha. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora da Universidade de Itaúna e da Faculdade de Pará de Minas. E-mail: graciane@gracianesaliba.com.br.

Porto, Portugal | 2021
ISBN 978-989-54869-9-1

inicial e delimitação da atuação dessas empresas frente aos direitos sociais trabalhistas, passa-se a debater a possibilidade de propagação dos códigos de conduta a serem adotados pelas empresas transnacionais, como meio de eficácia de direitos trabalhistas, e, apesar de serem considerados meios de soft law, passarem a ser exigência dos Estados e da própria sociedade, para ingresso, permanência e expansão das empresas em seus territórios. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, além de análises críticas, teóricas e interpretativas, demonstra-se a viabilidade e maior eficiência desse meio para codificação e incremento dos direitos sociais trabalhistas.

Palavras-chave: Empresas transnacionais; Código de conduta; Direitos sociais trabalhistas.

Abstract: This paper aims to present the problem of migration of transnational companies to exercise activities in countries that present less rigor in social labor rights, and, from then on, export to those where there is greater legislative rigor and demand for such rights. This ease of migration with purely economic criteria delays the establishment of international standards and the internationalization of labor rights, in addition to disregarding humanitarian and social issues. The choice of the theme is justified due to its practical and theoretical relevance, and it is relevant to highlight the increase in the ease of migration with globalization, and, for this, it proves to be current and worldwide in scope. After the initial approach and delimitation of the performance of these companies in relation to social labor rights, the possibility of spreading the codes of conduct to be adopted by transnational companies is discussed, as a means of effective labor rights, and, despite being considered soft law means, become a requirement of the States and of society itself, for entry, permanence and expansion of companies in their territories. Through bibliographic and documentary research, in addition to critical, theoretical and interpretive analyzes, the viability and greater efficiency of this medium for coding and increasing social labor rights is demonstrated.

Keywords: Transnational companies; Code of conduct; Social labor rights.

Introdução

O processo de globalização demonstra a interdependência econômica e social dos Estados, com impactos diretos dos acontecimentos vivenciados em um local para grande parte do mundo. Nesse contexto, a atuação das empresas transnacionais se transformou em um dos principais desafios para equilíbrio e respeito aos direitos humanos nos mais diversos Estados, tendo em vista que essas empresas exercem forte pressão nos mesmos, colocando o risco de retrocesso para aqueles que contavam com garantias e direitos que foram conquistados através de longas lutas sociais.

O que se verifica em âmbito internacional é que ainda não se definiram os padrões de regulamentação e limites de atuação das empresas transnacionais diante das transformações não só de ordem estrutural, mas também conjuntural na economia, tendo em vista que os efeitos da chamada globalização relacionam as transformações econômicas, sociais, culturais e políticas em âmbito mundial. A facilidade de migração dessas empresas, para produzirem em determinado local, com mão de obra mais barata e escassez de direitos sociais trabalhistas, e apenas venderem seus produtos em outros países nos quais o custo de produção seria diferenciado pelo respeito aos direitos e à própria dignidade humana, propicia um achatamento de direitos, e, para tanto, requer a utilização de fontes que contemplem o respeito às conquistas sociais como meio de implemento de direitos sociais trabalhistas.

Assim, para delimitação e comprometimento das empresas transnacionais, ou para que pelo menos estabeleçam um mínimo de condições de trabalho, vislumbra-se a possibilidade da utilização dos códigos de conduta para tratamento dessas questões e como meio de estabelecimento de um padrão, ainda que mínimo, para ser cumprido em qualquer lugar do mundo em que tais empresas venham a atuar.

Para tanto, a partir da delimitação das empresas

transnacionais, permeia-se pela possibilidade de utilização de códigos de conduta para uma padronização mundial mínima para a efetivação dos direitos sociais trabalhistas em qualquer Estado. Tema de relevância prática e teórica, sendo essencial destacar o incremento da facilidade de migração com a globalização. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, além de análises críticas, teóricas e interpretativas, visa-se demonstrar a viabilidade e maior eficiência desse meio para codificação e incremento dos direitos sociais trabalhistas.

