

REVISTA
**JURÍDICA
DO CESUPA**

Edição Especial - 2023

REITORIA

Reitor:

Profº Sérgio Fiuza de Mello Mendes

Vice-reitor:

Profº Dr. João Paulo Mendes Filho

Pró-reitoria de graduação e extensão:

Profª Msc. Sílvia Mendes Pessôa

Coordenação adjunta de graduação e extensão:

Profª Drª. Gisele Seabra Abraham

Pró-reitoria de pós-graduação, pesquisa e desenvolvimento tecnológico:

Profº Dr. João Paulo Mendes Filho

Coordenação de pós-graduação:

Leonardo R. Nicolau da Costa / João Paulo Mendes Neto

Coordenação de mestrado em direito, políticas públicas e desenvolvimento regional:

Profº Dr. Jean Carlos Dias

Vice-coordenação de mestrado em direito, políticas públicas e desenvolvimento regional:

Profº Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho

COORDENAÇÃO DE CURSO

Bacharelado em Direito:

Prof. Msc. Arthur Laércio Homci

REVISTA JURÍDICA DO CESUPA

Editor-chefe:

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho

Editora-gerente:

Profª. Msc Juliana Oliveira Eiró do Nascimento

Projeto gráfico:

Profª. Msc Juliana Oliveira Eiró do Nascimento

Editoração:

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho
Profª. Msc. Juliana Oliveira Eiró do Nascimento

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO PARÁ – DIREITO

Avenida Alcindo Cacela, n. 980, Belém/PA - CEP: 66060-271

Fone: (91) 4009-9180 – Site:
<https://www.cesupa.br/>

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Campus José Malcher do CESUPA, Belém-PA-Brasil

R454 Revista Jurídica do Cesupa [recurso eletrônico] / Centro Universitário do Estado do Pará. — v. 1, n. 1 (2019-). — Belém, PA: CESUPA, 2019- .

Semestral
ISSN 2675-7788
Disponível apenas online

1. Direito - Periódicos. I. Centro Universitário do Estado do Pará.

CDD 340.05

Catalogação elaborada por:
Sílvia Maria Bitar de Lima Moreira
CRB-2 / 229

Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta e exclusiva responsabilidade
de seus autores

CONSELHO EDITORIAL

Celso Fiorillo (UNINOVE/Politécnico de Tomar)

Georges Abboud (PUC/SP)

Jean Carlos Dias (CESUPA)

Juraci Mourão Lopes Filho (Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS)

Liziane Oliveira (UNICEUB)

Roberto Senise Lisboa (FMU/PUC/SP)

Sérgio Zandona (FUMEC)

SUMÁRIO / SUMMARY

APRESENTAÇÃO 7

Artigos

1. Tráfico privilegiado e o princípio ne bis in idem: uma análise sob a ótica do STF e STJ durante a dosimetria da pena.....9

Privileged traffic and the ne bis in idem principle: a

Analysis from the standpoint of the STF and STJ during the pen dosimetry

Juliana Oliveira Eiró do Nascimento

Giovanna dos Santos Salvador

Jacqueline Lobão Haase

2. O uso da inteligência artificial na fase pré-contratual do trabalho: uma análise da dignidade do trabalhador à luz da LGPD.....33

The use of artificial intelligence in the pre-contract phase of work: an analysis of the dignity of the worker in the light of the LGPD

Vanessa Rocha Ferreira

Gabrielle Vaz Martins

Leticia Monteiro Rassy

3. Direitos humanos entre junaturalismo e positismo.....54

Jusnaturalism and positivism: a defense of human rights as natural rights

Matheus Bellard Pereira Mariuba

Lucas do Couto Gurjão Macedo Lima

4. O direito à desconexão como meio de prevenção ao burnout em trabalhadores em regime de teletrabalho.....78

The right of disconnection as a way to prevent burnout syndrome on the telework regime employees

Moisés Potiguara Filho

Yara Catarina Carreira

Emília Farinha

5. Consumismo e educação financeira: identificando algumas causas do superendividamento do consumidor brasileiro.....95

Consumerism and financial education: identifying some causes of brazilian consumer over-indebtedness

Fabiana Monteiro de Souza Tuma

Felipe Guimarães de Oliveira

6. A romantização da figura do criminoso em crimes violentos:
uma violação do direito das vítimas.....123
*The romanticization of the criminal figure in violent crimes:
a violation of victims rights*
Enaily de Queiroz Costa
Laís Cardoso da Mota e Souza
Carlos Alberto Valcácio dos Santos
7. “Foi esse o criminoso que te roubou?”: o reconhecimento
fotográfico como meio de prova no processo penal.....148
*"Is that the criminal who robbed you?": photographic recognition
as a means of proof in the criminal process*
Juliana Nascimento
Máyra Manuely Pinheiro Marçal
Yuri Ygor Serra Teixeira
8. Trabalho análogo a escravidão e a análise do caso “trabalhadores
da fazenda Brasil Verde vs Brasil”174
*Work similar to slavery and the analysis of the case
Brazil Verde Farm Workers vs Brazil*
Natalia Bentes
Jean Lucas Barbosa
Luiza Henriques Fonseca
9. Parâmetros de responsabilização estabelecidos pelo SIDH frente
às violações dos Direitos Humanos no caso do rompimento da barragem
de fundão, em Minas Gerais.....198
*Liability parameters established by IAHRs against human rights violations
in the case of the disruption of fundão dam in Minas Gerais*
David Antônio Vergolino Magno
Felipe dos Santos Souza
Rafaela Teixeira Sena Neves
10. Considerações sobre o regime jurídico das sociedades anônimas do
futebol no Brasil.....227
*Data protection violation of basic rights: how electronic contracts are a
means to aggravate consumer hypervulnerability*
Leonardo Costa Norat
Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff
João Paulo Mendes Neto
11. A eficácia da Execução Fiscal e o dever de garantir os Direitos
Fundamentais diante de métodos alternativos de cobrar o crédito tributário
à luz do princípio da proibição ao confisco no processo tributário: invocação do
princípio em tese como direito fundamental.....247
*The effectiveness of tax execution and the duty to guarantee fundamental rights due to alternative
methods of collecting the tax credit in the light of the principle of prohibition of confiscation in the tax
process: invocation of the principle in theory as a fundamental right*
João Paulo Mendes Neto

APRESENTAÇÃO

A Revista Jurídica do CESUPA tem mantido, sistematicamente, a periodicidade proposta, trazendo ao público estudos que foram submetidos a dupla avaliação às cegas, processo metodológico adotado pelos mais importantes veículos de divulgação científica.

Por outro lado, a participação de autores de diversas formações e origens institucionais, tem, na medida do desejável, assegurada a exogenia compatível com o estágio ainda inicial da publicação.

Os indicadores mais relevantes, portanto, estão evoluindo e demonstram o compromisso editorial com a consolidação da publicação como uma das estratégias de divulgação do conhecimento científico produzido no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Embora a revista esteja abrigada no PPGD, por sua função de assegurar a visibilidade institucional, de fato, é amplamente acessível a todos os pesquisadores na área do Direito, nos moldes de sua linha editorial.

Isso pode ser verificado pelo grupo de estudos agora editados. São onze artigos que envolvem as temáticas enfrentadas nos projetos e grupos de pesquisa em funcionamento no PPGD, havendo, assim, clara aderência e organicidade.

Os trabalhos reunidos nesta edição, envolvem problemas relacionados à violência, políticas públicas, aí incluída, a atuação judiciária e questões relacionadas ao desenvolvimento em suas várias dimensões.

Diante da riqueza e qualidade desses estudos, resta claro que se tornam, inevitavelmente, referências a serem exploradas na investigação dos vários assuntos abordados.

Os textos traduzem a pesquisa e abordagem crítica e, por isso, contribuem para a formação de uma perspectiva ampliada dos problemas e desafios enunciados favorecendo a construção de soluções jurídicas contemporâneas e sustentáveis.

Este novo número integra os esforços do CESUPA em manter uma publicação, na área do Direito, alinhada com os critérios adotados pela CAPES para a gestão e qualificação de periódicos, que, naturalmente, vem se fortalecendo desde o lançamento.

Os trabalhos aqui reunidos estão sendo socializados no formato eletrônico, amplamente acessível, de forma gratuita e ampla, buscando compartilhar com a sociedade os investimentos realizados na pesquisa.

Fica, portanto, a enfática recomendação de leitura e divulgação dos trabalhos publicados, em especial, os reunidos nesse novo número.

Belém (PA), 01 de Março de 2023

Prof. Dr. Jean Carlos Dias

Doutor em Mestre em Direito pela UFPA

Professor do PPGD-CESUPA

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito do CESUPA

TRÁFICO PRIVILEGIADO E O PRINCÍPIO NE BIS IN IDEM: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO STF E STJ DURANTE A DOSIMETRIA DA PENA

PRIVILEGED TRAFFIC AND THE NE BIS IN IDEM PRINCIPLE: A ANALYSIS FROM THE STANDPOINT OF THE STF AND STJ DURING THE PEN DOSIMETRY

Recebido em	22/11/2022
Aprovado em	24/11/2022

Juliana Oliveira Eiró do Nascimento¹
Giovanna dos Santos Salvador²
Jacqueline Lobão Haase³

RESUMO

O presente artigo examina a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça relativas à configuração ou não do *bis in idem* na decisão que reconhece o tráfico privilegiado no intervalo temporal entre 1 de janeiro de 2021 até 30 de abril de 2022. O objetivo é analisar os posicionamentos atuais correlacionando com entendimentos doutrinários, expondo as divergências encontradas acerca da utilização das circunstâncias de natureza e quantidade da droga durante a dosimetria da pena. Para tanto, o estudo apresenta os conceitos do princípio ne *bis in idem*, da dosimetria da pena e do tráfico privilegiado e seus requisitos. Além disso, investiga o entendimento das Cortes Superiores quanto à reincidência e os critérios de natureza e quantidade da droga usadas na dosimetria da pena. Na pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com uma análise documental e bibliográfica e uma abordagem qualitativa do tema.

Palavras-chave: Tráfico privilegiado; ne *bis in idem*; dosimetria da pena.

ABSTRACT

This article examines the jurisprudence of the Federal Supreme Court and Superior Tribunal de Justiça regarding the configuration or not of *bis in idem* in the decision that recognizes privileged trafficking in the time interval between January 1, 2021 and April 30, 2022. The objective is to analyze the current positions correlating with doctrinal understandings, exposing the divergences found about the use of the circumstances of nature and quantity of the drug during the dosimetry of the sentence. Therefore, the study presents the concepts of the *ne bis in idem* principle, the dosimetry of the penalty and privileged trafficking and its requirements. In addition, it investigates the understandings of the Superior Courts regarding recidivism and the criteria of nature and quantity of the drug used in the dosimetry of the

¹ Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo CESUPA. Advogada. E-mail: julianaeiro1@gmail.com.

² Graduada em Direito pela Estácio do Pará. E-mail: giovannassalvador@gmail.com.

³ Mestra em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional - CESUPA. Pós-graduada em Perícia Criminal e Ciências Forenses - IPOG. Pós-graduada em Direito Público - CESUPA. Advogada.

sentence. In the research, the hypothetical-deductive method is used, with a documentary and bibliographical analysis and a qualitative approach to the theme.

Keywords: Privileged traffic; *ne bis in idem*; feather dosimetry.

1 INTRODUÇÃO

Considerando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, o legislador tem o dever de reprovar de forma diferente cada conduta delitiva, na medida da sua gravidade. Em razão disso, a Lei 11.343 de agosto de 2006 (Lei de Drogas) estabeleceu uma inovação jurídica denominada “tráfico privilegiado”.

Com isso, tem-se uma causa especial de diminuição de pena para os tipos de tráfico e equiparados, quando o agente ativo não faz do narcotráfico seu meio de vida. Isso porque o ato cometido pelo agente é considerado de menor reprovabilidade, podendo usufruir da benesse desde que cumpra os requisitos previstos na lei.

Nesse caso, a pena do infrator da norma penal será diminuída de um sexto a dois terços na terceira fase da dosimetria, garantindo um tratamento mais proporcional e individualizado.

A problemática reside no fato de que existe uma falta de previsão legal de quais parâmetros devem ser utilizados para a fixação do quantum de redução da pena. Com isso, na prática, os órgãos julgadores têm adotado, como um dos critérios, a natureza e a quantidade de droga, ou seja, as mesmas regras utilizadas para fixação da pena-base ou para o afastamento do privilégio. Além disso, a reincidência é utilizada simultaneamente para agravar a pena-base e para afastar o privilégio.

Em decorrência da faculdade de optar em qual fase da dosimetria os critérios da natureza e quantidade da droga serão utilizados, assim como também pela observância da utilização simultânea da reincidência em duas fases, tem-se a necessidade de cautela, de modo que haja a observância obrigatória do princípio do *ne bis in idem*.

Com isso, a presente pesquisa reúne informações com a finalidade de responder ao seguinte problema de pesquisa: De que forma o Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm se posicionado em relação à utilização dos critérios relativos à reincidência, natureza e quantidade de drogas para reconhecimento do tráfico de drogas privilegiado, sob o prisma do *ne bis in idem* durante o período entre 1 de janeiro de 2021 até 30 de abril de 2022?

Acredita-se que para não configurar *bis in idem* durante a dosimetria da pena para

análise do tráfico privilegiado, os motivos e circunstâncias só devem ser valorados em um único momento durante a aplicação da pena, de forma que o agente não seja punido mais de uma vez. Com isso, buscou-se pela jurisprudência das Cortes Superiores de forma a entender em como se dá a aplicação das circunstâncias da quantidade e natureza da droga, assim como também o motivo da dupla utilização da reincidência não configurar *bis in idem*.

O presente artigo tem como objetivo geral analisar o entendimento jurisprudencial do STF e STJ em relação à utilização dos critérios relativos à reincidência, natureza e quantidade de drogas para reconhecimento do tráfico de drogas privilegiado, sob o prisma do *ne bis in idem* no período entre 1 de janeiro de 2021 e 30 de abril de 2022.

Para atingir o fim almejado, o presente artigo é estruturado em seis itens, sendo o primeiro esta introdução; o segundo explana sobre o princípio do *ne bis in idem* no direito penal brasileiro; o terceiro analisa aspectos relacionados à dosimetria da pena no Brasil; o quarto expõe sobre a configuração do tráfico privilegiado e os critérios usados na aplicação da pena; o quinto apresenta o entendimento do STF e STJ quanto à configuração de *bis in idem* durante a dosimetria da pena do tráfico de drogas privilegiado; por fim, o sexto e último item apresenta as conclusões deste estudo.

O presente estudo apresenta relevância teórica, buscando trazer melhor compreensão da incidência do princípio *ne bis in idem* na análise da aplicação do tráfico privilegiado nas fases da dosimetria da pena. O entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores está sofrendo modulação temporal e necessitam de constante avaliação, sendo a uniformização de seus posicionamentos de suma importância. Tais decisões incidem em reflexos jurídicos e necessitam de consolidação de entendimento.

Além disso, é imprescindível avaliar a tratativa realizada pelos julgadores perante a configuração do princípio *ne bis in idem* quando estão analisando a aplicação do tráfico privilegiado. Por este motivo, faz-se necessária a análise jurisprudencial das Cortes Superiores, observando se o agente está sendo punido duas vezes pelo mesmo motivo e se possuem entendimento consolidado sobre em qual fase utilizar cada critério corretamente, com o fim de evitar afastamento do princípio processual penal.

A investigação é do tipo teórica. Em relação aos métodos de procedimento, utiliza-se o bibliográfico, bem como a dogmática jurídica e legislativa. Além disso, adota-se o método hipotético-dedutivo.

No estudo, realiza-se um levantamento bibliográfico e documental sobre o tema, em especial, de decisões do STF e STJ, através de busca realizada entre as datas 01.01.2021 até 30.04.2022, no endereço eletrônico “www.jusbrasil.com.br”, utilizando as palavras-chave

“tráfico privilegiado”, “reincidência”, “*bis in idem*” e “quantidade e natureza”, com o uso dos filtros (1) tribunais “STJ” e “STF”, e (2) temporal de 1 de janeiro de 2021 até 30 de abril de 2022, tendo em vista que se busca o entendimento mais atual das Cortes Superiores. Ao final todas as informações e dados colhidos foram sistematizados de forma qualitativa e estruturados na forma de um artigo científico.

2 PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* NO DIREITO PENAL

O Direito Penal Brasileiro possui princípios norteadores para sua correta aplicação, observá-los é fundamental para a concretização do dever-poder do Estado-Juiz de exercer o jus puniendi de forma adequada. Dentre estes princípios, têm-se aqueles que se relacionam com a penalização do infrator, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, ambos previstos constitucionalmente no artigo 1º, inciso III e artigo 5º, inciso XLVI, respectivamente, assim como também o princípio do *no bis in idem* ou *ne bis in idem* (BRASIL, 1988).

Considerando os objetivos do presente estudo, optou-se por analisar, nesta seção, de forma mais aprofundada a vedação do *bis in idem*, termo que significa a proibição (*ne*) da indicação de mais de uma (*bis*) consequência jurídica pelo cometimento do mesmo fato (*idem*) (SABOYA, 2014, p. 185).

Cunha (2019, p. 117) leciona que o mencionado princípio foi previsto originalmente no Estatuto de Roma, em seu artigo 20.1. e, com o passar da história, começou a ser previsto expressamente em outros documentos, como Constituições e tratados internacionais.

Atualmente, a vedação da dupla punição pelo mesmo fato ou fundamento é consagrada no âmbito internacional, como o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Em âmbito nacional, apesar de não haver previsão expressa do princípio na Constituição Federal da República Federativa Brasileira (CRFB/88), observa-se que ele decorre de dois outros princípios constitucionalmente previstos: o da legalidade em junção com o da vedação do duplo processo pelo mesmo fato, previstos no artigo 5º, inciso XXXIX e § 2.º da CRFB/88, respectivamente (NUCCI, 2021, p. 101).

O princípio deve ser interpretado de forma ampla, abrangendo, no mínimo, três significados: (1) processual, no sentido de que ninguém pode ser processado mais de uma vez pelo mesmo crime; (2) material, relacionado à vedação de que haja mais de uma condenação em razão de um mesmo fato; e (3) execucional, de modo que ninguém pode ser executado mais de uma vez por condenações relacionadas ao mesmo fato (CUNHA, 2019, p. 118).

Observa-se que o princípio *ne bis in idem* possui um amplo campo de atividade, enraizando-se nos vários planos do poder punitivo do Estado. Saboya (2014, p. 168), no que concerne ao significado material, diz que o princípio *ne bis in idem* veda a pluralidade de efeitos jurídicos utilizando-se dos mesmos fatos e fundamentos, impedindo assim a ocorrência de mais de uma consequência jurídico-repressiva, proibindo sobreposições punitivas.

Este princípio possui correlação com a individualização da sanção penal, pois durante as fases de aplicação da pena, o magistrado deverá ter a cautela de não ponderar um critério mais de uma vez em diferentes momentos da fixação da pena, atentando-se para não ocorrer dupla punição (NUCCI, 2021, p. 102). Este assunto será explanado com mais profundidade na próxima seção do trabalho.

3 DA DOSIMETRIA DA PENA

Quando uma pessoa comete um fato típico, ilícito e culpável, nasce o dever-poder de punir para o Estado. Para tanto, o órgão julgador, respeitando os princípios constitucionais e processuais, deve fixar uma pena a partir de um sistema trifásico, conforme determina o artigo 68 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal (CP) - (CUNHA, 2019, p. 476).

A primeira etapa da aplicação da pena, que consiste na primeira fase da dosimetria, fixa a pena-base. Na ocasião, são consideradas as chamadas circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do CP (GRECO, 2022, p. 620). O dispositivo prescreve que o juiz deve considerar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima, para determinar a pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Para fixação da pena-base, o magistrado deverá partir da pena mínima legalmente estabelecida, e conforme forem identificadas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, vai em direção para a pena máxima fixada abstratamente pelo legislador no tipo penal (CUNHA, 2019, p. 478). O quantum de aumento da pena ficará a critério do juiz, sempre devidamente fundamentado.

Na segunda fase da dosimetria, incidem sobre a pena-base as circunstâncias agravantes, dispostas nos artigos 61 e 62 do CP, e/ou atenuantes, previstas nos artigos 65 e 66 do CP. Sobre o tema, Greco (2022, p. 639) explica que, diferente das agravantes, que são consideradas taxativas, tem-se que o rol de atenuantes é exemplificativo, pois o artigo 66 prescreve que a pena poderá ser atenuada por circunstância relevante anterior ou posterior ao

crime, mesmo não expressamente prevista na lei, denominadas circunstâncias atenuantes inominadas.

Como exemplo de circunstâncias agravantes previstas no CP tem-se a reincidência, cometer o crime por motivo fútil ou torpe e executar ou participar de crime mediante paga ou promessa de recompensa. As circunstâncias atenuantes podem ser, por exemplo, o agente ter desconhecimento da lei, ter cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral e ter o agente menor de 21 anos da data do fato (BRASIL, 1940).

Por último, a terceira fase da dosimetria da pena avalia as causas de aumento e/ou diminuição da pena, também denominadas majorantes e minorantes. Segundo Cunha (2019 p. 508), essas causas estão previstas na parte geral e especial do CP, bem como em legislações extravagantes, juntamente com o quantum de aumento ou diminuição que deve incidir sobre a pena-intermediária.

Dentre as várias causas de diminuição de pena, tem-se a figura do tráfico privilegiado, minorante de interesse para os fins deste estudo, e que será melhor analisada na próxima seção deste artigo.

4 TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO

A Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Lei de Drogas - estabelece medidas tanto de prevenção para o uso quanto para atenção e reinserção dos usuários, assim como também define crimes para quem comete o tráfico de entorpecentes (BRASIL, 2006).

A norma adotou igualmente o sistema trifásico em seu regime de aplicação das penas, fixado no artigo 42, inclusive, algumas circunstâncias judiciais específicas, que deverão ser consideradas com preponderância com o previsto no rol do artigo 59 do CP, sendo: a natureza e quantidade da droga apreendida, a personalidade e conduta social do agente, consideradas na fixação da pena (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 145).

Os critérios de natureza e quantidade da droga também são utilizados no momento da dosimetria da pena que verifica a aplicação de uma das inovações trazidas pela referida lei: o tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, § 4º. Este dispositivo determina que as penas podem ser diminuídas de um sexto a dois terços, desde que o agente tenha primariedade, bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas assim como não integre organização criminosa.

Importante destacar que, na redação original do parágrafo do tráfico privilegiado, havia a vedação da conversão em pena restritiva de direitos. Porém, o STF julgou a

inconstitucionalidade incidental da previsão, pois considerou se tratar de uma ofensa ao princípio da individualização da pena (STF – HC 97256/RS, Tribunal Pleno, relator Min. Ayres Britto, julgado 01.09.2010, divulgado no Dje em 16.12.2010).

Com isso, a pena restritiva de direitos passou a ser aplicável, desde que presentes os requisitos contidos no artigo 44 do CP, quais sejam: o réu não ser reincidente em crime doloso; o crime não ter sido cometido com violência ou grave ameaça e a pena privativa de liberdade não ultrapassar quatro anos ou, em caso de crime culposos, qualquer que seja a pena aplicada; conduta social, personalidade do agente, culpabilidade e antecedentes, assim como também as circunstâncias e motivos demonstrarem que essa conversão seja suficiente.

A previsão do tráfico privilegiado garante um tratamento diferenciado do sujeito de pequena periculosidade, não considerado um traficante habitual. Segundo Masson e Marçal (2019, p. 79), o dispositivo mencionado é uma causa de diminuição de pena e tem o propósito de diferenciar o grande do pequeno (e acidental) traficante, proporcionando maiores chances de reinserção social do agente que não pratica essas condutas de forma contumaz.

No que se refere à caracterização da figura do agente que possui dedicação habitual ao tráfico de drogas, Gonçalves e Baltazar Jr. (2019, p. 102) esclarecem que são diversas as formas de constatação, tais como: confissão do réu, apreensão de listas de nomes de clientes em posse do acusado, quantidade de drogas e até mesmo a interceptação telefônica demonstrando uma rotineira movimentação de vendas.

Sobre o tráfico privilegiado, Lima (2019, p. 1.205) esclarece que, na verdade, não é de fato um privilégio, pois o legislador não inseriu uma nova pena privativa de liberdade com previsão do seu quantum em mínimo e máximo. Trata-se na verdade de uma causa de diminuição de pena que se aplica somente às dezoito condutas previstas como crime no caput do artigo 33 da Lei de Drogas, e às condutas equiparadas fixadas no §1º do mesmo dispositivo (MARCÃO, 2021, p. 96).

Alguns exemplos das dezoito condutas dispostas no rol do artigo 33 são: importar, vender, produzir, ter em depósito e transportar drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal. Incorrem nas condutas equiparadas, por exemplo, aqueles que vendem ou transportam matéria-prima ou insumos para produção de drogas, assim como também aquele que semeia ou cultiva plantas que são matéria-prima para produção de drogas, sem autorização legal.

Importa frisar que, para a aplicação da benesse prevista, existem requisitos que deverão ser preenchidos. Assim, para atingir os objetivos do presente estudo, passa-se a uma análise mais aprofundada do assunto.

4.1 Requisitos para a configuração do tráfico privilegiado

Os requisitos para a configuração do tráfico privilegiado são cumulativos e subjetivos, pois se relacionam com a figura do próprio agente (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 80). Estão previstos no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, a saber: (1) primariedade do agente; (2) bons antecedentes; (3) não dedicação às atividades criminosas; e (4) não integração em organização criminosa (BRASIL, 2006).

Somente cumpridas as referidas exigências, o agente que cometeu o delito do tráfico e equiparados poderá ter sua pena consideravelmente diminuída na terceira fase da dosimetria da pena (BRASIL, 2006).

Há entendimento doutrinário no sentido de que (MARCÃO, 2021, p.95) preenchidos os requisitos, a redução se torna um direito subjetivo do réu, e não apenas uma faculdade dos juízes.

Mas a posição não é unânime, uma vez que, também existe posicionamento doutrinário (CAPEZ, 2022, p. 310) no sentido que o termo “poderá”, presente na redação do parágrafo ora analisado, garante ao magistrado a escolha de aplicar ou não a causa de diminuição de pena.

Com o objetivo de analisar o entendimento jurisprudencial do STF e STJ em relação à utilização dos critérios relativos à reincidência, natureza e quantidade de drogas para reconhecimento do tráfico de drogas privilegiado, sob o prisma do *ne bis in idem*, passa-se a uma análise de cada um dos requisitos para a concessão do benefício.

4.1.1 Primariedade

Tendo em vista que o CP não apresenta o conceito de primariedade, mas apenas o de reincidência, a doutrina o interpretou por exclusão. Lima (2019, p. 1.206) diz que o agente primário é aquele que pratica um crime sem que na época deste fato delituoso tenha uma sentença condenatória transitada em julgado relacionada à outra infração penal praticada.

Importa frisar que se o acusado cometeu algum crime anterior, a reincidência deverá ser observada dentro do prazo de cinco anos, contados entre a data do cumprimento ou extinção da pena e da nova infração, conforme artigo 64, inciso I, do Código Penal (GRECO, 2022, p. 632). Caso esse prazo já tenha sido expirado, não será considerado reincidente e sim primário.

Existe o caso dos sujeitos tecnicamente primários em que se verifica que, apesar de possuir uma ou mais condenações definitivas, não praticou os crimes depois da primeira sentença transitada em julgado, sendo, em razão disso, considerado não reincidente. Ou seja, para ser considerado reincidente é necessário que o crime seja cometido depois da primeira condenação, da qual não cabe mais recurso, de acordo com o artigo 64, inciso I, do CP (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 80).

É importante esclarecer que a reincidência não precisa ser necessariamente específica, ou seja, não se exige que a condenação anterior tenha sido por tráfico de drogas. Com isso, qualquer espécie de reincidência será óbice para aplicação da privilegiadora. Segundo Greco (2022, p. 696), reincidente específico é aquele que comete a mesma infração penal. Sendo assim, por exemplo, o agente que cometeu o crime de estupro e posteriormente crime de tráfico de drogas, não será considerado reincidente específico.

4.1.2 Bons antecedentes

Para tratar de bons antecedentes, não se pode deixar de mencionar a disposição constitucional estabelecida no artigo 5º, inciso LVII, que estabelece que ninguém poderá ser considerado culpado sem já ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 1988). O dispositivo consagra o princípio da presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade, de modo que o sujeito somente possuirá maus antecedentes a partir do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

O conceito de antecedentes criminais, conforme Greco (2021, p. 162), refere-se ao histórico de condenações transitadas em julgado e que não são considerados para efeitos de reincidência, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Importa frisar que o instituto dos maus antecedentes se distingue da reincidência, pois o legislador não delimitou um limite temporal para condenações anteriores deixarem de ser consideradas como maus antecedentes, como se vislumbra na reincidência. Com isso, mesmo as condenações que já tenham transitado em julgado há mais de cinco anos, podem ser consideradas para maus antecedentes, ainda que não para configurar reincidência (LIMA, 2019, p. 1.206).

4.1.3 Não se dedicar às atividades criminosas

Nesse requisito, quando o acusado é reincidente ou possui maus antecedentes, pode-se presumir com facilidade que se dedica às atividades criminosas. Por outro lado, quando o agente é primário e possui bons antecedentes, analisar se há dedicação à atividade criminosa exige que outros fatores estejam presentes, como, por exemplo, a quantidade e os diversos tipos de droga que forem encontradas com o acusado (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 82).

É importante citar que, sobre a análise da quantidade de drogas sob posse do agente, Nucci (2021, p. 412) se posiciona no sentido de que não pode ser por si só, impeditivo à aplicação do privilégio. Para o autor, ainda que a quantidade seja elevada, não se pode deduzir que o acusado estaria envolvido em crime organizado ou se dedique à atividade criminosa somente com base nesse critério. Outras circunstâncias deverão ser analisadas conjuntamente.

4.1.4 Não integrar organização criminosa

O conceito legal de organização criminosa está previsto na Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013, no artigo 1º, §1º, e consiste na associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e com tarefas divididas, mesmo que informalmente, para obter vantagem de qualquer natureza, através de infrações penais de pena máxima superior a quatro anos ou que possuam caráter transnacional (BRASIL, 2013).

Ao sujeito que integra organização criminosa, a lei é clara no sentido de que não poderá ser aplicada a causa de diminuição de pena. Todavia, há entendimento doutrinário divergente referente à concessão ou não da benesse para as chamadas “mulas do tráfico”, isto é, sujeitos que distribuem as drogas em pequenas quantidades, de forma a facilitar a circulação (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 83). Dessa forma, existem duas correntes doutrinárias acerca do assunto.

Masson e Marçal (2019, p. 83-84) explicam que existe uma corrente que defende a possibilidade de as “mulas” serem agraciadas, uma vez que estas figuras do tráfico podem ser utilizadas de forma eventual. Este entendimento é pacífico nos Tribunais Superiores. No que se refere a segunda posição, os autores lecionam que há doutrinadores que não concordam com a aplicação da benesse, pois as “mulas” integrariam organização criminosa, sendo, inclusive, figura indispensável no tráfico internacional.

Essa segunda posição resta enfraquecida com a atual jurisprudência do STF e STJ, que entendem que cada caso concreto deverá ser avaliado segundo suas peculiaridades. As “mulas” do tráfico, a depender da situação, podem ser integrantes de organização criminosa ou estar praticando de forma isolada, de forma não habitual. Nucci (2021, pg. 421) coaduna

com o entendimento das Cortes Superiores, entendendo que no Direito Penal é necessário se basear em fatos e não em presunções. O agente por estar na condição de “mula do tráfico” não induz diretamente participação em organização criminosa.

É importante frisar que para analisar se o agente integra organização criminosa ou não, é necessária uma grande atenção do julgador, visto que o requisito é considerado de difícil constatação em razão do narcotráfico possuir uma hierarquia complexa e bem estruturada. Capez (2021, p. 310) entende que se não for realizada uma análise profunda da questão, corre-se o risco de conceder de forma imerecida o benefício a um traficante de alta periculosidade.

Cumpridos conjuntamente todos os requisitos analisados, o juiz poderá aplicar a causa de diminuição de pena na terceira fase da dosimetria, reduzindo-a de 1/6 a 2/3. Conforme Marcão (2021, p. 95), ao determinar o quantum exato de diminuição, o julgador deverá atentar-se para as especificidades que envolvem o caso concreto, individualizando pena e conferindo, assim, um tratamento mais adequado para aqueles que não são traficantes habituais.

5 ENTENDIMENTO DO STF E STJ QUANTO À CONFIGURAÇÃO DE *BIS IN IDEM* DURANTE A DOSIMETRIA DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Após apresentados os requisitos para configuração do tráfico privilegiado que são analisados na terceira fase da dosimetria da pena, observou-se no decorrer da pesquisa que os critérios da reincidência, natureza e quantidade da droga são utilizados em mais de uma fase da aplicação da pena.

A reincidência, segundo Nucci (2021, p. 416) é utilizada para agravar a pena-base assim como também para impedir o benefício do tráfico privilegiado. Nesse cenário, cabe analisar como este critério é aplicado e de que forma não configuraria *bis in idem*, pois de acordo com o princípio, o agente não pode ser punido por um mesmo motivo mais de uma vez.

Quanto à natureza e quantidade de droga, observou-se que são fatores desfavoráveis que podem ser utilizados para elevar a pena-base, para afastar a figura privilegiadora e quando esta é aplicada, para mensurar o quanto essa pena será diminuída (MASSON; MARÇAL, 2021, p. 86).

Com isso, esta seção tem como objetivo expor uma análise do entendimento do STF e STJ, demonstrando de que forma as Cortes Superiores têm se posicionado em relação à configuração do princípio do *no bis in idem* na aplicação dos mencionados critérios em mais

de uma fase da dosimetria.

Dessa forma, este tópico foi dividido em dois subtópicos, um para análise da utilização simultânea da reincidência em mais de uma fase da dosimetria e se isso configura *bis in idem*, e o outro para análise do entendimento quanto à utilização dos critérios de natureza e quantidade da droga encontrada, em qual fase utilizar e a configuração de *bis in idem*.

Com a finalidade de responder ao problema de pesquisa proposto, realizou-se uma busca no endereço eletrônico “www.jusbrasil.com.br”, com o uso das palavras-chave “tráfico privilegiado”, “reincidência”, “quantidade e natureza” e “bis in idem”, aplicando os filtros (1) tribunais “STJ” e “STF”, e (2) temporal de janeiro de 2021 até abril de 2022, considerando que se busca o entendimento mais atual das Cortes Superiores.

5.1 Entendimento do STF e STJ quanto à utilização da reincidência e configuração de *bis in idem*

A reincidência é avaliada na segunda etapa da dosimetria da pena como agravante genérica, conforme artigo 61, inciso I, do CP. No entanto, também poderá afastar a causa especial de diminuição da pena do tráfico de drogas, prevista no § 4º, artigo 33 da Lei n. 11.343 de 2006, pois a reincidência relaciona-se com o critério de primariedade, conforme visto no subtópico que trata deste requisito. O agente que não é primário será considerado reincidente, sendo afastada a concessão do privilégio.