1. Empresas transnacionais e seu escopo de atuação

O comércio além das fronteiras do Estado de origem fez surgir a figura das empresas transnacionais, as quais se submetem às legislações dos países em que iniciaram suas atividades e, também, àqueles nos quais passa a operar, o que leva ao interesse do Direto Internacional. É possível que se aproveitem da multiplicidade de ordenamentos jurídicos, e se beneficiem do que lhes seja mais profícuo. São capazes de mobilizar recursos para campanhas políticas, pesquisas tecnológicas e até mesmo para a economia das sociedades nas quais pretendem se instalar.

> Em 1984, das cem maiores entidades econômicas mundiais, cinqüenta e cinco eram Estados, e quarenta e cinco, empresas transnacionais. São estas últimas as verdadeiras responsáveis pela expressiva maioria das trocas econômicas internacionais, tanto por seu maciço domínio do comércio internacional de bens e serviços quanto pela maior parte dos investimentos internacionais, além de situar-se no centro dos movimentos transfronteiriços de capital. (CARREAU; JULLARD apud CRETELLA NETO, 2007, p.39)

As empresas transnacionais, também conhecidas como empresas multinacionais, ou até companhias multinacionais, são marcadas pela finalidade lucrativa, o que as diferencia, inclusive, das organizações não governamentais. Apesar dos conceitos ainda imprecisos e da falta de consenso, há várias tentativas de definições, utilizando-se transnacionais ou multinacionais ou

internacionais ou mundiais.

Na obra de Allain Pellet, Patrick Dailler e Nguyen Quoc Dinh, assim definem as transnacionais:

> As sociedades multinacionais são empresas que são proprietárias de instalações de produção ou de serviços ou as controlam fora do país no qual elas estão baseadas. Tais empresas não são sempre sociedades anônimas ou sociedades privadas, elas podem ser também cooperativas ou entidades pertencentes ao Estado, que o "G.A.T.T. de 1994" designa por apelo a "empresas comerciais do Estado. (2003, p.662)

Os mesmos autores apresentam outra definição dessa modalidade de empresa, sendo a definição adotada pelo I.D.I. (Institut de Droit International), em 1977:

> (...) as empresas formadas por um centro de decisão localizado num país e por centros de actividade, dotados ou não de personalidade jurídica própria, situados num ou em vários outros países, deverão ser consideradas como constituindo juridicamente empresas multinacionais. (DINH; PELLET; DAILLIER, 2003, p. 662)

Apesar da dificuldade de conceituação acerca das empresas transnacionais, hoje não se exige mais que, para ser considerada uma empresa desse porte tenha implantação de filiais, pois essas empresas já não são mais tão "estrangeiras", já que contam inclusive com vínculos diretos com entidades locais, com relações de subcontratação. A relação não se dá através de uma propriedade direta da grande multinacional com as filiais, mas sim com subcontratadas que se predispõem ao pagamento de salários mais baixos que em outros locais e impõem ainda aos empregados jornadas longas. Essa rede acaba formando um conglomerado de empresas de pequeno e médio porte, em diversos países diferentes, com uma concorrência entre eles.

Outra situação que se tornou corriqueira no cotidiano das empresas é a terceirização, uma empresa principal, geralmente o centro de inteligência da corporação, de onde saem as criações e as normas gerais, contam com fornecedores em todo o mundo, sendo que estes têm que atender determinados padrões de produção, que

envolve desde qualidade do produto até direitos dos empregados. Apesar das exigências, muitas vezes essas empresas responsáveis pela produção, em países distintos, são acusadas de utilização de mão-de-obra infantil, condições degradantes de trabalho e salários baixos.

2. Empresas transnacionais e os direitos sociais trabalhistas

Frequentemente são noticiadas situações envolvendo empresas transnacionais praticando abusos contra os direitos humanos, especialmente nas questões sociais trabalhistas. Esses casos têm sido presenciados principalmente em países mais pobres, que necessitam da atuação dessas empresas para emprego da população extremamente carente e com escassos recursos para alimentação, educação e moradia.