Com essa possibilidade de ser valorada em dois momentos da aplicação da pena, é importante versar sobre a violação ou não do princípio *no bis in idem*. Sobre o assunto, tanto o STF como o STJ possuem entendimento sedimentado de que não configura *bis in idem* a utilização da reincidência em dois momentos distintos da dosimetria, vejamos:

2. O reconhecimento da agravante da reincidência, na segunda etapa da dosimetria, não é incompatível com a sua utilização, na terceira fase, para afastar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porquanto o referido instituto jurídico é sopesado com finalidades distintas em cada fase de fixação da pena, justamente para se alcançar a justa e correta reprimenda necessária para a reprovação e prevenção do delito perpetrado. Não há falar, portanto, em *bis in idem*. (STJ - AgRg no HC 671.329/SP – 6ª Turma, relator Min. Rogerio Schietti Cruz, julgamento em 15.06.2021, publicado no DJe em 23.06.2021).

Observa-se pelo julgado acima que a reincidência cumprirá um papel de dupla função, sendo analisado concomitantemente em duas fases da dosimetria da pena, na

segunda e na terceira fase, de forma a não configurar *bis in idem*. O entendimento se dá pelo motivo do critério resultar em consequências jurídicas distintas, a fim de alcançar melhor individualização da pena. O STF segue o mesmo raciocínio:

A utilização da agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena (art. 61, I – CP) não impede que seja utilizada na terceira, para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º - Lei 11.343/2006). Trata-se de situação processual utilizada com finalidades diversas e com expressas previsões legais. Precedentes. (STF –HC 213031 SP 0115983-89.2022.1.00.0000, relator Roberto Barroso, julgamento em 16.03.2022, publicado no DJe em 21.03.2022).

As duas situações de utilização da reincidência são legalmente previstas, sendo possível ser concomitante, pois há a diversidade de incidência, em um momento é para agravar a pena e posteriormente para afastar a privilegiadora. Na terceira fase trata-se de requisito de primariedade a ser cumprido pelo agente.

Diferente seria no caso, por exemplo, da reincidência ser duplamente valorada para aumentar a pena mais de uma vez como circunstância judicial e em seguida como circunstância agravante, situação em que ensejaria *bis in idem*, conforme entendimento da súmula 241 do STJ.

Vale ressaltar que a justificativa para o uso da dupla aplicação da reincidência no tráfico privilegiado também é usada para afastar a aplicação de outros benefícios penais, como *sursis* processual e aplicação de penas restritivas de direitos. Nucci (2021, p. 416) menciona que uma mesma circunstância não poderá ser valorada mais de uma vez para aumentar a pena, porém poderá ser posteriormente utilizada para afastar a aplicação de algum benefício.

A justificativa da dupla utilização da reincidência de forma simultânea pode ser equiparada no caso do furto, quando o agente que tem a pena elevada por reincidência na segunda fase, posteriormente não gozará do furto privilegiado, onde também há a exigência de primariedade do agente para gozar da benesse.

Diante dessa análise, constata-se que as Cortes Superiores têm se posicionado a favor da utilização da reincidência em duas fases distintas na dosimetria, de forma simultânea, sem considerar *bis in idem* quando utilizada na segunda e terceira fase. Isto porque, compreendem que a reincidência projetaria efeitos além da segunda fase da dosimetria, pois são campos diversos e para finalidades diferentes.

Na terceira fase da dosimetria da pena, a reincidência decorre de estrita observância do não atendimento do requisito de primariedade previsto na Lei n. 11.343, de 23 de agosto

de 2006, enquanto que na segunda fase é circunstância para aumentar a pena do agente, não havendo dupla valoração. Sendo assim, diferencia o agente que faz do tráfico seu meio de vida daquele que eventualmente utilizou-se do tráfico.

Cunha (2019, p. 491) destaca que há doutrinadores, como Paulo Queiroz, que consideram que a reincidência - em uma visão geral no ordenamento jurídico - fere o princípio do *bis in idem*, pois a condenação anterior será novamente utilizada para agravar a aplicação de uma nova pena, punindo mais gravemente um novo crime.

Dessa forma, conclui-se que a reincidência é utilizada concomitantemente em duas fases da dosimetria da pena referente ao tráfico privilegiado, não ensejando em *bis in idem*, entendimento sedimentado pelas Cortes Superiores, pelo motivo de tratar-se de funções diferentes em momentos diferentes da individualização da pena.

5.2 Entendimento do STF e STJ quanto à utilização dos critérios de natureza e quantidade da droga e configuração de *bis in idem*

Observa-se pelos julgados das Cortes Superiores que os critérios de natureza e quantidade da droga são utilizados na primeira fase da dosimetria para fixar a pena-base, e na terceira fase para afastar a aplicação do tráfico privilegiado ou modular o *quantum* de diminuição da pena de 1/6 a 2/3.

De acordo com o entendimento firmado pelo STF em sede de repercussão geral (tema nº 712), é possível utilizar a quantidade e natureza da droga na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena. Os julgadores, com seu poder de discricionariedade, selecionarão em que fase da dosimetria da pena deverão aplicar os critérios. Estes podem ser utilizados somente em uma fase da dosimetria, de forma não cumulativa, caso contrário, configurará *ne bis in idem* (GONÇALVES; BALTAZAR JR, 2019, p. 107).

O entendimento do STF prevalece o mesmo atualmente, conforme julgado abaixo:

1. Caracteriza *bis in idem* o sopesamento da quantidade de droga na primeira e terceira fases da dosimetria. A matéria é estável nesta Suprema Corte e já fora objeto de Repercussão Geral, via da qual reafirmada a jurisprudência dominante no sentido de que a natureza e a quantidade de droga devem ser levadas em consideração apenas em uma fase da dosimetria da pena, vedada, portanto, aplicação cumulativa na primeira e terceira fases (ARE 666.334/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário Virtual). (STF - AG.REG. no HC 177766 SP 0032271-12.2019.1.00.0000, 1ª Turma, relatora Min. Rosa Weber, julgado em 24.05.2021, publicado em 17.06.2021).

O STJ segue o mesmo entendimento do STF quanto à utilização dos critérios de

natureza e quantidade da droga em apenas uma fase da dosimetria da pena, vejamos:

Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de bis in idem (STJ - HC 705909 SC 2021/0361757-8, relator Min. Jesuíno Rissato - desembargador convocado do TJDFT, publicado no DJe em 07.12.2021).

Observa-se que pelo entendimento das Cortes Superiores, conclui-se que o julgador selecionará em qual fase utilizar: na primeira, para aumentar a pena-base, ou na terceira, para afastar a benesse do tráfico ou caso aplicada, para modular o *quantum* de diminuição da pena, vedada a utilização simultânea.

Importante mencionar de que há julgados mais antigos tanto do STF quanto do STJ que possuíam entendimento contrário ao atual, onde os critérios poderiam ser usados nas duas fases simultaneamente sem configurar *bis in idem*:

O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 impõe ao juiz considerar as circunstâncias supracitadas não só na fixação da pena-base, mas também na terceira fase da dosimetria da pena, na avaliação da possibilidade de aplicação do redutor contido no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Assim, não se trata de violação ao princípio do ne bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos (STJ HC 271.897/SP, 5ª Turma, relator Marco Aurélio Bellizze, julgado em 11.02.2014, publicado no DJe em em 20.02.2014)

3.A quantidade e a espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, constituem elementos que podem ser validamente sopesados no dimensionamento do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Não se trata de bis in idem, ainda que tais elementos já tenham sido considerados no dimensionamento da pena-base na condição de circunstâncias do crime (STF HC 117024/MS, 1ª Turma, relatora Min. Rosa Weber, julgado em 10.09.2013, publicado no DJe em 25.09.2013).

Observa-se que o entendimento antigo das Cortes Superiores era o mesmo que ainda é aplicado no caso da reincidência, o qual já fora explanado no subtópico anterior. Os critérios de natureza e quantidade da droga utilizada em mais de uma fase da dosimetria não era considerado *bis in idem*, pelo motivo de tratar-se de finalidades e momentos distintos.

Lima (2019, p. 1.211) ainda defende o antigo entendimento das Cortes Superiores, referindo-se que no caso específico durante a utilização simultânea das duas circunstâncias ora na fixação do *quantum* de diminuição da pena ora na fixação da pena-base, não deveria configurar *bis in idem*.

O autor justifica seu posicionamento pelo fato de a reincidência ser utilizada em dois

momentos durante a aplicação da pena, e mesmo assim não é considerado dupla valoração, por tratar-se de finalidades distintas. A natureza e quantidade da droga também são usadas para motivos diferentes, sendo na primeira fase para fixar a pena-base e na terceira para modular a *quantum* diminuição da pena, seguindo o mesmo raciocínio da reincidência.

Diante das considerações explanadas, constata-se que não prospera mais o entendimento de que é possível a aplicação dos critérios de quantidade e da espécie de droga apreendida em momentos distintos da dosimetria de forma simultânea. Na verdade, o que tem sustentado as Cortes Superiores é que isso violaria diretamente o princípio do *no bis in idem* (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 86).

Dessa forma, surge para o julgador a liberdade de escolher em qual fase da dosimetria os critérios serão aplicados. De acordo com Nucci (2021, p. 417), é preferível a utilização para mensurar o *quantum* da diminuição da pena, pois considera as circunstâncias judiciais residuais. Porém, Gonçalves e Baltazar Jr (2019, p. 107) consideram que deveriam ser utilizados na primeira fase, pois o artigo 42 da Lei de Drogas é expresso ao mencionar as circunstâncias como preponderantes.

Há julgados anteriores com entendimento de que como se está diante de duas circunstâncias distintas, isto é, (1) quantidade de drogas e (2) natureza da droga apreendida, o julgador poderia as aplicar separadamente, uma em cada fase. Ou seja, não restaria violado o princípio do *no bis in idem* se o magistrado considerasse separadamente os critérios em momentos distintos da dosimetria, visto que não há obrigatoriedade de serem avaliados conjuntamente (STF HC 148.333 AgR/MG, 2ª Turma, relator Min. Dias Tofolli, julgado em 14.08.2018, publicado em 05.09.2018).

No entanto, o STF modulou seu entendimento atualmente de forma que não é possível a análise separada dos critérios de natureza e quantidade da droga, devendo ser analisadas conjuntamente, conforme julgado abaixo:

2. A natureza e a quantidade da droga devem ser analisadas conjuntamente, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006.3. Inadmissível considerar separadamente, em fases distintas da dosimetria da pena, a natureza e a quantidade, por constituírem circunstância judicial única, portanto, incindível, pois somente quando avaliadas em conjuntos – natureza e quantidade – será possível exercer juízo valorativo adequado e atingir os fins almejados pelo legislador. 4. Detectada a ocorrência de bis in idem por terem as instâncias anteriores valorado negativamente a quantidade da droga na primeira fase e a sua natureza na terceira fase da dosimetria. (STF - RHC 169343 ES 0074169-08.2017.3.00.0000, 1ª Turma, relatora Min. Rosa Weber, julgamento em 8.06.2021, publicado em 28.06.2021).

Sendo assim, o STF considera os critérios como uma circunstância judicial única, de

forma a considerar *bis in idem* caso sejam valorados separadamente, cada um em uma fase distinta da dosimetria da pena.

Em outra situação diferenciada, o STF e STJ possuem entendimento no sentido de que existe a possibilidade de utilizar concomitantemente o critério da quantidade da droga tanto na primeira fase da dosimetria, quanto na terceira fase sem caracterizar *bis in idem*. No entanto, a grande quantidade de drogas, segundo Masson e Marçal (2019, p. 82), não poderá por si só, afastar a causa de diminuição de pena.

Para isso, na terceira fase, a quantidade de drogas é utilizada para demonstrar que o agente se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa. Nesse caso, não pode ser usada isoladamente, devendo ser observada em conjunto com outras circunstâncias no caso concreto, conforme julgado abaixo:

1. A causa especial de diminuição de pena prevista no §4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, foi negada na origem em razão das circunstâncias apuradas na instrução processual – forma de acondicionamento do entorpecente, apreensão de dinheiro resultado do comércio espúrio de drogas, profundo envolvimento do paciente com o tráfico que era o seu meio de vida, além da quantidade de droga (618,97g de cocaína, distribuídos em 1.030 porções individuais) -, restando evidenciado que o paciente se dedica à atividade criminosa. No caso, não ocorre *bis in idem* na dosimetria, porquanto a quantidade de entorpecente apreendido foi utilizada apenas de maneira supletiva aos outros elementos que evidenciam a dedicação ao tráfico de drogas. (STJ - AgRg no HC 699415 SP 2021/0325362-0, 5ª Turma, relator Min. Joel Ilan Paciornik, julgamento em 22.03.2022, publicado no DJE em 24.03.2022).

Sendo assim, conclui-se que a quantidade e natureza da droga foram usadas conjuntamente com outras circunstâncias para afastar a causa de diminuição da pena do tráfico de drogas. Dessa forma não configura *bis in idem*, pois na terceira fase estão sendo utilizados para comprovar dedicação do agente às atividades criminosas, de maneira supletiva.

1.No caso em apreço, as instâncias ordinárias aumentaram a pena-base e afastaram a minorante (art. 33, §4º, da Lei de Drogas) com base na quantidade e natureza dos entorpecentes, sem apontar outros elementos concretos que revelassem a dedicação do réu à atividade criminosa. 2.Revelada situação de manifesto constrangimento ilegal em razão do inadmissível *bis in idem*, foi concedida a ordem para determinar que o Tribunal de Justiça local realizasse nova dosimetria da pena, considerando a quantidade de droga apreendida em apenas uma etapa do critério trifásico, e após procedesse à nova análise acerca do regime inicial de cumprimento da reprimenda e eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (STJ - AgRg no HC 632865 SP 2020/0332325-3, 6ª Turma, relator Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgamento em 13.04.2021, publicado no DJE em 20.04.2021).

Observa-se no julgado acima que foi configurado *bis in idem*, pois os julgadores das instâncias ordinárias consideraram as circunstâncias de natureza e quantidade da droga na terceira fase sem apontar outras circunstâncias para comprovar participação do agente nas

atividades criminosas. Dessa forma, é considerado constrangimento ilegal, pois está ocorrendo dupla valoração das circunstâncias.

2. Nos termos da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente se opera o *bis in idem* quando o juízo sentenciante considera a natureza e a quantidade da droga simultaneamente na primeira e na terceira fase de individualização da reprimenda, o que não é o caso. 3. Na espécie, o Tribunal de Justiça assentou a inaplicabilidade de causa de redução versada no §4º, do art. 33, da Lei de drogas, levando em conta a natureza e a quantidade da droga apreendida (3.127,4 g de cocaína), além de outras circunstâncias (ausência de vínculo empregatício, tentativa de levar a droga para outro estado da Federação, existência de circunstâncias que demonstrariam poder e prestígio no mundo criminoso) (STF - AG.REG. no HC 203573 SP 0056247-77.2021.1.00.0000, 1ª Turma, relator Min. Dias Toffoli, julgamento em 27.09.2021, publicado em 18.11.2021).

Conforme julgado acima, em pacífica jurisprudência, o STF segue o mesmo entendimento do STJ, de forma a considerar a utilização da natureza e quantidade da droga para afastar a causa especial de diminuição da pena quando utilizada conjuntamente para demonstrar que o agente é ativo no mundo criminoso.

Porém, mesmo com o entendimento atual tanto do STF e STJ pela discricionariedade de usar os critérios na primeira ou terceira fase da dosimetria, durante a pesquisa realizada foram encontrados julgados do STJ, onde uniformiza o entendimento de que os critérios de natureza e quantidade da droga deverão ser necessariamente utilizados na primeira fase da dosimetria da pena, pois o artigo 42 da Lei de Drogas não dá margem para discricionariedade, vejamos:

“8. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base. 9. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores “natureza e quantidade de drogas apreendidas” para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual. 10. A natureza e quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa (STJ – AgRg no HC 655034/MG, 5ª Turma, relator Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22.02.2022, publicado em 24.02.2022; seguindo mesmo entendimento: STJ - AgRg no HC 580641/SP, 5ª Turma, relator Min. João Otávio de Noronha, julgado em 05.10.2021, publicado em 08.10.2021).

A Terceira Seção foi provocada com o intuito de resolver as divergências de entendimento entre as Turmas Criminais do STJ quanto à possibilidade de utilização dos critérios de natureza e quantidade da droga em diferentes fases da dosimetria.

Com isso, os julgadores deverão observar os seguintes entendimentos: que a quantidade e natureza da droga deverão necessariamente ser valoradas na primeira etapa da dosimetria da pena, pois o artigo 42 da Lei n. 11.343 de 2006 explicita que são fatores preponderantes; que tais critérios não podem ser utilizados concomitantemente na primeira e terceira fase da dosimetria; e que podem ser usadas supletivamente na terceira fase apenas quando for correlacionado com outras circunstâncias que aferem a participação do agente às atividades criminosas ou integre organizações criminosas.

No entanto, no decorrer do presente trabalho, verificou-se ainda a prevalência de entendimento divergente quanto à discricionariedade dos julgadores em utilizar os critérios na primeira fase ou na terceira fase, tanto do STF quanto do STJ, vejamos:

IV – Assim, cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga, no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de bis in idem (STJ – AgRg no HC 716715 SP 2022/0000694-0, 5ª Turma, relator Min. Jesuíno Rissato (desembargador convocado do TJDFT, julgado em 29.03.2022, publicado no DJe em 04.04.2022).