> Indústrias têxteis, por exemplo, foram acusadas de abusar fisicamente dos funcionários, dando suporte ativo para campanhas governamentais contra organizações trabalhistas e forçando os trabalhadores a exaustão em condições de semi-escravidão. Empresas de extração mineral e ambiental foram acusadas de prover assistência financeira e logística para forças de repressão nacionais para conquistar confiança, segurança e proteção em países como Birmânia, Colômbia, Nigéria e Sudão. (PEGG, p.1, 2003)[3]

Não são desconsideráveis os problemas vivenciados atualmente e que têm como "atores" as empresas transnacionais, mas há que se repensar em uma escolha normativa em favor da ordem política e, principalmente, social em detrimento da ordem vivenciada atualmente (estritamente capitalista).

As empresas transnacionais não são instituições criadas com propósitos exclusivamente morais e sociais, têm fortemente

3 Tradução livre da autora ao trecho: "Textile manufactures have, for example, been accused of physically abusing workers, actively assisting government campaigns against labor organizers and forcing workers to toil in 'sweatshop'conditions. Resource extraction companies have been accused of providing logistical and financial assistance to repressive state security forces and relying in those forces for protection in countries such as Burma, Colombia, Nigeria and Sudan. (PEGG, p.1, 2003)

um propósito econômico, que representa, inclusive, o propósito primário. Para tanto se faz necessário o estabelecimento de normas no sentido de respeito aos direitos humanos, dentre eles a dignidade do trabalhador, não-utilização de mão de obra infantil e nem mão de obra escrava.

A globalização, ao transformar o mundo numa economia única e interdependente, facilitou a expansão de empresas do tipo transnacionais, o que, em decorrência, ampliou a utilização de mão de obra nas mais diversas regiões, em condições nem sempre consoantes com os direitos humanos, com as relações ambientais e trabalhistas.

Entretanto, as práticas são oriundas das estratégias de mercado, que acabam por ensejar verdadeiros privilégios, outorgados às empresas pelos próprios Estados hospedeiros, desejosos dos investimentos dessas empresas em seus territórios, ainda que mediante diversos benefícios fiscais, mão-de-obra barata e reduzida proteção trabalhista. As medidas fazem que, apesar da dificuldade de regulamentação, essa seja, ainda que preliminarmente, tomada no sentido de restringir essas situações com o intuito de proteção dos direitos dos trabalhadores, e consequentemente, dos direitos humanos.

As consequências de uma degradação ambiental, ou de uma exploração infantil são sofridas por populações de regiões onde se instalam algumas empresas transnacionais que geralmente justificam os investimentos em termos de benefícios para a população local, embora esses fiquem a mercê das receitas de vendas dos produtos exportados (PEGG, 2003).

Alguns casos foram amplamente divulgados, como em 11 de junho de 2006, quando o jornal britânico “Mail on Sunday” noticiou que iPods eram produzidos por trabalhadores que ganhavam menos do que cinqüenta dólares por mês, e trabalhavam aproximadamente por 15 horas.

Uma recente criação foi realizada com um tribunal de ética[4], por ocasião da "Cúpula dos Povos: Enlaçando Alternativas III", realizada em Lima, Peru, em Lima, em treze de maio de 2008. A criação do tribunal objetiva a reafirmação dos direitos humanos, coibindo as empresas transnacionais que, pelo crescimento econômico, chegam aos Estados "ditando os direitos". A ocasião foi a III Cúpula dos Povos, que ocorre simultaneamente à V Cúpula da América Latina, do Caribe e da União Européia, que aconteceu em 17 de maio de 2008, e, em reuniões preliminares os membros do Tribunal chegaram inclusive a anunciar que julgarão 20 multinacionais, dentre elas mineradoras, petrolíferas, elétricas e bancárias que atuam na América Latina, e que têm desrespeitado os direitos humanos da população, com conivência do Estado, ao não realizarem uma fiscalização efetiva.