O julgado acima demonstra que ainda se aplica as circunstâncias na terceira fase, tanto para afastar a causa especial de diminuição da pena, quanto para modular a fração de diminuição, de maneira discricionária pelos julgadores, não sendo necessariamente utilizado na primeira etapa e sim, alternativamente. Há julgados do STF com o mesmo entendimento:

1 Esta Corte, no julgamento dos HCs 112.776 e 109.193, Rel. Min Teori Zavascki, por maioria de votos, entendeu que configura ilegítimo bis in idem considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto ilícito para fixar a pena-base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). Todavia, nada impede que essa circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução). (STF – AgRg no HC 211155 SP 0112618-27.2022.1.00.0000, 1ª Turma, relator Min. Roberto Barroso, julgamento em 4.04.2022, publicado em 20.04.2022).

Sendo assim, verifica-se a complexidade do entendimento para utilização dos critérios de natureza e quantidade de droga, em especial quando se reflete sobre a definição da fase da dosimetria da pena em que deverá ser avaliada. Diante disso, resta avaliar se essa complexidade não pode gerar um desgaste e inúmeros Habeas Corpus a serem impetrados com entendimentos diversos diante desta constante modulação vista até o presente momento.

Além disso, há o risco de sujeitar aqueles que possuem direito de receber as benesses do tráfico privilegiado a interpretações divergentes, acarretando insegurança jurídica. Dessa

forma, diante da ausência de previsão legal quanto aos critérios a serem utilizados para modulação do *quantum* de diminuição da pena, pesquisas deverão ser realizadas para avaliar os posicionamentos mais atuais das Cortes Superiores, para atualização do entendimento jurisprudencial quanto à natureza e quantidade da droga e configuração de *bis in idem*.

5 CONCLUSÃO

No presente estudo, tratou-se da análise jurisprudencial do STF e STJ quanto ao princípio ne bis in idem, nas fases da dosimetria da pena, durante a análise da aplicação do tráfico privilegiado durante o marco temporal de 01.01.2021 até 30.04.2022. Em especial, a questão da reincidência e dos critérios de natureza e quantidade da droga apreendidas.

Quanto à reincidência, constatou-se que as Cortes Superiores possuem entendimento no sentido de que não configura bis in idem a utilização do critério em dois momentos distintos da dosimetria, na segunda e terceira fase. O fundamento é de que é usado um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, para se alcançar uma justa e correta reprimenda.

Quanto aos critérios de natureza e quantidade da droga, observou-se uma modulação de entendimento pelas Cortes Superiores até o presente momento, de forma a tentar uniformizar o entendimento visto a ausência legislativa de critérios e parâmetros para fixação do quantum de diminuição da pena do tráfico. Observou-se que tais critérios são utilizados tanto na primeira fase da dosimetria da pena, para fixação da pena-base, quanto na terceira fase da dosimetria, para afastar a benesse ou para modular o quantum de diminuição da pena.

Há entendimento atual do STF que considera atualmente tais critérios como uma circunstância judicial única, não podendo ser utilizados separadamente, cada um em uma fase diferente. Caso isso aconteça, será considerado bis in idem.

STF e STJ entendem que cabe aos juízes, com seu poder de discricionariedade, utilizarem os critérios de natureza e quantidade da droga em somente uma fase da dosimetria, de forma a não configurar bis in idem. Assim, caso sejam utilizados para fixar a pena-base, não poderão ser usados posteriormente para afastar a privilegiadora ou modular a fração de diminuição da pena.

Porém, há uma situação especial em que é possível a utilização dos critérios mencionados em mais de uma fase. Sendo assim, caso já tenha sido utilizada na primeira fase só poderá ser usada na terceira fase como indicativo de que o agente estaria se dedicando às atividades ou organizações criminosas.

Desta forma não configurará bis in idem, pois a quantidade e natureza da droga estão sendo usados como indicativos de sua atividade no mundo criminoso, não sendo usados isoladamente, como quando utilizados para modular o quantum de diminuição da pena.

No entanto, em relação ao posicionamento das Cortes Superiores sobre a discricionariedade de escolher em qual fase usar os critérios, verificou que em julgados recentes (2021-2022), o STJ compreendeu que a natureza e quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria da pena, com base no artigo. 42 da Lei de Drogas, visto que não dá margem para tal discricionariedade.

Por fim, concluiu-se que a jurisprudência das Cortes Superiores, relacionada com aplicação dos critérios mencionados na dosimetria da pena do tráfico, ainda não garante de forma satisfatória segurança jurídica. Com isso, compreende-se que se torna fundamental uma previsão legal mais explícita sobre em qual fase utilizar os critérios, de modo a se atingir alguma homogeneidade nos julgamentos.

Não se pode perder de vista que julgamentos criminais estão diretamente ligados ao direito constitucional à liberdade dos indivíduos. Com isso, analisando a problemática em tela, impõe-se a reflexão sobre como essas decisões divergentes podem sujeitar os agentes, que, em tese, possuem o direito de receber os benefícios do tráfico privilegiado, a julgamentos injustos relacionados à restrição da sua liberdade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em:

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 16 mai. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555595864. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595864/>. Acesso em: 19 abr. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 7. Ed. Ver., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Legislação especial esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 15 ed. Barueri – SP. Grupo GEN, Atlas, 2021. 9786559770700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770700/>. Acesso em: 19 abr. 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do Código Penal. v.1**. 24. ed. Barueri-SP, Atlas, Grupo GEN, 2022. 9786559771493. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771493/>. Acesso em: 14 mai. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único – 7. ed.** Salvador: Juspodivm, 2019.

MARCÃO, Renato. **Lei de drogas: Comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – crimes, investigação e procedimento em juízo** / Renato Marcão. – 12. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1**. 5. ed. Rio de Janeiro, ed. Forense, Grupo GEN, 2021. 9788530993658. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993658/>. Acesso em: 13 mai. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – Vol. 1**. 14 ed. Rio de Janeiro, ed. Forense, 2021.

SABOYA, Keity. **Ne bis in idem. História, Teoria e Perspectivas**. Ed. Lumen juris, Rio de Janeiro, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6º Turma). **AgRg no HC 671.329 SP 2021/0171516-1**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 15.06.2021. Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1248778626/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-671329-sp-2021-0171516-1/inteiro-teor-1248778649>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 705909 SC 2021/0361757-8**. Relator: Min. Jesuíno Rissato - desembargador convocado do TJDF, publicado em 07.12.2021. Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1336083149/habeas-corpus-hc-705909-sc-2021-0361757-8/decisao-monocratica-1336083167>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5º Turma). **HC 271.897 SP 2013/0184898-0**.

Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 11.02.2014. Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24927476/habeas-corpus-hc-271897-sp-2013-0184898-0-stj/inteiro-teor-24927477>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **HC 97256 RS**. Relator: Min. Ayres Britto, julgado em 01 de setembro de 2010. Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865731803/habeas-corpus-hc-97256-rs-rio-grande-do-sul-0008076-0320080010000>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 213031 SP**. Relator: Min. Roberto Barroso, julgamento em 16 de março de 2022. Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1491099703/habeas-corpus-hc-213031-sp-0115983-8920221000000/inteiro-teor-1491099749>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **AG.REG NO HC 148.333 MG**. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 14 de agosto de 2018. Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768162476/agreg-no-habeas-corpus-agr-hc-148333-mg-minas-gerais-0011024-4320171000000/inteiro-teor-768162482>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1º Turma). **AG.REG. NO HC 177766 SP**. Relatora: Min. Rosa Weber, julgado em 24 de maio de 2021. Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1233588838/agreg-no-habeas-corpus-hc-177766-sp-0032271-1220191000000/inteiro-teor-1233588841>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **HC 117024 MS**. Relatora: Min. Rosa Weber, julgado em 10 de setembro de 2013. Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24185851/habeas-corpus-hc-117024-ms-stf/inteiro-teor-111906758>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **RHC NO HC 169343 ES**. Relatora: Min. Rosa Weber, julgado em 08 de junho de 2021. Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1238232251/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-169343-es-0074169-0820173000000>. Acesso em 17 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (5ª Turma). **AG.REG. NO HC 699415 SP 2021/0325362-0**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 22 de março de 2022. Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1481360317/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-699415-sp-2021-0325362-0/inteiro-teor-1481360346>. Acesso em 17 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (6ª Turma). **AG.REG. NO HC 632865 SP 2020/0332325-3**. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 13 de abril de 2021. Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205775759/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-632865-sp-2020-0332325-3>. Acesso em 17 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **AG.REG. no HC 203573 SP**. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 27 de setembro de 2021. Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1318429737/agreg-no-habeas-corpus-hc-203573->

sp-0056247-7720211000000. Acesso em 17 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (5ª Turma). **AG.REG. no HC 655034 MG 2021/0089213-0**. Relator: Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22 de fevereiro de 2022. Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1392928609/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-655034-mg-2021-0089213-0/inteiro-teor-1392928626>. Acesso em 17 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (5ª Turma). **AG.REG. no HC 580641 SP 2020/0111115-5**. Relator: Min. João Otávio de Noronha, julgado em 05 de outubro de 2021. Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1295630200/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-580641-sp-2020-0111115-5/inteiro-teor-1295630215>. Acesso em 17 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (5ª Turma). **AG.REG. NO HC 716715 SP 2022/0000694-0**. Relator: Min. Jesuíno Rissato - desembargador convocado do TJDF, julgado em 29 de março de 2022, Lex. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1450620469/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-716715-sp-2022-0000694-0>. Acesso em 17 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **AG.REG. NO HC 211155 SP 0112618-27.2022.1.00.0000**. Relator: Min. Roberto Barroso, julgado em 04 de abril de 2022, Lex. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1487039051/agreg-no-habeas-corpus-hc-211155-sp-0112618-2720221000000>. Acesso em 17 mai. 2022.

O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA FASE PRÉ-CONTRATUAL DO TRABALHO: UMA ANÁLISE DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR À LUZ DA LGPD

THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE PRE-CONTRACT PHASE OF WORK: AN ANALYSIS OF THE DIGNITY OF THE WORKER IN THE LIGHT OF THE LGPD

Recebido em	29/11/2022
Aprovado em	30/11/2022

Vanessa Rocha Ferreira¹
Gabrielle Vaz Silveira Martins²
Leticia Monteiro Rassy³

RESUMO

O estudo possui como objetivo analisar os impactos do uso dos sistemas da Inteligência Artificial no mercado de trabalho com foco na coleta de dados para a filtragem de candidatos nos processos seletivos de emprego durante a fase pré-contratual, relacionando tal conduta à ocorrência de possíveis violações da dignidade da pessoa humana e à vida privada do trabalhador. A pesquisa busca elucidar a importância da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), na seara laboral, como protetora dos direitos dos titulares de dados pessoais e sensíveis e as políticas que as empresas podem seguir para prevenir descumprimentos aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e na Lei supracitada. Por fim, concluiu-se que, por meio da sua aplicação desde a fase pré-contratual do trabalho, a dignidade do trabalhador será resguardada.

Palavras-chave: Inteligência artificial; dignidade da pessoa humana; Lei Geral de Proteção de Dados; fase pré-contratual; proteção do Trabalhador.

ABSTRACT

The study aims to analyze the impacts of the use of Artificial Intelligence systems in the labor market, with a focus on data collection during the pre-contractual phase, for filtering candidates in job selection processes, relating such conduct to possible violations of dignity of

¹ Doutora em Direitos Humanos (USAL/Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais (UNAMA/PA). Professora da Graduação e Mestrado do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Trabalho Decente (CESUPA/CNPq). Auditora do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA). Email: vanessarochaf@gmail.com. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-5997-3198>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8565252837284537>.

² Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Estagiária do Ministério Público Estadual. E-mail: bibimartins2208@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1637662155958398>.

³ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Estagiária da Companhia Docas Pará. E-mail: rassyleticia@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5153370034727171>.

the person and the private life of the worker. The research seeks to elucidate the importance of the General Data Protection Law (LGPD), in the labor field, as a protector of the rights of holders of personal and sensitive data and the policies that companies can follow to prevent possible violations of fundamental rights established in the Constitution and in the aforementioned Law. Finally, it was concluded that, through its application in the pre-contractual phase, the dignity of the worker will be safeguarded..

Keywords: Artificial intelligence; dignity of a human person; General Data Protection Law; pre-contractual phase; worker protection.

1 INTRODUÇÃO

A Revolução Industrial propiciou um grande avanço tecnológico na sociedade, e a partir desse marco, observa-se que grandes empresas passaram a utilizar *softwares* e plataformas online para fazer uma análise e filtragem dos candidatos que seriam mais apropriados para preencher determinada vaga de emprego. Assim, percebe-se que as relações de trabalho foram impactadas e modificadas ao ponto de perderem o seu caráter de pessoalidade.

Diante desse contexto, a utilização de Inteligências Artificiais (IA) tem como objetivo agilizar o processo de contratação, uma vez que ocorre uma filtragem de dados para criação de um perfil adequado que se encaixe nos moldes da empresa. Todavia, esse processo resulta em uma exclusão de grupos socialmente vulneráveis, tais como mulher, imigrantes, mães solo, entre outros, pois tal mecanismo reproduz uma discriminação já existente na sociedade.

Nesse sentido, evidencia-se que o sistema de Inteligência Artificial utiliza dados sensíveis, tais como a origem racial, a convicção política, a vida sexual, entre outros que, na maioria das vezes, desrespeitam princípios e direitos fundamentais como a dignidade humana e o direito à privacidade, esses aspectos não são necessários para qualificar o grau de profissionalismo do candidato, legitimando, assim, avaliações discriminatórias.

Diante desta realidade, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, serve para proteger os direitos do trabalhador na fase pré-contratual no que diz respeito ao uso de dados sensíveis, pois é neste momento que os dados pessoais são coletados. Sendo assim, torna-se importante demonstrar que a LGPD está diretamente conectada com a dignidade do trabalhador, pois estabelece que é indevido o uso desenfreado destes dados.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, baseado em pesquisas bibliográficas sobre o tema, para analisar de que forma a Inteligência Artificial viola princípios fundamentais presentes tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) quanto

na LGPD, além da violação à dignidade do trabalhador e a sua vida privada. Assim, a presente pesquisa objetiva buscar a proteção destes dentro do ordenamento jurídico a fim de dirimir as consequências da utilização desse sistema.

Desta forma, o texto encontra-se dividido em três itens, além da introdução e considerações finais. O primeiro item aborda o uso da Inteligência Artificial na fase pré-contratual do trabalhador; o segundo item expõe a dignidade do trabalhador à luz da LGPD; o terceiro item analisa de que forma é possível prevenir e proteger o trabalhador dentro desse cenário de maneira efetiva. Por fim, o último item apresenta as considerações finais deste estudo.

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A FASE PRÉ-CONTRATUAL

Atualmente, pode-se notar que ainda há na sociedade diversos grupos discriminados no mercado de trabalho, essa realidade é legitimada com o uso do sistema de Inteligência Artificial (IA), que para realizar a filtragem inicial dos currículos e de análise dos candidatos que estão propostos a participar do processo seletivo da empresa, a individualidade é totalmente desprezada e apenas os algoritmos são analisados. Por conseguinte, tal análise gera um grande reflexo na sociedade, uma vez que em decorrência dessa realidade, quando esse sistema é desenvolvido para a filtragem de candidatos, ocorre a discriminação e exclusão destes.

Isto posto, a forma na qual os algoritmos são usados prejudicam os currículos desses indivíduos, pois esses sistemas, ao selecionarem uma grande quantidade de candidatos para chegar a conclusão do qual seria mais apropriado, ignoram princípios inerentes às relações humanas, tal como o respeito e a proteção da dignidade humana.

Diante dessa perspectiva, é de suma importância explicar de maneira detalhada, que quando há uma seleção para um emprego por vias "mais tradicionais", nota-se que há uma maior probabilidade do empregador se limitar apenas aos questionamentos pertinentes no que diz respeito ao nível de profissionalismo e competência daquele determinado candidato para a vaga, pois o foco principal para uma possível contratação será esse.

Para exemplificar isso, em uma entrevista de emprego pessoalmente, pode-se observar o modo como aquela pessoa irá se portar e desde já analisar características que o empregador quer ou não de um empregado dentro da sua empresa, ou seja, a individualidade de cada um é notada e considerada quando há um contato maior entre as pessoas envolvidas. Nesse sentido, esclarece O'Neil (2016, p.91) "Os candidatos, então, geralmente enfrentavam uma entrevista,

onde um gerente tentava ter uma noção deles. Muitas vezes isso se traduziu em um único julgamento básico: essa pessoa é como eu (ou outros com quem me dou bem)?”

Assim sendo, mais casos de discriminação no mercado de trabalho vieram à tona, resultando em diversas falhas na inserção desses programas ao invés de apresentar resultados positivos no que diz respeito a uma seleção justa de candidatos para determinado emprego.

Com o intuito de elucidar a Inteligência Artificial no procedimento de seleção de empregados por meio de um determinado banco de dados, deve-se explicitar que o seu uso pode ser direcionado ao tratamento dos dados pessoais, realidade que se tornou mais frequente, principalmente no mercado de trabalho. Porém, tal tecnologia preocupa os juristas, uma vez que há um grande embate em relação ao amparo do modo de utilização desses dados.

Diante desse contexto, no que tange à temática, entende Blum, R. O; Vieira e Blum, R. F. L. O (2019) que:

Embora a inteligência artificial exista para auxiliar e facilitar as tarefas mundanas, há grande debate acerca dos desafios que poderão surgir, principalmente em relação à preservação da dignidade da pessoa humana no mesmo plano. Nessa toada, o uso de tecnologias a base da inteligência artificial para a condução do tratamento de dados tem apresentado considerável crescimento e com isso crescem também as preocupações acerca da proteção do princípio descrito no artigo 1º, III, da Constituição Federal. (BLUM, Renato; VIEIRA; BLUM, Renata, 2021, p. 69).

Desse modo, percebe-se que a ascensão desse método de seleção busca captar candidatos e seus currículos para alimentar um sistema e, dessa forma, criar um enorme banco de dados a fim de entregarem, no momento pré-contratual, uma análise técnica do perfil de empregado que a empresa considera o mais adequado para preencher a vaga de emprego.

Nesse contexto, torna-se relevante explicitar a existência da relação direta entre o direito do trabalho e a utilização das informações particulares do possível contratado na fase pré-contratual, haja vista que neste momento há, primeiramente, o tratamento de dados pessoais, pois é no recebimento do currículo que tais elementos são disponibilizados para o contratante. Todavia, de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados, eles devem ser guardados por um tempo determinado e serem usados com uma finalidade específica, sendo direito do titular ser informado caso aconteça algum desvio de finalidade.

Percebe-se que nessa etapa inicial, a empresa no que diz respeito à filtragem documental e coleta de dados, alimentam sistemas eletrônicos - como o CIEE⁴ - ou até

⁴ O **Centro de Integração Empresa-Escola (CIEE)** é uma associação brasileira, de direito privado, sem fins lucrativos, beneficente de assistência social e reconhecida de utilidade pública, que, dentre vários programas,

mesmo da própria empresa para a realização de um banco de dados específico. Porém, as informações presentes nos currículos apresentados devem ser tratadas de forma restrita, uma vez que nelas podem haver dados que são classificados como sensíveis, os quais não podem ser aplicados como requisito empregatício.

Assim, a livre circulação dos dados sensíveis deve estar em conformidade com o que prevê a LGPD, sendo responsabilidade da empresa se adequar a tais normas. Portanto, quando há a automatização dos processos seletivos para vagas de empregos, deve-se atentar para que não seja colocado em questão o uso desses dados como condição de determinação para preenchimento de um cargo.

Nessa ótica, constata-se que o sistema de IA ocasiona um caráter discriminatório, pois ao trabalhar com um vasto número de variáveis e de dados, os resultados obtidos podem recair na “maldição da dimensionalidade”, a qual pode ser entendida como uma quantidade determinada de dados que aquele sistema vai utilizar para alcançar um resultado específico. Porém, a problemática existente é que quanto mais classificações e informações se almejam alcançar, mais atributos vão ser necessários para preencher os requisitos, ou seja, as características dos candidatos que irão ser submetidos serão direcionadas aos padrões estabelecidos por esse sistema.

Portanto, as empresas aplicam essa tecnologia para acelerar ou agilizar o processo de contratação, entretanto, perdem a singularidade de cada candidato e selecionam pessoas que apenas se encaixam em um determinado padrão. Consequentemente, não selecionam por meio de uma qualificação que seria melhor percebida em uma entrevista de emprego.

Pode-se visualizar esse entendimento da seguinte forma por O'Neil (2019):

Naturalmente, esses programas de contratação não podem incorporar informações sobre como o candidato realmente se apresentaria na empresa. Isso é no futuro, e, portanto, desconhecido. Assim como muitos outros programas de Big Data, eles se contentam com modelos. E como vimos, os modelos são obrigados a ser inexatos e muitas vezes injustos. (O'NEIL, 2019, p. 92)

Tal situação pode ser exemplificada no caso da Amazon, ocorrido em 2015, no qual, com o objetivo de automatizar a contratação dos seus empregados, utilizou um programa de Inteligência Artificial para a filtragem dos candidatos. Contudo esta utilizava um banco de dados de currículos enviados nos últimos dez anos, o qual possuía em sua maioria currículos enviados por pessoas do sexo masculino - em decorrência da legitimação presente na

possibilita aos jovens estudantes brasileiros, uma formação integral, ingressando-os ao mercado de trabalho, por meio de treinamentos e programas de estágio e aprendizagem.

sociedade patriarcal sob as mulheres dentro da atividade desenvolvida pela empresa em questão. Consequentemente, o resultado obtido com esse processo foi predominantemente de candidatos homens, excluindo mulheres igualmente capacitadas. Realidade que é exemplificada por Rocha; Mansur; Jevaux (2021, p. 324) "assim, as análises desses currículos constantemente sofrem dos infames vieses algoritmos, com avaliações discriminatórias contra mulheres, negros, povos originários, LGBTQIA+, mães solo, líderes de movimentos de trabalhadores e ativistas".

Nessa perspectiva, torna-se evidente que os dados que são captados pelas empresas advêm dos seus próprios funcionários e/ou de pessoas que submeteram seus currículos a processos seletivos. Nessa lógica, a IA é configurada a selecionar os indivíduos a partir de condições específicas, todavia, muita das vezes os dados que são coletados são classificados como dados sensíveis cujo tratamento pode ensejar a discriminação do seu titular, pois se referem à opção sexual, convicções religiosas, filosóficas ou morais, opiniões políticas, raça e etnia, entre outros.

Diante desse contexto, percebe-se que essas características supracitadas não qualificam a capacidade profissional dos candidatos, apenas os discriminam e excluem por meio um julgamento preconceituoso, sem levar em consideração o que realmente importa, que diz respeito à competência e ao profissionalismo. Nesse sentido, o uso dos dados sensíveis para esta finalidade viola diretamente a dignidade da pessoa humana e direitos constitucionais.

A análise feita consiste na existência de uma tentativa de simplificar a realidade, produzindo, assim, algoritmos os quais programadores escolhem as informações a serem dadas à Inteligência Artificial, que serão direcionadas para encontrar padrões. Isto posto, pode-se concluir que quando isso é utilizado na fase pré-contratual para captação de empregados, uma quantidade menor de indivíduos irá se encaixar nesse determinado padrão e, por conseguinte, terão menos chances de serem selecionados, não sendo pela falta de competência e sim por outros requisitos desnecessários não essenciais para a contratação daquele candidato, ou seja, serão utilizados os dados sensíveis.

Dessa forma, a IA, assim como qualquer outro instrumento direcionado para esse viés, é o reflexo da pretensão dos seus criadores, isto é, a intenção destes vai determinar a finalidade do tipo de sistema. À vista disso, destaca-se que esses programas quando criados a partir da utilização de dados sensíveis estão em total desacordo com normas do nosso ordenamento jurídico, uma vez que é proibido usar esses dados para alimentar os *softwares* da Inteligência Artificial (IA).

Em suma, nota-se que existe um grande impacto negativo na forma de criação e manuseio da IA na fase pré-contratual do trabalhador, provocando uma maior segregação no mercado de trabalho. Além do mais, os meios aos quais são feitos os recolhimentos dos dados sensíveis para a filtragem de candidatos afetam diretamente a dignidade da pessoa humana, logo, caberá a Lei Geral de Proteção de Dados a defesa desses trabalhadores desde a fase pré-contratual.

3 DIGNIDADE DO TRABALHADOR À LUZ DA LGPD

A Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, revolucionou diversas relações sociais no país a partir da sua criação e vigência, tal como a relação de trabalho. Diante disso, esse dispositivo trouxe um papel primordial na sociedade, uma vez que os seus fundamentos e princípios buscam a proteção e garantia dos direitos daqueles indivíduos que submetem seus dados a terceiros.

No que tange aos objetivos da Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709, considerando que o intuito é proteger liberdades e Direitos Fundamentais previstos na CRFB/88, tal como a dignidade, os quais estão diretamente relacionados à segurança jurídica, a fim de resguardar e fortalecer as relações dentro da sociedade, garantindo a transparência no processo de coleta e no uso e armazenamento de dados. Ante o exposto, considera-se que tal dispositivo objetiva proteger a privacidade dos indivíduos por meio de uma estruturação que esteja compatível com as demais esferas jurídicas.

De acordo com o art.3º, a Lei supracitada se aplica a toda pessoa, natural ou jurídica, de direito público ou privado, a fim de garantir a proteção dos direitos fundamentais de privacidade, liberdade e personalidade da pessoa natural, e deve ser seguida pela esfera federal, estadual e municipal. Diante disso, pode-se afirmar que a LGPD se manifesta com a finalidade de impedir atos de invasão de dados, objetivando, assim, a garantia do Direito à Privacidade no âmbito virtual.

Nesse sentido, resta evidente que as relações de trabalho foram fortemente impactadas com essas novas diretrizes, pois, frequentemente, existe a utilização de um grande número de dados pessoais dos trabalhadores por parte das empresas. Além desses aspectos, ressalta-se que este fato ocorre desde a fase pré-contratual do empregado, uma vez que ocorre a transmissibilidade de dados neste momento. Logo, é relevante salientar a necessidade do empregador seguir as diretrizes estabelecidas pela LGPD para que haja uma cautela quando as informações pessoais dos candidatos forem coletadas.

Em sendo assim, evidencia-se que a LGPD, em inúmeros dos seus artigos, possui o intuito de resguardar a privacidade, honra, imagem e dignidade dos indivíduos, bem como se alinhar com esses princípios fundamentais presentes na CRFB/88, uma vez que o empregador deve estar em conformidade com esses dispositivos para que haja a prevenção a possíveis lesões ao trabalhador desde a fase pré-contratual.

Como observa Eça e Fonseca (2021):

A LGPD, portanto, vem ocupar esse espaço ao visar proteger o direito de privacidade. Seu escopo alinha-se à tutela de direitos fundamentais ao, em tese, compatibilizar-se com a dignidade da pessoa humana (CF/1988, art. 1º, III), com os valores sociais do trabalho (CF/1988, art. 1º, IV), a tutela dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem dos trabalhadores (CF/1988, art. 1º, X) e ao sigilo de dados (CF/1988, art. 1º, XII). Ademais, a LGPD coaduna-se com o princípio da proteção, extraído do art. 7º da CF/1988, com a lembrança de que o rol desse dispositivo também possui natureza de direitos fundamentais. (EÇA E DA FONSECA, 2021, p. 514)

Percebe-se, portanto, que existem dez fundamentos norteadores presentes no seu artigo 6º⁵, o qual destaca no seu caput a prevalência da boa-fé atrelada à observância de princípios necessários como o da finalidade, adequação, transparência, não discriminação - nos incisos I, II, VI e IX, respectivamente, os quais incidem diretamente na dignidade da pessoa humana.

Logo, pode-se sustentar que a LGPD serve para garantir e salvaguardar os dados pessoais, em razão do compartilhamento destes ter se tornado comum, muitas vezes sem o conhecimento do titular. Seguindo essa perspectiva, destaca-se o art. 2º da referida Lei, o qual disciplina a proteção de dados pessoais, prevendo o respeito à honra, à imagem, aos direitos humanos e à dignidade

No que diz respeito à dignidade e à privacidade, deve-se salientar que as empresas negligenciam esses fundamentos, pois ao coletar os dados de cunho sensível e usá-los para treinar Inteligências Artificiais, ferem as normas expressas da LGPD.

⁵ BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 14 de julho de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF.

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

Isto posto, com o intuito de explicitar tal entendimento, de acordo com Rocha; Mansur e Jevaux (2021), observa-se o caso da empresa *Activision Blizzard*, a qual monitorava seus empregados com o objetivo de saber quando estes pretendiam engravidar:

No início deste ano, por exemplo, foi relatado que a *Activision Blizzard*, uma empresa de videogames, estava incentivando seus funcionários a usar aplicativos de planejamento familiar. Esses aplicativos então compartilhavam informações de usuários com a empresa para que pudessem acompanhar quantos de seus funcionários estavam tentando engravidar. E testes feitos pelo *The Wall Street Journal* em fevereiro descobriram que o *Flo Period & Ovulation Tracker* informou o Facebook quando um usuário estava menstruando ou com a intenção de engravidar. (ROCHA; MANSUR; JEVAUX, 2021, p. 322).

Outrossim, na fase pré-contratual, nota-se que os efeitos normativos da LGPD já incidem, em razão de práticas abusivas pelo empregador serem proibidas como requisito de contratação. Nesse contexto, afirma-se que a coleta de informações pessoais que podem levar a um caráter discriminatório de qualquer natureza entre os candidatos, por exemplo, exames toxicológicos, testes de gravidez, atestado de antecedentes criminais e análise de crédito não podem servir de argumentação para a seleção e admissão do candidato para determinada vaga de emprego, ou seja, não podem constituir caráter classificatório, com exceção de profissões específicas que permitem o uso de tais requisitos, mas são legalmente reguladas.

A título de exemplo, pode-se citar a checagem de antecedentes, por meio dos processos de *background check e pre-employmente vetting*, os quais incluem diversas verificações de aspectos da vida do candidato. É considerado uma espécie de triagem, a qual deve seguir o mesmo padrão entre os indivíduos, a fim de evitar ao máximo qualquer forma de discriminação.

Nesse viés, a LGPD veio para integrar lacunas no ordenamento jurídico frente à grande necessidade de uma maior proteção legal àqueles que dispõem dos seus dados, seja de modo virtual ou presencial.

Acerca do assunto, Ferreira; Falcão e Bizzocchi (2022) afirmam que:

Conforme já elucidado, a LGPD surgiu exatamente pela necessidade de o Poder Judiciário brasileiro preencher essa lacuna jurídica, uma vez que a proteção do disponibilizador de dados, em meio virtual, restava prejudicada em face da facilidade de reconhecimento de dados. Nesse contexto, o cenário anterior à vigência da Lei nº 13.709/2018^[1] era marcado pelo uso de plataformas digitais como meios para a prestação de serviços e lazer, os quais exigiam de seus usuários informações pessoais cuja privacidade não era respeitada. (FERREIRA; FALCÃO; BIZZOCCHI, 2022, p. 3)

Observa-se que no tocante à proteção do trabalhador, pode-se destacar as inúmeras evoluções que surgiram com as modificações no direito do trabalho e na CLT. Entretanto, no âmbito da preservação dos dados, o direito não possuía normas que abrangesse essa temática. Por conseguinte, notou-se a necessidade da inserção da LGPD como uma forma de complementação, haja vista que há uma grande relevância no que diz respeito à forma de tratamento de dados nas relações entre empresa e trabalhador. Diante disso, mesmo que a LGPD não tenha seção específica sobre a relação de trabalho, fica evidente que os seus efeitos são válidos para garantir a tutela da dignidade do trabalhador na fase pré-contratual.

Nessa fase, ocorre o primeiro contato do candidato com o empregador, a qual é realizada, muitas vezes, por recrutadores, pelo departamento pessoal e por empresas especializadas, que irão realizar a análise do currículo, entrevistas e a posterior escolha para a vaga de emprego. Nesse momento, o empregador poderá solicitar o nome completo, o estado civil, a data de nascimento, o nível de escolaridade, o número do CPF, a numeração do RG, o endereço de domicílio, contato telefônico, e-mail pessoal ou corporativo, entre outras informações realmente pertinentes para uma possível contratação.

Diante dessa perspectiva, pode-se afirmar que o titular dos dados deve ter todos os seus direitos assegurados, tal como o consentimento, que de acordo com o art 5º, XII, da LGPD, essa ação é uma manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

Todavia, como já demonstrado acima, em muitas ocasiões, quando são coletados dados de cunho particular de candidatos que submetem seus currículos a processos seletivos de emprego, determinadas informações presentes nesses dispositivos são consideradas de natureza sensível. Por exemplo, informações referentes à origem racial ou étnica, convicção religiosa, vida sexual, opinião política, entre outros.

Nessa ótica, no momento que uma empresa começa a automatizar as suas seletivas de emprego, alimentando e treinando um sistema de Inteligência Artificial, passam a inserir dados sensíveis na filtragem do banco de dados gerais que eles possuem, os quais se caracterizam como informações de caráter da vida privada do indivíduo e, conseqüentemente, se tornam requisitos discriminatórios para a seleção e classificação dos futuros empregados daquela empresa.

Isto posto, pode-se afirmar que é evidente a importância da aplicação correta da referida Lei para que haja uma maior segurança jurídica na esfera trabalhista, pois, de acordo com Gusmão (2021, p.343) “nota-se, destarte, uma preocupação do legislador tanto com o

tratamento direto quanto com o compartilhamento dos dados pessoais, questão a ser observada, evidentemente, igualmente na seara laboral.”

À vista disso, as empresas usufruem de dados que não são necessários para qualificar seus empregados, logo, não estão cumprindo com as diretrizes que a LGPD regula. Por conseguinte, fere preceitos Constitucionais, tal como a dignidade da pessoa humana - no caso em evidência dos trabalhadores. Seguindo essa perspectiva, na fase pré-contratual, mesmo que ainda não haja um contrato de trabalho firmado, é importante que exista a anuência do consentimento do candidato para que a empresa trate os dados da maneira correta.

Ademais, à luz da LGPD, Lei 13.709, o artigo 7º traz hipóteses acerca dos requisitos para o tratamento dos dados pessoais, os quais pode-se elencar:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;⁶

Atrelado a isso, é pertinente evidenciar que o tratamento de dados pessoais deve respeitar a boa-fé, a finalidade e o interesse público, sendo, assim, a exigência do consentimento do titular poderá ser dispensada para os dados tornados públicos por ele. Porém, mesmo estes dados sendo públicos, só podem ser utilizados com esse fim, respeitando, assim, a justificativa para a sua disponibilização.

Outrossim, essa eventual dispensa do consentimento não isenta os operadores dos dados das demais obrigações conhecidas na Lei, destacando, assim, a importância de verificar a devida observância dos direitos gerais do titular dos dados, como o respeito à dignidade.

Conveniente ressaltar, ainda, que o uso da Inteligência Artificial, por parte das empresas, deve cumprir, desde a etapa que antecede a contratação de fato, os princípios da LGPD a fim de mitigar os riscos e assegurar o uso correto dos dados. Apesar de se tratar da fase pré-contratual, os efeitos da proteção dos dados já existem e são necessários desde esse momento, visto que incontáveis dados pessoais de diversos candidatos são levantados pelas empresas.

⁶ BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 14 de julho de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

À vista disso, como explicado anteriormente, determinados exames solicitados pelas empresas a seus candidatos como requisito para a vaga violam diretamente fundamentos da LGPD. Nesse sentido, uma vez que se essas coletas de dados não estão estritamente ligados com o tipo de cargo que o indivíduo irá exercer, não há justificativa para a demanda, pois estes não podem servir como critério discriminatório para a seleção do candidato.