A empresa de artigos esportivos conhecida mundialmente, Nike, também já se envolveu em um caso que chamou a atenção da mídia e dos defensores dos direitos humanos, a partir de 1990. A Nike foi criticada por adquirir seus produtos de fornecedores, terceirizados, que praticavam baixíssimos salários em condições degradantes de trabalho, numa afronta aos direitos humanos. Estas críticas foram corroboradas com o envolvimento de trabalhadores mal remunerados na Indonésia, trabalho infantil no Camboja e no Paquistão, além de péssimas condições de trabalho na China e no Vietnã, o que contribuiu então para denegrir a imagem da empresa. (LOCKE et al., 2007, p.25)

O fato teve uma repercussão tão ruim para a Nike, envolvendo boicotes de consumidores, ações de indenização questionando o engano sobre as condições de produção dos artigos da empresa, que foi necessário e imperioso a elaboração de um código de conduta para melhoria da imagem perante a população. Tal

4 O mencionado tribunal não foi aqui analisado tecnicamente, mas segundo notícias divulgadas na mídia, no Brasil, tem como intuito a fiscalizar e limitar as empresas transnacionais, vindas para a região, para que não utilizem os benefícios do desenvolvimento econômico como chantagem para poder desrespeitar os direitos humanos da população.

código abrangeu não só a matriz da empresa, mas também os fornecedores, que têm que cumprir determinadas regras e atender várias normas de cunho trabalhista e social para permanecerem no quadro de fornecedores da Nike (LOCKE et. Al., 2007, p.25).

São várias as violações ao redor do mundo, e cada dia se faz mais importante e urgente punições dos que abusam dos direitos humanos dos trabalhadores, com desrespeito inclusive aos direitos sociais.

3. Códigos de conduta: um cenário de codificação

O conteúdo dos códigos de conduta deve ser construído com a participação dos entes envolvidos, colaboradores, dirigentes e até a própria sociedade, ou seja, os consumidores, dependendo do ramo de atividade da empresa.

Inexiste regulamentação do teor e da abrangência, mas o que se propõe nesse trabalho é que constem normas que contenham o padrão de conduta, ética e atendimento e ainda atendam, no mínimo, um padrão basilar de direitos sociais trabalhistas, independentemente da localização da empresa e onde ela vá se instalar, com cumprimento em todas as unidades existentes ao redor do mundo, e que expressem claramente os princípios da empresa, que serão, então, conhecidos por todos.

Os códigos de conduta devem, assim, delinear um conjunto de regras que definam valores e orientem as ações dos colaboradores e também das empresas, estabelecendo normas que constituem uma assunção de compromisso da organização com o mercado, com responsabilidades éticas sociais e ambientais. E, para tanto, a terceirização e o relacionamento negocial deve se dar com a exigência de existência desses códigos de conduta, e verificação de seu teor, inclusive pelo mercado.

O estabelecimento de uma ordem econômica mundial, com regras e limites, principalmente a adoção de regras que garantam

a concorrência econômica internacional é essencial até para manutenção da paz, para garantia de uma segurança internacional e efetivação dos direitos humanos, e especialmente os sociais trabalhistas.

Diante da ausência de um sistema global efetivo de regulamentação das atividades das empresas, bem como das relações empregatícias nos diversos Estados, ONG's, uniões de comércio e até mesmo consumidores têm exigido de corporações desenvolverem seus próprios códigos de conduta, além de uma variedade de mecanismos para monitorar e fiscalizar a utilização desses.

> Vários organismos internacionais têm se empenhado em firmarem um compromisso, formulando os chamados códigos de conduta, de natureza recomendatória, por exemplo, a Câmara de Comércio Internacional, da Organização Internacional do Trabalho e da OCDE. (MALANCZUK, 1997, p.103)[5]

en

Alguns autores chegam inclusive a vislumbrar a obrigatoriedade dos códigos de conduta, e como salienta NASSER (2005, p.135) eles "podem consistir em instrumentos concertados diretamente pelos Estados", podendo ser elaborados até mesmo nas organizações internacionais.

Essas empresas transnacionais não poderiam ser signatárias de um tratado internacional que as compromissasse ao cumprimento de normas, pois não são consideradas sujeitos de direito internacional, e não são elencadas como possíveis partes nas Convenções de Viena, mas tendo em vista a necessidade de evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cria-se a possibilidade de reconhecimento de novas formas de regulamentação que têm como foco o indivíduo.

5 Tradução livre da autora para o trecho: "Various international bodies have been engaged in finding a compromise by forlumating so-called codes of conduct of a recommendatory nature, for example the International Chamber of Commerce, the International Labour Organization and the OECD." (MALANCZUK, 1997, p.103)

4. Códigos de conduta como meio de implementação de direitos fundamentais

Os trabalhadores não querem ver seus direitos, alcançados com lutas sociais que duraram anos, serem derrocados por uma concorrência desleal, e por isso fazem manifestações e reivindicações para que haja uma maior exigência quanto às normas trabalhistas e sociais nos países em desenvolvimento, para evitar que as empresas se desloquem para se beneficiar da pouca regulamentação em Estados nessa condição.

Quanto às empresas transnacionais, o interesse de uma legislação única se faz no momento em que, diante de um ambiente competitivo, melhor um sistema com uniformidade de controles e de regulamentação, para que os concorrentes sejam submetidos às mesmas condiçõs mesmas condiçcorrents submetidos controles e de regulamentaç, etidos pelas empresas transnacionais, compensando as desigualdes. Assim, independente da nacionalidade ou origem da empresa, com regulamentação única e específica a livre concorrência floresce, com extinção dos privilégios que a viciam.

A criação de um código de conduta, a ser exigido para funcionamento das empresas ou operação como importação ou exportação de seus produtos, deve ser realizado para que a empresa dê o mesmo tratamento para seus funcionários nas filiais que o que recebem os trabalhadores no país de origem da empresa e, de alguma maneira, harmonize as condições para concorrência.

O código de conduta exsurge como instrumento de normatização interna das empresas, com garantia de condições e padrões mínimos trabalhistas, sendo possível inserir desde jornada máxima, causas de despedida por justa causa, para evitar a surpresa e o desconhecimento por parte dos trabalhadores, questões de obrigatoriedade de uniforme e imagem e até mesmo planos de cargo e salários, além de outras situações que tangem a dignidade humana, a privacidade e a preservação da honra e da

vida.

Propõe-se, assim uma orientação na relação de trabalhadores e empresas para os comportamentos, sobrepondo às incertezas factuais ou até mesmo à resistência política. Avança-se numa harmonização dos direitos internos em determinadas áreas para alcançar o objetivo final que consiste na regulação tão uniforme quanto possível, através dos direitos internos, dos fenômenos transnacionais.

E, assim, o código de conduta se revela um instrumento essencial e relevante para a efetivação de direitos sociais trabalhistas no seio das empresas transnacionais, em qualquer área ou Estado que estejam presentes, quer pela produção, quer pela venda de seus produtos.

Considerações finais

Os objetivos de um empreendimento devem se consolidar no sentido de não apenas lograr êxito nos negócios, mas esses só são considerados quando analisados um conjunto de fatores, dentre eles a realização do homem nos empreendimentos. O lucro pode ser considerado a realização material da empresa, mas princípios que colocam a dignidade humana e a promoção do bem-comum vêm sendo considerados um dos principais focos para que o empreendimento alcance os objetivos.

Num conflito de tensão inerente ao modelo de produção capitalista, na relação capital e trabalho, difícil se tornou a garantia dos direitos. A globalização trouxe uma nova configuração da economia internacional, o que antes era um comércio entre Estados, com interação de processos de produção, com inter-dependência entre eles, se transformou num desafio para manutenção dos direitos sociais, tendo em vista a facilidade de de-locação das empresas transnacionais, em busca de custo mais baixo para a produção.

As distâncias deixaram de ser um empecilho, as peças de um carro podem ser produzidas em países distintos, com padrões de qualidade semelhantes, em condições totalmente diferentes no tocante aos direitos, principalmente os trabalhistas e sociais. Espalhou-se uma competição global, e, na guerra pela atração das empresas programas de bem-estar social e proteção social acabaram sendo relegados a segundo plano.

Numa alternativa progressista e par e passo com o Direito Trabalhista e Internacional atual, os códigos de conduta representam uma alternativa para o desenvolvimento os direitos sociais trabalhistas inclusive nas empresas transnacionais.