Um ponto relevante a ser analisado é a circunstância na qual consiste o fato da LGPD guiar e estabelecer as diretrizes para o processo de coleta de dados de maneira correta, não utilizando os dados sensíveis. Todavia, entende-se que para casos de descumprimento das normativas da legislação supracitada, ainda não é possível punir o empregador por meio desta. Para tanto, busca-se uma possível utilização do direito do trabalho para complementar e poder punir os empregadores em casos de danos extrapatrimoniais.

Em razão disso, faz-se necessário o uso das regras e fundamentos gerais presentes nos artigos 223-A, 223-C e 223-E da CLT, o primeiro elucida a aplicação da reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho. Além disso, o art. 223-C elenca que os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física são a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física. Ademais, o art. 223-E esclarece que são responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Diante do exposto, deve-se explicitar que a entrega de dados pessoais do empregado ao empregador na fase pré-contratual decorre de obrigação legal, ou seja, serve para que o trabalhador seja beneficiado com os recolhimentos e para que o Estado possua o controle fiscal. Entretanto, em razão da legislação não estabelecer o tempo no qual os dados coletados poderão ser mantidos pelo empregador e, também por não possuir critério determinado, gera uma insegurança e vulnerabilidade ao futuro empregado.

Contudo, vale reforçar que por mais que não haja na legislação um período fixado na Lei no qual os dados possam ficar à disposição da empresa e sendo usados em um banco de dados, o empregador não pode armazenar tais informações de modo indeterminado, ou seja, sem uma previsão de apagar aquele material.

Tal conjuntura cria a possibilidade de existirem violações à privacidade e à intimidade. Consequentemente, esse contexto abre lacunas para ocorrência de discriminações na fase pré-contratual, visto que pode ocorrer uma distinção de tratamento discriminatória entre os candidatos, por exemplo, preconceito religioso, racial, de classe, de sexualidade e

gênero. Diante disso, evidencia-se que esse cenário incide no descumprimento de preceitos constitucionais, assim como de diretrizes da LGPD, como resta explicitado acima.

Diante disso, elucida Accioly (2018, p. 255-264) que : “A coleta de dados realizada pelo empregador tem por fundamento a aferição da capacidade profissional do empregado, para assim obter maior eficiência na organização dos ativos trabalhistas.”

Essa coleta de dados deve ser feita com o único objetivo de verificar a aptidão profissional da pessoa, para isso não há necessidade de usar dados que sejam da ordem da vida privada. Nesse viés, torna-se extremamente importante demonstrar a lógica da Inteligência Artificial dentro desse parâmetro, uma vez que ela legitima o descumprimento das normas supracitadas da LGPD desde a fase pré-contratual, pois a coleta de dados feita pelas empresas é aplicada no sistema da IA e, por conseguinte, atingem os dados sensíveis.

Tal atitude resulta na violação de regras gerais previstas na Lei Geral de Proteção de Dados e, por consequência, na dignidade do trabalhador e no seu real valor laboral. Por essa razão, crê-se que a melhor maneira de harmonizar essa Lei com o uso de dados na fase pré-contratual é priorizando o uso unicamente de informações relacionadas com a capacidade profissional do candidato.

Comprova-se que a empresa apenas poderá compatibilizar as suas condutas com as diretrizes da LGPD cumprindo os seus critérios normativos, desde a fase pré-contratual da relação de trabalho. Dessa maneira, para que seja resguardada a dignidade do trabalhador e a sua privacidade, não deve ocorrer o uso indevido e desenfreado dos seus dados.

Em suma, a utilização adequada quanto ao tratamento das informações dos seus candidatos é o modo que o empregador terá para garantir os direitos do trabalhador e operar uma conduta correta de acordo com as obrigações legais.

4 A PREVENÇÃO E A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

Com o intuito de proteger a dignidade e a intimidade do candidato, garantindo, assim, o respeito a preceitos constitucionais e à LGPD, é fortemente aconselhável que as empresas se adequem à Lei. Logo, evidencia-se que tais diretrizes devem ser seguidas de maneira efetiva, a fim de que possuam uma organização de gestão dos dados, a qual tenha como foco a preservação de informações dos dados pessoais e a não utilização de dados sensíveis.

Como desdobramento do texto constitucional, o direito à privacidade foi reconhecido como um direito fundamental intrínseco a todos. Dessa maneira, não restam dúvidas que com as diversas mutações da sociedade, o direito possui a necessidade de seguir e se adequar às

novas realidades para proteger os indivíduos de possíveis violações. Posto isto, nota-se que o direito à privacidade e à intimidade se encontram presentes nas variadas transformações sociais, assim, devem ser sempre considerados como princípios basilares para a proteção da dignidade humana.

Ao relacionar esse entendimento à seara laboral, compreende-se que as empresas que possuem o sistema da Inteligência Artificial como método de agilizar a contratação de empregados, não podem usar os dados sensíveis que serão captados por esse programa com um caráter classificatório para a seleção do candidato, uma vez que devem estar em conformidade, principalmente, com os princípios fundamentais da CRFB/88 e, conseqüentemente com a LGPD.

Ante o exposto, pode-se afirmar que é por meio desta Lei supracitada que o legislador irá expor uma determinação diante da preservação da privacidade e do tratamento dos dados, destinando para as empresas a responsabilidade pela tutela dessas informações.

Nessa perspectiva, o cuidado que as empresas necessitam ter com a privacidade dos seus possíveis empregados é elucidado por Souza (2020)

O acesso a dados pessoais, pelo empregador, configura-se em verdadeira obrigação legal. Serve como instrumento à própria operacionalização da relação de trabalho, mas a sua guarda e tratamento, a partir de então, explicitamente passa a estar adstrita a condições adequadas de uso e guarda, as quais descumpridas, parecem poder violar a privacidade do empregado e ocasionar danos da natureza moral, a serem apuradas em sua existência e extensão, caso a caso. (SOUZA, 2020, p. 10)

Ao adentrar mais a fundo na questão levantada, com o monitoramento das atividades da empresa é possível realizar um melhor acompanhamento do direcionamento que é dado às informações obtidas dos futuros empregados. Dessa forma, há um maior zelo pela transparência, finalidade e necessidade com tais dados à luz dos princípios da LGPD. Diante dessa conjuntura, torna-se evidente explicitar o uso da Inteligência Artificial no que se refere à coleta de dados na fase pré-contratual. Tal sistema busca automatizar e agilizar a seleção dos candidatos, o qual é sustentado pela própria empresa com o material adquirido por meio dos currículos submetidos.

Portanto, destaca-se que após o término do processo seletivo, os dados referentes aos candidatos não selecionados deverão ser excluídos e não devem ser mantidos por tempo indeterminado. Ademais, os que forem escolhidos à vaga devem ter a finalidade do uso dos seus dados respeitada. Nesse sentido, observa-se que dessa maneira as diretrizes da LGPD e os princípios constitucionais supracitados serão garantidos na fase pré-contratual.

Nessa lógica, entende-se que a LGPD atribui diversas obrigações aplicáveis à seara laboral. Além disso, para aqueles que descumprem essas diretrizes e, conseqüentemente, violem a privacidade e a intimidade dos trabalhadores é previsto o dever de indenizar, visto que o tratamento dos dados se encontra amparado por tal Lei. Logo, essas atitudes de violação e obrigações não podem ser desprezadas e nem relevadas.

Para sanar as dificuldades e os descumprimentos que esse dispositivo jurídico enfrenta, como demonstrado nos tópicos acima, pode-se citar o uso do *data mapping*, o qual consiste em um processo de realização de um inventário de todos os dados coletados para que os titulares tenham ciência de como estão sendo usados. A partir da adoção dessa medida, torna-se possível examinar quando determinada empresa está de acordo com as normas da LGPD no que se refere à privacidade de dados coletados por ela. Conforme elucidado, essa adequação traz uma maior proteção ao trabalhador, pois estará resguardado legalmente de possíveis lesões do empregador.

No que diz respeito à automatização dos processos seletivos por meio da Inteligência Artificial e o recolhimento de dados pessoais de candidatos na fase pré-contratual, percebe-se que nessa captação faz-se necessário assegurar ao possível contratado que apenas serão utilizadas as informações pertinentes para determinada contratação.

Ilustra-se, portanto, as profissões que possuem a necessidade de apresentar determinado documento, o qual atinge a privacidade do indivíduo selecionado ao emprego. Nesses casos, existe uma previsão legal para legitimar a solicitação deste referente à posse do cargo, por exemplo a certidão de antecedentes criminais que apenas é requisitada quando o profissional precisar provar a fidedignidade para o emprego. Já em uma função que não se enquadre nessa condição específica, o indivíduo não tem o dever de comprovar esse critério, haja vista que implicaria no recolhimento de dados sensíveis.

Nesse viés, destaca Stürmer e Dorfmann (2021):

Na fase inicial, chamada de fase pré-contratual, o empregado disponibiliza ao empregador seus dados pessoais por meio do currículo. A fase pré-contratual proíbe qualquer espécie de questionamento ou coleta de dados de cunho discriminatório, como exame de gravidez, antecedentes criminais, entre outros. (STÜRMER; DORFMANN, 2021, p. 478).

A fim de cumprir com as obrigações previstas na Lei Geral de Proteção de Dados, as informações captadas devem não somente ter uma finalidade específica, como também ficarem armazenadas por um tempo determinado. Desse modo, torna-se importante que para proteger a dignidade do trabalhador, a empresa deve buscar uma alternativa viável para

garanti-la. Por conseguinte, evidencia-se a importância de a empresa desenvolver um documento que conste, expressamente, os dados pessoais que serão coletados com a sua devida finalidade.

Ademais, deve constar também que não serão usados os dados sensíveis, principalmente com um caráter discriminatório, tampouco serão utilizadas pelas empresas que possuem o sistema da IA para acelerar o processo de contratação. Para confirmar isso, é importante constar no documento quais informações são necessárias para o exercício de determinada profissão, com o objetivo de o candidato indicar a sua concordância com a coleta e utilização dos seus dados. Consequentemente, pode-se afirmar que é uma maneira efetiva de garantir a dignidade do trabalhador na fase pré-contratual.

Observa-se, portanto, a extrema relevância das empresas implementarem tal medida, haja vista que elas não podem aplicar o uso de dados privados desprovidos de nexos com o emprego pretendido, em razão de configurar uma violação aos direitos fundamentais supracitados do trabalhador. Nesse sentido, a maneira como a empresa irá tratar os dados que serão utilizados deve ser documentada e assinada entre as partes, com o intuito de o candidato possuir mais segurança no que diz respeito às suas informações pessoais.

Essencial, ainda, destacar que caso a empresa não cumpra com a proteção dos dados pessoais dos candidatos, ocorrerá a violação da intimidade e da privacidade destes. Dessa forma, caso tenham assinado, previamente, o documento no qual possui as cláusulas sobre o tratamento dos dados e se elas forem descumpridas, o candidato poderá ajuizar uma ação em face da empresa pleiteando indenização por danos morais acerca da violação cometida em relação às suas informações sensíveis, uma vez que servirá de comprovação para resguardar os seus direitos.

Outrossim, torna-se importante possuir uma cláusula no documento que seja direcionada para os candidatos que não forem selecionados para a vaga de emprego, a qual afirme que seus dados não serão mais utilizados e não serão mantidos no banco de dados. Arelado a isso, os candidatos que participarem dos processos seletivos por meio de empresas contratadas para tal serviço de intermediação, como o CIEE, deve ser informado o modo como irão ser mantidos e tratados os seus dados para futuros processos de emprego.

O objetivo é a proteção dos direitos inerentes à dignidade do trabalhador. Por essa razão, a existência desse documento assinado pelo candidato e pela empresa serve tanto para prevenir possíveis descumprimentos aos direitos destes, quanto para legitimar um possível ajuizamento de ação em prol do candidato. Consequentemente, ressalta-se a importância de

ser cumprido, com o intuito de proteger ambas as partes à luz das diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados.

A previsão do artigo 6º da LGPD elenca os princípios da finalidade, necessidade e segurança, os quais as empresas, principalmente as que utilizam o sistema da IA para a filtragem dos seus candidatos devem estar de acordo para não cometerem violações a preceitos constitucionais. Nesse contexto, o primeiro trata da forma como os dados devem ser usados, de maneira específica desde o momento do recolhimento, que deve estar em conformidade com o ordenamento jurídico.

Por sua vez, o princípio da necessidade pretende limitar o tratamento, de tal forma que use apenas o mínimo necessário para cumprir com a finalidade, de maneira proporcional, pertinente e não excessiva.

Outrossim, o princípio da segurança prevê a proteção dos dados contra risco de acesso por pessoas não autorizadas ou situações acidentais por meios técnicos e administrativos adequados. Além disso, este princípio tem o objetivo de proteger contra atos ilícitos de extravio, destruição, modificação, transmissão, ou acesso não autorizado. Diante o exposto, evidencia-se a compatibilização desse artigo da LGPD com a fase pré-contratual no mercado de trabalho, uma vez que visa a proteção do direito à privacidade.

A partir de uma análise do artigo 8º da LGPD, é fundamental verificar o modo de aplicação do tratamento de dados pessoais no momento que antecede a contratação. Elucida sobre o consentimento do titular de manifestar a concordância com o tratamento de maneira prévia, no qual o candidato irá declarar a sua anuência com o processamento dos dados para as finalidades específicas de cada processo seletivo.

Além disso, é válido demonstrar o artigo 10º da LGPD, o qual elenca o legítimo interesse incluindo o recolhimento de informações de identificação do indivíduo, ação na qual não é permitido introduzir no processo de seleção dados pessoais sensíveis. Nesse sentido, constata-se a existência da relação com o direito do trabalho, pois há o legítimo interesse da empresa em colher informações dos candidatos com o objetivo de alimentar o sistema de Inteligência Artificial para filtrar e automatizar seu processo de contratação.

Entretanto, tal procedimento deve estar em consonância com a diretriz supracitada, considerando situações concretas para basear o recolhimento e tratamento de dados pessoais, respeitando, assim, o princípio da finalidade e o princípio da necessidade.

Ressalta-se que o empregador que desrespeitar os limites do tratamento de dados contraria o princípio da boa-fé objetiva presente no art.6º da LGPD, que consiste em uma regra obrigatória do Direito do Trabalho, o qual possui como direcionamento os deveres de

cooperação e lealdade entre as partes. Por essa razão, torna-se imprescindível que as empresas as quais utilizam o sistema de IA, respeitem tais dispositivos legais a fim de garantir a dignidade do trabalhador.

No que tange ao respeito à privacidade dentro do pacto laboral, destaca Rocha; Mansur e Jevaux (2021) que:

O direito à privacidade constitui um direito fundamental que, assim como os demais direitos já citados, fazem parte da extensa gama de cláusulas pétreas, que devem ser garantidas a fim de preservar a dignidade da pessoa humana do trabalhador e, com isso, garantir maior aproveitamento no ambiente laboral. (ROCHA; MANSUR; JEVAUX, 2021, p. 405)

Constata-se que os empregadores devem adequar suas ações para que os dados sejam fornecidos de forma consentida e de acordo com a legítima necessidade, pois a LGPD determina a necessidade do tratamento dessas informações de modo apropriado objetivando, assim, a proteção aos direitos da personalidade dos trabalhadores.

Assim, há a necessidade de garantir o efetivo direito e as garantias universais na seara laboral, salvaguardando os direitos humanos na relação empregado e empregador. Por conseguinte, a fim de projetar um ambiente de trabalho equilibrado e harmônico, principalmente no tocante à privacidade e à inviolabilidade de dados do trabalhador. Logo, devem ser garantidos, independentemente de sexo, raça, nacionalidade, respeitando os dados dos trabalhadores dentro dos limites e hipóteses presentes na LGPD.

Dessa maneira, evidencia-se que não há dignidade se os dados pessoais são coletados de forma indevida. Por essa razão, a privacidade do candidato à vaga de emprego deve ser tutelada em prol de condições laborais justas, haja vista que o trabalho está diretamente ligado com a dignidade do indivíduo.

Conclui-se que a proteção dos dados pessoais está associada à proteção existencial do indivíduo, haja vista que o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado pilar fundamental do Estado Democrático de Direito. Em razão disso, é de suma importância a harmonização das diretrizes da LGPD juntamente aos fundamentos da CRFB/88, com o intuito de o futuro trabalhador ter todos os seus direitos protegidos desde a fase pré-contratual do trabalho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, o presente artigo buscou analisar, a partir do advento das transformações tecnológicas no mundo, como a Lei Geral de Proteção Dados compatibilizada

com a CRFB/88 pode proteger a dignidade do trabalhador na fase pré-contratual do trabalho, principalmente quando há a inserção dos sistemas de Inteligência Artificial no momento da análise de currículos para a contratação de candidatos para determinado emprego.

Nesse viés, demonstrou-se a abrangência dos efeitos da LGPD no mercado de trabalho, englobando a tutela da dignidade do trabalhador a partir da proteção dos seus dados e a maneira como a empresa irá tratá-los. Nesse contexto, no que diz respeito à concepção do sistema da IA, nota-se que quando há a coleta de dados para a análise curricular com o objetivo de contratar empregados, ocorre, muitas vezes, a captação de dados sensíveis. Consequentemente, podem acabar avaliando características não pertinentes a vaga, tal conduta pode ocasionar a discriminação de candidato.

Dessa forma, buscou-se preservar os titulares desses dados de possíveis violações, ou seja, caso isso ocorra, mostra-se que a responsabilidade dos danos gerados com essa utilização é da empresa, sendo cabível o ajuizamento de uma ação para o resguardo dos seus direitos. Logo, salvaguardando a dignidade do trabalhador desde a fase pré-contratual, uma vez que este é o momento em que os dados pessoais serão fornecidos e analisados.