Os Estados podem passar a exigir a criação de tais códigos para funcionamento das empresas, e os próprios consumidores, muitas vezes conscientizados pelas organizações não-governamentais (ONG's), podem exigir que as empresas atendam aos direitos sociais trabalhistas, produzam em condições que não degradam a saúde do indivíduo e ofereçam uma remuneração justa. Não só as matrizes devem ser alvos de fiscalização e questionamento, mas também os fornecedores e as empresas terceirizadas.

Busca-se, assim, um equilíbrio econômico, trabalhista e de relações humanas em geral, com o intuito de promoção do homem, para que haja, pois, a efetivação dos direitos sociais trabalhistas numa perspectiva mundial.

Referências bibliográficas

AKEHURST, Michael. Modern introduction to international law. Atualizado por Peter Malanczuk. 7ed. Londres: Routledge, 1997.

CHESNAIS, François. A mundialização do capital. Tradução Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

CORTRIGHT, David; LOPEZ, George A. (editores). Smart sanctions: targeting economic statecraft. New York: Rowman & Littlefield publishers, Inc., 2002.

CRETELLA NETO, José. Empresa transnacional e direito internacional: exame do tema à luz da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2005.

DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Allain; DAILLIER, Patrick. Direito internacional público. Trad. Vítor Marques Coelho. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

JUNGK, Margaret. A Practical Guide to Adressing Human Rights Concerns for Companies Operating Abroad. In ADDO, Michael K. (ed.). Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations. p.171-186. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

LITVIN, Daniel. Os impérios do lucro: o choque das grandes corporações com os países em desenvolvimento. Tradução de Elaine Pepe. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

LOCKE, Richard; KOCHAN, Thomas; ROMIS, Monica; QIN, Fei. Beyond corporate codes of conduct: work organization and labour standards at Nike's suppliers. International Labor Review, vol. 146 (2007), No. 1-2. p.21-40.

MALANCZUK, Meter. Akehurst's modern introduction to internacional law. 7 ed. London: Routledge, 1997.

MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Tradução da 3ª edição norte-americana. Tradução Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

MITCHELL, Lawrence E.. Roles of corporations and corporate officers. In The Chameleon of corporate social responsibility. HeinOnline - - 99 Am. Soc'y Int'l. L. Proc., 2005. p.265-266.

NASSER, Salem Hikmat. Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law. São Paulo: Atlas, 2005.

PEGG, Scott. An emerging market fir the new millennium:

transnational corporations and human rights. In FRYNAS, Jedrzej Georde; PEGG, Scott. (ed.) Transnational corporations and human rights. New York: Palgrave Macmillan, 2003. p.1-32.

REID, Natalie; ECKERT, Sue E.; CHOPRA, Jarat; BIERSTEKER, Thomas J.. Targeted financial sanctions: harmonizing national legislation and regulatory practices. In CORTRIGHT, David; LOPEZ, George A. (editores). Smart sanctions: targeting economic statecraft. New York: Rowman & Littlefield publishers, Inc., 2002. p.65-86.

No final de janeiro de 2021 o Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR) e a Università di Padova, Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e studi internazionali, promoveram, em Pádua, Itália, o I Seminário Ítalo-brasileiro de Direitos Fundamentais.

O objetivo proposto pelo Seminário foi o de fomentar de forma crítica, metodológica e dialética, o debate jurídico-científico sobre temas que gravitam a esfera dos direitos fundamentais no âmbito europeu, italiano e brasileiro. Para atingir os objetivos, propôs-se a participação colaborativa entre diversos programas de mestrado e doutorado de instituições italianas e brasileiras.

Como resultado dos trabalhos apresentados, e, após a revisão rigorosa do Comité Científico, apresenta-se à comunidade académica internacional os artigos aprovados, de modo a difundir os resultados finais de pesquisas altamente relevantes sobre direitos fundamentais, assim como, apresenta-se os resultados parciais de pesquisas que buscam dar respostas a problemáticas atuais e em constante análise crítica

Spgi
1222·2022 800 ANNI
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA
IBEROJUR INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDOS JURÍDICOS
ISBN 978-989-54869-9-1