Por essa razão, durante a seleção dos candidatos, os dados sensíveis que forem captados pelo sistema da IA não podem ser utilizados, uma vez que desrespeitaria os preceitos constitucionais supracitados. Em decorrência disso, as empresas devem harmonizar suas diretrizes com as normas jurídicas da CRFB/88 e da LGPD.

Entretanto, ressalta-se que ainda há certas lacunas a serem preenchidas no ordenamento jurídico a fim de minimizar as consequências de discriminações na análise de currículos no processo seletivo. Isto posto, comprova-se que a LGPD serve para complementar as omissões acerca da privacidade e a inviolabilidade dos dados na seara laboral, para que não haja a ocorrência de análises discriminatórias no momento de seleção do trabalhador para determinada vaga.

Diante disso, pode-se afirmar que a LGPD trouxe inúmeras vantagens ao trabalhador, a partir de uma perspectiva da efetiva garantia dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Pois, nota-se que tal Lei objetiva a regulamentação das condutas de tratamento dos dados pessoais e sensíveis dos titulares, uma vez que qualquer violação recairia no desrespeito à dignidade do trabalhador.

Por fim, conclui-se que mesmo com o fato de a LGPD não possuir dispositivos específicos direcionados ao contrato de trabalho, comprova-se que a sua compatibilização com a seara laboral é válida e necessária. Isto posto, observa-se que a sua aplicação deve ocorrer de maneira flexível com o intuito de proteger os direitos dos trabalhadores e,

consequentemente, garantir uma maior segurança jurídica para ambas as partes, prevenindo possíveis descumprimentos de princípios norteadores do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Clara Lacerda. **A proteção de dados do trabalhador: o direito do trabalho constitucionalizado e seu diálogo com o direito à privacidade**. Revista dos Estudantes de Direito da UNB, Brasília, Edição comemorativa de 30 Anos da Constituição Federal de 1988, n. 15, p. 255-264, 2018. Disponível em: <http://ojs.bce.unb.br/index.php/redunb/article/view/31512/21784>.

BRASIL. **Decreto Lei nº 5.452**, de 01 de Maio de 1943. Consolidação Das Leis Do Trabalho. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/173000244/artigo-223a-do-decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-194>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**, de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de nov de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 14 de julho de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

CIEE. **O que é o CIEE**. Brasil. Disponível em: <https://www.somosciee.ciee.org.br/o-que-e-o-ciee/>. Acesso em: 27/10/2022.

Cf. BERNSTEIN, Corine. Employee vetting. Search HR Software, Jun. 2019. Disponível em: <https://searchhrsoftware.techtarget.com/definition/employee-vetting>. Acesso em: 15 de nov de 2022.

MOURA EÇA, Vitor Salino. GOMES BORGES DA FONSECA, Bruno. **Lei Geral de Proteção de Dados Versus Autonomia da Vontade do Empregado: Uma Análise a Partir da Natureza da Relação de Emprego**. Coleção Direito Digital e LGPD - Volume 1. Brasil. 2021, p. 505 - 521.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. New York: Penguin Random House, 2016. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4605464/mod_resource/content/1/%28FFLCH%29%20LIVRO%20Weapons%20of%20Math%20Destruction%20-%20Cathy%20O'Neal.pdf. Acesso em: 14 de nov de 2022.

OPICE BLUM, Renato; GUIMARÃES VIEIRA, Guilherme; FARIA LIMA OPICE BLUM, Renata. **Uso da Inteligência Artificial no Tratamento Automatizado de Dados Pessoais e a Proteção da Dignidade da Pessoa Humana**. Coleção Direito Digital e LGPD - Volume 1. Brazil. 2021, p. 63 - 78.

PECK PINHEIRO, Patrícia; LOTUFO, Larissa. **Direito do Trabalho e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): Como Compatibilizar os Entendimentos?**. Coleção Direito Digital e LGPD - Volume 1. Brazil. 2021, p. 445 - 464.

PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. **Os Sujeitos da Lei Geral de Proteção de Dados**. Coleção Direito Digital e LGPD - Volume 1. Brazil. 2021, p. 79 - 94.

ROCHA IANNOTTI, Cláudio. FERREIRA MANSUR, Maria Júlia. ALVEZ JEVAUX, Guilherme. **A Análise Discriminatória de Currículo por Inteligência Artificial e os Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados**. Coleção Direito Digital e LGPD - Volume 1. Brazil. 2021, p. 319 - 336.

SOUZA, Tercio. **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – Lei nº 13.709/2018, a adequada custódia de dados pessoais na relação de emprego e o dever de indenizar do empregador**. *Trabalho em Debate*, 1º out. 2020. p.10. Disponível em: <http://www.trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/por-tercio-souza-a-lei-geral-deprotecao-de-dados-pessoais-lgpd-lei-no-137092019-a-adequada-custodia-de-dadospessoais-na-relacao-de-emprego-e-o-dever-de-indenizar-do-empregado>. Acesso em: 07 nov. 2022.

DIREITOS HUMANOS ENTRE JUSNATURALISMO E POSITIVISMO: UMA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS COMO DIREITOS NATURAIS

JUSNATURALISM AND POSITIVISM: A DEFENSE OF HUMAN RIGHTS AS NATURAL RIGHTS

Recebido em	29/11/2022
Aprovado em	05/12/2022

Matheus Bellard Pereira Mariuba ¹
Lucas do Couto Gurjão Macedo Lima ²

RESUMO

Na primeira metade do século XX, a humanidade presenciou um de seus mais tenebrosos e sombrios períodos, ocasionado por meio da ascensão dos regimes totalitários, tendo como destaque principal o Partido nazista, chefiado por Adolf Hitler. Este movimento se utilizou do ordenamento jurídico alemão para legitimar e realizar as mais diversas atrocidades, visando sempre exterminar quem contrariasse a sua ideologia autoritária, eugênica, racista e extremamente injusta. Durante esse período, o direito tornou-se uma ferramenta fundamental para que os líderes do Terceiros Reich pudessem colocar em prática os seus planos e objetivos. O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise crítica sobre a razão de o direito positivo precisar necessariamente estar vinculado à moralidade. Dessa forma, sustenta-se que não basta apenas que uma determinada norma tenha cumprido com seus requisitos político-formais, mas que deva manifestar, de alguma forma, a virtude moral da justiça. Assim, deflagra-se a importância de uma teoria que lance um olhar moral para o funcionamento do direito em contraposição às teorias meramente descritivas que buscam identificar e validar o direito apenas com critérios formais e procedimentais. Dessa forma, utilizar-se-á o método comparativo entre a Teoria Pura do Direito, proposta pelo positivista Hans Kelsen, em face da teoria filosófica jusnaturalista defensora dos direitos humanos, baseando-se como cerne desta discussão o direito empregado durante a Alemanha nazista.

Palavras-chave: Jusnaturalismo; positivismo; direitos humanos; moral; lei natural.

ABSTRACT

In the first half of the 20th century, humanity was able to witness one of its darkest and darkest periods, caused by the rise of totalitarian regimes, with the main highlight of the National Party of German Workers, led by Adolf Hitler, also known as the Nazi Party. This

¹Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (2023); Pós-graduando em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Id Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6292061560526561>. Id Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-0658-2624>. Email: mathbellard@hotmail.com.

² Professor da Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), na linha Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos. Doutorando em Direitos pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

movement used the German legal system to legitimize and carry out the most diverse atrocities, always aiming to exterminate those who contradicted its authoritarian, eugenic, racist and extremely unfair ideology. During this period, the law became a fundamental tool for Third Reich leaders to put their plans and objectives into practice. The present work aims to carry out a critical analysis on why positive law must necessarily be linked to morality. In this way, it is argued that it is not enough that a certain norm has complied with its political-formal requirements, but that it must somehow manifest the moral virtue of justice. Thus, the importance of a theory that casts a moral look at the functioning of law as opposed to merely descriptive theories that seek to identify and validate the law only with formal and procedural criteria is highlighted. In this way, the comparative method will be used between the Pure Theory of Law, proposed by the positivist Hans Kelsen, in the face of the legal naturalist philosophical theory defending human rights, using the law used during Nazi Germany as the core of this discussion.

Keywords: Jusnaturalism; positivism; human rights; moral; natural law.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de apresentar uma análise crítica e descritiva sobre uma problemática atual e grave acerca da aplicabilidade dos Direitos Humanos no contexto da diversidade e multiplicidade dos ordenamentos jurídico-positivos. O labor empregado busca descrever as argumentações de autores das escolas de filosofia do direito que disputam a fundamentação jurídica das teorias de direitos humanos, quais sejam, o juspositivismo defendido por Kelsen e o jusnaturalismo aristotélico-tomista.

O objetivo desta pesquisa é estudar sobre a validade das normas jurídicas e sua conexão com a moralidade, analisando a relação entre a moral e o direito. Para tanto, buscou-se comparar a visão positivista da teoria pura do direito de Hans Kelsen, que visa descrever o direito sem uma mistura com a moral, com as teorias de direito natural, que procuram ter uma maior relação entre ambos os campos.

O problema de pesquisa consiste em de que forma o jusnaturalismo desatrelado da moralidade pode inviabilizar a aplicação dos direitos humanos? Para investigar tal problemática, fora pesquisado entre diversos autores e teorias concebidas na filosofia do direito. Nessa toada, sustentou-se a incapacidade da teoria “Kelseniana” em viabilizar a aplicação de direitos universais frente aos ordenamento jurídico-positivo diverso dos países.

A metodologia de pesquisa empregada fora o método comparativo, a partir do qual, após prévia explanação inicial do pensamento positivista, buscou-se comparar com a teoria do jusnaturalismo tradicional e retirar conclusões fundadas nas premissas. A comparação valeu-se de diversos mecanismos acadêmicos como citações doutrinárias e descrições do pensamento “Kelseniano” e dos adeptos à teoria da lei natural.

2 TEORIA PURA DE HANS KELSEN

2.1 INTRODUÇÃO DA TEORIA DE HANS KELSEN

O Positivismo constituiu uma nova forma de pensar, surgida por volta do século XIX, tendo nesse período o grande desenvolvimento das ciências naturais, que possuía o método experimental como caminho necessário na busca pela verdade, tendo, assim, como consequência a negação da metafísica. Dessa forma, o positivismo jurídico surgiu por meio da transposição das linhas mestras do positivismo filosófico, tendo como a sua ideia primordial a rejeição de todos os elementos de abstração na área jurídica, em destaque o direito natural, por julgá-lo metafísico (SOUSA, 2022).

A expressão máxima atribuída ao positivismo jurídico, nesse viés cientificista, foi dada pelo teórico austríaco Hans Kelsen, que para muitos é considerado o maior nome dessa corrente jurídica. Kelsen, desde logo cedo de sua jornada acadêmica, apresentou certos conflitos com o teórico alemão Carl Schmitt, principalmente pelo fato de Kelsen ser judeu, e Schmitt, nazista (SOUSA, 2022).

Schmitt defendia que o chefe do poder executivo (presidente do reich) seria o guardião da constituição, cabendo a ele realizar o determinado controle de constitucionalidade, atribuindo uma natureza política a carta magna, diferentemente de como defendia Kelsen, que atribuía uma natureza jurídica para a constituição. Kelsen entendia que o presidente não poderia jamais ser o guardião da constituição, pois esse deveria ser controlado por ela. Sendo assim, Kelsen defendia que o controle de constitucionalidade deveria ser feito por um órgão independente dos poderes executivos e legislativos (SOUSA, 2022).

O objetivo do renomado jurista austríaco era analisar e propor os fundamentos e métodos da teoria do direito, atribuindo, assim, à ciência jurídica os métodos e objetivos próprios, que seriam suficientes para vencer confusões metodológicas, possibilitando uma autonomia científica para um jurista.

Portanto, com essa finalidade, Hans Kelsen propôs o princípio da pureza científica e metodológica como elemento norteador de sua teoria, ganhando enfoque em sua obra “Teoria Pura do Direito”, lançada no ano de 1934.

2.2 A PUREZA DA TEORIA DE KELSEN

O livro Teoria Pura do Direito, lançado ao final do ano de 1934, é uma das maiores (se não a maior) obras do autor. A teoria desenvolvida por Hans Kelsen procurou por “purificar” o direito, reduzindo-lhe a expressão do direito à norma jurídica, livrando, assim, qualquer seguimento que pudesse impedir uma análise pura, separando, desta forma, a política, a

religião, a metafísica, a moral, a ética, e outros meios que pudessem prejudicar essa perspectiva singular, como pode ser observado no capítulo I de Teoria Pura do Direito:

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: O que é e como é o direito? Mas já não lhe importa a questão de como dever ser o direito, ou como ele deve ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 2015, p. 1).

Kelsen procurou através da pureza conceder uma independência científica ao direito, atribuindo como foco do método e do objeto da ciência jurídica apenas a norma. Por meio da teoria pura, Kelsen buscou proporcionar autonomia, objetividade e neutralidade ao direito. Sendo assim, o objetivo principal desse renomado jurista foi criar uma teoria que buscava definir o Direito como ciência, para que não continuasse sendo abordado por outras, como por exemplo a filosofia, sociologia e política (KELSEN, 2015).

Kelsen tinha o intuito de centralizar a sua teoria somente no direito positivo, ou seja, na norma escrita em si, buscando apenas conhecer e descrever o Direito, desprezando os juízes que pudessem dar um valor externo à norma, como por exemplo se essa seria justa ou injusta, boa ou ruim, moral ou imoral, rejeitando o direito natural e conseqüentemente o jusnaturalismo, combatendo também a metafísica e, assim, compreendendo o Direito apenas como estrutura normativa. Logo:

[...] A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (wertfreie). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito [...] (KELSEN, 2015, p.77).

Para Hans Kelsen (2015), os fatos sociais e os valores, como por exemplo a justiça e a moralidade, não seriam fatores determinantes para declarar a legitimidade e validade do direito. Portanto, segundo a sua teoria, para uma norma ser válida e legítima bastava apenas seguir os requisitos formais necessários, independentemente, dessa maneira, a sua forma material, ou seja, o seu conteúdo. A norma jurídica poderia aceitar qualquer conteúdo, estando todos

obrigados a aceitar sua imperatividade, mesmo que essa possa ser considerada injusta, ruim ou imoral. Assim:

[...]Se a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a Moral e a ordem jurídica, então a exigência de separar o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral [...] (KELSEN, 2015, p.77).

Os fatos sociais responsáveis por dar origem a um direito positivo seriam objeto de estudo da ciência sociológica. Logo, para Hans Kelsen (2015), caberia ao direito somente aplicar as normas que existem em um determinado ordenamento jurídico, e não o estudo da causa que deram a criação de determinada norma.

Por fim, segundo o autor (KELSEN, 2015), quando uma norma adentra no mundo jurídico, não deve ser feito qualquer juízo de valor sobre ela, apenas juízo de direito, discutindo aspectos que pudessem analisar o seu cumprimento ou não aos requisitos formais. As normas moralmente injustas deveriam ser aplicadas da mesma forma que as normas moralmente justas, pois a valoração dos fatos e dos valores não afeta a juricidade das normas, sendo assim, a pureza de Kelsen concebe a norma posta como o único elemento essencial do direito, cuja sua validade independe de conteúdos alheios.

2.3 METODOLOGIA DA TEORIA (DESCRITIVA E NEUTRA)

Kelsen, ao longo de sua obra “Teoria Pura do Direito”, consegue, por inúmeras vezes, exprimir qual seria a metodologia que utilizaria para estudar o fenômeno jurídico, porém sua ideia está bastante clara logo no seu capítulo inicial, destacando, dessa maneira, a importância de seu método, que ele mesmo define como uma metodologia geral, descritiva e neutra. Kelsen, por ter se aproveitado de algumas ideias do Filósofo David Hume, dentre elas destaca-se a distinção entre os julgamentos de realidade (que seriam julgamentos claros, neutros e objetivos) e os julgamentos de valor (que seriam subjetivos e valorativos), buscou, por meio desses princípios, formar a sua outra ideia norteadora de sua metodologia, qual seja a de que iria conter-se unicamente e exclusivamente à descrição do direito por meio de uma teoria descritiva (KELSEN, 2015; SOUSA, 2022).

Dessa forma, a teoria de Kelsen utiliza como metodologia a forma descritiva, limitando-se basicamente em descrever e explicar o Direito como ele é, emitindo sobre o

estudo do direito apenas juízos de fato que pudessem constatar e explicar os elementos e as características do direito, como, por exemplo, o que é o direito e como ele é. Kelsen buscou rejeitar dentro de sua metodologia descritiva qualquer juízo de valor que pudesse ser feito. Para o autor, não importava se o Direito era justo ou injusto, bom ou ruim; sua metodologia consistiria apenas em descrever o direito como ele é, não como ele deveria ser.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito (KELSEN, 2015, p. 1).

Por fim, o último elemento metodológico a ser apresentado fora o aspecto da neutralidade do Direito, a qual sem ela não seria também possível apenas descrever o direito como ele é, sem qualquer juízo de fato. Por “neutralidade”, Kelsen (2015) procurou expurgar dentro do estudo de uma teoria jurídica todos os elementos que pudessem ser estranhos ao direito, bem como também os elementos de carácter valorativo (subjetivo) que pudessem estar fundamentados em crenças, valores, costumes e hábitos dos indivíduos, pois esses juízes estranhos e subjetivos surgem como uma forma de juízo de valor. Isso porque vai ao contrário à sua teoria descritiva que buscava fazer um estudo do Direito de forma neutra, sem qualquer interferência de outro ramo que não fosse o próprio direito, como por exemplo a religião, moral, economia, sociologia, política, dentre outras ciências.

Sendo assim, a neutralidade é apresentada no sentido de que Kelsen pretendia, por meio de sua teoria, separar do estudo do Direito tudo o que não fosse “especificamente jurídico”, sendo uma teoria jurídica de carácter valorativo neutra, a qual iria ser isento qualquer juízo de valor sobre o Direito, sendo possível realizar apenas juízo de fato (SOUSA, 2022).

2.4 VALIDADE POR PROCEDIMENTO FORMAL

Para Kelsen (2015), norma válida seria aquela que esteja seguindo os conformes estabelecidos pela norma hierarquicamente superior, cujo fundamento da validade é encontrado por meio da norma fundamental. Desse modo, todas as normas jurídicas que respeitam e remetem à mesma norma fundamental, atendendo aos mesmos critérios formais de validade, compõem exatamente o mesmo sistema, sendo, assim, consideradas válidas e por esse motivo devem ser obedecidas.

Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é - como veremos - uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem (KELSEN, 2015, p. 33).

Por conseguinte, Kelsen (2015) afirma incisivamente que as normas jurídicas se situam em um contexto de uma teoria de validade jurídica (teoria hierárquica), no qual as normas “inferiores” recebem a sua validade das normas mais elevadas e gerais, até que se chegue na norma básica, ou “*grundnorm*”, que confere validade para todo o ordenamento jurídico. Vemos, assim, que há uma cadeia de autorização em torno da norma básica, pois somente por meio dela é possível se atribuir a validade para as demais leis.

Em suma, para que uma norma possa ser considerada válida, essa deve ter sido produzida pela autoridade competente, seguindo um determinado formalismo procedimental devido, nos limites autorizados de conteúdo, e alcançar o tempo determinado para a sua vigência (KELSEN, 2015). A norma seria um comando legítimo e válido por parte do Estado, que é estabelecida por meio de sua autoridade, e o sistema jurídico seria justamente esse conjunto de normas aprovadas e legitimadas, não importando, desse modo, o seu conteúdo, se ela é justa ou injusta, mas, sim, apenas se havia passado pelas etapas formais e procedimentais estabelecidos pelo Estado (KELSEN, 2015). Senão, vejamos:

O fato de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, quer dizer, para ver a respectiva norma como vinculante em relação aos seus destinatários. Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas. (KELSEN, 2015, p. 216).

Assim sendo, o sistema jurídico seria estabelecido não apenas por uma norma válida em si, mas pela totalidade de normas que passaram pelo “crivo” estatal, que foram produzidas pela autoridade competente, em respeito as normas hierarquicamente superiores, sendo permitidas pelo Estado de adentrarem em um determinado ordenamento jurídico.

2.5 RESUMO DA TEORIA DE KELSEN

Em suma, é possível concluir que o Positivismo Jurídico defendido por Kelsen tem em sua origem uma ideologia mais ampla, chamada de Positivismo, que tinha como objetivo tratar as ciências humanas exatamente da mesma forma em que as ciências naturais eram

tratadas. Essas ciências possuíam o método descritivo como a sua principal forma de abordar a ciência, limitando-se apenas em descrever o objeto estudado. Por esse motivo, o positivismo jurídico enquanto método científico, pode ser definido como sendo puramente descritivo (SOUSA, 2022). Dessa forma, a teoria desenvolvida pelo austríaco buscou por “purificar” o estudo jurídico, reduzindo-lhe a expressão do Direito unicamente ao seu objeto, que seria a norma jurídica. Sendo assim, Kelsen rejeitou o Direito Natural e conseqüentemente o Jusnaturalismo, e por ser uma teoria científicista neutra, separou de seus estudos qualquer questionamento moral.

Dentro de seu método científico, destacou-se a importância da descrição do direito e a neutralidade. A descrição baseava-se no aspecto de que sua teoria seria descritiva, ou seja, iria apenas descrever o direito como ele é, abstando-se dessa forma de realizar um juízo de valor, como por exemplo se o direito é bom ou ruim, justo ou injusto, moral ou imoral (SOUSA, 2022). Kelsen utilizou-se dessa neutralidade para manter a Pureza tão almejada dentro de sua teoria jurídica, que conseqüentemente resguardaria uma outra característica de sua tese, que seria a neutralidade, onde seria expurgado dentro de sua teoria jurídica todos os elementos que pudessem retirar a pureza do Direito, bem como os elementos de caráter valorativo, que afetaria a neutralidade do estudo (SOUSA, 2022).

No pensamento de Kelsen, para uma norma ser válida bastava que tivesse seguido os determinados procedimentos formais estabelecidos pelo Estado, ou seja, que ela tivesse sido criada pela autoridade competente e respeitado as normas superiores, de onde seria retirada a sua validade. Portanto, o conteúdo da norma não importa, para que seja válida, pois validade depende da forma e não do conteúdo da norma.

O ímpeto de Kelsen exacerba na atenção dispensada para a formalidade procedimental como critério da validade jurídica de uma determinada norma. Dessa forma, ao tentar construir uma teoria que separa o dever jurídico do dever moral, acaba por legitimar exigências imorais, desde que essas passem por um procedimento estatal específico para criação normativa. O jusnaturalismo, ao contrário, destaca a moralidade e ordena o procedimento legiferante à concretização e à aplicação de preceitos morais prévios à elaboração da legislação positiva. Para os defensores do direito natural clássico, o critério imprescindível para a validade de uma norma jurídica é sua compatibilidade com a moralidade objetiva e universal, e não a mera adequação ao procedimento (SOUSA, 2022).

3 O DIREITO NAZISTA E SEU CONTEXTO

3.1 PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL

A Primeira Guerra Mundial, que ocorreu logo no início do Século XX, por meados do ano de 1914, pôs fim ao período de ouro europeu, também conhecido como “*Belle Époque*”, momento esse que reinava a paz entre os países do velho mundo. Porém, por meio da evolução tecnológica e com os Estados Modernos cada vez mais munidos de arsenais bélicos, possuindo armas de alta letalidade, consideravelmente superiores quando comparadas com as armas utilizadas nas guerras anteriores, seria inevitável uma futura e sangrenta batalha, que por sua vez foi iniciada com o advento da primeira guerra mundial, envolvendo as grandes nações e praticamente toda a Europa (HOBSBAWM, 2019).

No ano de 1919, após a primeira guerra, os países vencedores assinaram um tratado de paz que ficou mundialmente conhecido como Tratado de Versalhes, levando a Alemanha, perdedora da guerra, para uma profunda crise política, econômica e social. Assim, o cenário nacional germânico ficou marcado por um sentimento eufórico e de vingança, gerando um ambiente propício para a ascensão do cruel partido nazista.

3.2 TRATADO DE VERSALHES: O INÍCIO DO CAOS POLÍTICO, ECONÔMICO, SOCIAL E MORAL

Em 28 de Junho de 1919, a primeira Guerra Mundial chegaria ao seu fim, por meio da assinatura do famigerado Tratado de Versalhes, firmado pelos países vencedores deste conflito. Este tratado, disfarçado como um acordo de paz, deveria ter como o seu principal objetivo reestruturar o cenário europeu, que era desastroso para todos os países, inclusive os que saíram vitoriosos desta batalha, com exceção dos Estados Unidos (EVANS, 2017a). Contudo, verifica-se por meio do artigo 231 deste tratado, que seu intuito seria punir ainda mais a derrotada Alemanha, atribuindo-lhe a culpa desta catastrófica batalha, ao invés de procurar reestabelecer a ruínas em que se encontrava o continente europeu (EVANS, 2017a).

O real objetivo do artigo 231 do Tratado de Versalhes era legitimar a imposição, por parte dos aliados, de reparações financeiras punitivas à Alemanha, impedindo a sua reestruturação e o seu possível crescimento como potência. Como resultado, a Alemanha se enfraqueceu economicamente, pois teve de ceder aproximadamente mais de 2 milhões de toneladas de navios mercantes, 5 mil locomotivas, 136 mil vagões, 24 milhões de toneladas de carvões e muito mais, sendo necessário pagar as indenizações financeiras em ouro, por um período que seria estendido até um futuro distante (EVANS, 2017a)

Para impedir uma reconstrução do poder militar alemão, o país germânico teve de reduzir o seu exército a um contingente máximo de 100 mil homens, sendo banido de se utilizar de tanques, artilharia pesada e do recrutamento militar obrigatório, sendo que mais de 15 mil aviões, mais de 130 mil metralhadoras e uma enorme quantidade de equipamentos bélicos tiveram de ser destruídos. Todos esses fatores, dentre outras medidas, foram recebidos de maneira horrorizada pela maior parte dos alemães, pois o mesmo país que estava em uma crescente econômica desde a unificação, em 1871, encontrava-se internacionalmente desprestigiado, sendo brutalmente expulsos da categoria das grandes potências. (EVANS,2017a).

Portanto, foi neste contexto de crise política, econômica, social e moral que se estabeleceu uma atmosfera de trauma na Alemanha. A humilhação nacional após a guerra, o colapso imperial do antigo “Chanceler de ferro” e a ameaça comunista pareciam ser motivos justificáveis para implementar as mais diversas medidas radicais, gerando assim um ambiente extremamente favorável para a Ascensão de Adolf Hitler, juntamente com seus seguidores nazistas.

3.3 A ASCENSÃO DO PARTIDO NAZISTA

Com a humilhação decorrente do Tratado de Versalhes, juntamente com a grande depressão econômica no ano de 1929, a Alemanha encontrava-se em ruínas, como jamais teria sido visto em toda a sua história após a unificação. A miséria era generalizada, bem como o medo e o receio de momentos piores. Quanto mais o tempo passava, mais aumentava-se a raiva e a impaciência com o atual governo, responsável por não saber administrar o país naquela terrível e interminável crise (EVANS, 2017b).

Em todo tipo de crise, os discursos nacionalistas sempre acabam ganhando notória representatividade, como alternativa de contornar o deplorável contexto nacional, e com a Alemanha não foi diferente, abrindo-se, assim, um espaço propício para a ascensão de Adolf Hitler, futuro líder do Partido Nazista ao poder.

Hitler era um orador carismático e hipnótico, conseguindo atenção de todos que estivessem lhe ouvindo. O “*Führer*”, como era chamado, aproveitou esse momento de ódio e miséria para apresentar a propaganda eleitoral Nazista, prometendo reverter as cláusulas impostas pelo Tratado de Versalhes, bem como restaurar os valores culturais da Alemanha, trazendo de volta o orgulho e prestígio nacional. Hitler conseguiu chegar ao poder no ano de 1933, por meios “legítimos”, dando início ao seu projeto maligno (EVANS, 2017b).

3.4 O ESTADO TOTALITÁRIO

Sobre o totalitarismo, é possível afirmar que este é um fenômeno especificamente do período moderno. O Estado totalitário jamais pode ser confundido com o estado absoluto ou com uma ditadura, apesar de que ambos possam ter certos elementos de um Estado totalitário. A principal característica dessa forma injusta de governo, que a torna diferente das demais, está relacionada ao fato de que o seu objetivo primário estaria voltado para governar todas as atividades que possam reger uma sociedade, inclusive a vida pessoal do homem, tratando-se de um controle por completo e total da atividade em que esteja ao redor do ser humano, incluindo o seu aspecto interior (HOBSBAWM, 2019).

O Estado Totalitário, que é marcado pelo seu profundo desrespeito a Lei Natural, e conseqüentemente aos Direitos Humanos, procura converter o homem a um mero instrumento do Estado, em vez de fazer o Estado o instrumento do homem. Ou seja, esse regime buscar “torna-se o senhor absoluto do homem, formando-o de acordo com sua pretensão ideológica em todas as suas dimensões” (SOUSA, 2022, p. 310).

Com a finalidade de moldar o pensamento dos cidadãos e transformá-los de acordo com as suas perspectivas, o regime nazista, utilizou-se de um tripé, com o intuito de dominar ainda mais o país, em especial os seus “súditos”, possuindo nesta base três elementos: A ideologia, a propaganda e o direito, tópicos que serão vistos a seguir.

3.5 A IDEOLOGIA NAZISTA

Engana-se quem pensa que as brutalidades cometidas pelo nazismo, em especial durante o holocausto, haviam sido geradas do nada. Pelo contrário, todas as atrocidades foram cometidas pelos nazistas, pois Hitler soube doutrinar desde cedo as crianças, através de sua juventude hitlerista, até a mais velha geração. Portanto, o partido nazista precisava da mobilização da massa, desde a juventude até os idosos, para poder conseguir o apoio incondicional dos seus propósitos, e para isso a doutrinação por meio de sua ideologia racista, eugênica e antisemita seria a sua arma principal (ARENDR, 2019).

A ideologia nazista, baseava-se na ideia de uma supremacia ariana, bastante afirmada e defendida pelo antigo primeiro ministro Otto Von Bismarck, a qual reconhecia uma superioridade da “Identidade germânica”. Hitler, que era extremamente crítico da cultura ocidental, em especial tudo que tivesse relação com os costumes “judaico-cristão”, buscou basear seus pensamentos em um dos mais controversos filósofos da modernidade, que era Nietzsche (EVANS, 2017). A teoria do Super-homem, criada por este filósofo, ganhou a atenção especial do chefe do partido nazista, porém acabou sendo entendida e aplicada de

uma forma distorcida. Hitler procurou, através deste personagem, doutrinar as pessoas, e, sendo assim, justificar o tratamento desigual que seria dado para os judeus e os demais inimigos, bem como utilizava-se desse conceito para explicar a necessidade da eugenia.

Hitler, além da filosofia, utilizou-se também da ciência, seguindo as teorias de que os inferiores deveriam ser eliminados da natureza, distorcendo-se assim também a ideia de Seleção Natural proposta por Darwin, e justificando futuramente o holocausto e a matança de seus inimigos (EVANS, 2017b). Hitler acusava os judeus de serem inferiores, responsáveis por desnacionalizarem o estado, de alterarem a pureza do sangue ariano e por serem os o motivo da ruína nacional, por isso deveriam ser excluídos e futuramente exterminados da sociedade. Por fim, já tendo convencido o povo alemão de tal superioridade, o antissemitismo, pela primeira vez na história, tornar-se-ia uma política de Estado de forma tão radical. Por esse motivo, a propaganda ganhou um papel fundamental, buscando cada vez mais “domar” o intelecto dos cidadãos alemães para, assim, poderem banalizar o mal (EVANS, 2017b).

3.6 A PROPAGANDA NAZISTA

A propaganda promovida pelo regime nazista foi um instrumento fundamental de controle social, pois por meio dela era possível de se disseminar as ideias nazistas, que seriam transmitidas por diversas maneiras, seja por rádio, cinema, televisão, jornais, como forma de doutrinar a todos desde a idade mais nova. Hitler sempre soube do importante papel que a propaganda possui, como forma de cada vez mais atrair o maior número de simpatizantes e também para o controle das massas visando sempre a atingir os seus propósitos. Portanto, como seu objetivo final seria o extermínio dos judeus, o partido nazista utilizava-se cada vez mais da propaganda para atacá-los, representando-os de forma monstruosa quando comparada ao ideal ariano e colocando neles a culpa do retrocesso da nação (EVANS, 2017a).

3.7 O DIREITO NAZISTA COMO FERRAMENTA DO MAL

De nada bastaria uma sociedade ideologizada por meio da propaganda se na prática nada pudesse ser feito, por isso, com a finalidade de atingir os seus objetivos, o partido nazista se apropriou do direito da época, como forma de legalizar e legitimar da ideologia defendida pelo partido nazista, principalmente para transformar os judeus em material subumano, tratando-lhes como pessoas sem personalidade jurídica (ARENDDT, 2019).

O objetivo principal da instrumentalização do direito por parte dos nazistas seria para transformar, na prática, os judeus em pessoas socialmente mortas, seres humanos pelo quais

os alemães não teriam qualquer dever moral, político ou jurídico, justificando assim as suas retiradas de direitos juntamente como da sua personalidade (ARENDR, 2019).

Como uma das primeiras medidas jurídicas de retirada dos direitos dos judeus, destaca-se a Lei de Restauração do Funcionalismo Público, de 7 de abril de 1933, que acabou por excluir os judeus de algumas atividades governamentais e de algumas profissões. Em 22 de setembro de 1933, os alemães afastaram os judeus das esferas culturais e da imprensa. Estima-se que aproximadamente 2 mil leis e normas administrativas foram criadas para degradar e tornar cada vez mais difícil a vida do judeu dentro do território alemão (MORRISON, 2006, p. 363)

Porém nenhuma dessas medidas haviam sido tão prejudiciais aos judeus como as leis de Nuremberg, promulgadas no ano de 1935. A lei de Nuremberg, foi o nome dado as duas leis promulgadas pela Alemanha nazista em setembro de 1935, a Lei para a proteção do sangue alemão e da Honra Alemã e a Lei de Cidadania do reich, sendo ela a principal responsável pela estruturação jurídica para uma campanha de “arianização”, pois foi a partir dela que foi possível definir quem seriam os judeus (EVANS, 2017b).

A lei de Cidadania do Reich definiu como cidadão exclusivamente pessoas de sangue alemão ou congêneres. Destaca-se aqui o fato de que somente cidadãos do reich poderiam desfrutar de direitos políticos plenos, de modo que todas as demais pessoas do reich, em especial os judeus e os oponentes do regime eram apenas “sujeitos do Estado” e não definitivamente cidadãos. Essa lei deixava claro que os judeus possuíam apenas obrigações para com o Reich, mas não possuam sequer direitos políticos em troca, privando, assim, os judeus da cidadania alemã e rebaixando-os ao status de “súditos do estado” (EVANS, 2017b).

Além disso, definia um judeu como qualquer pessoa com três ou mais avós nascidos judeus, incluindo os convertidos ao cristianismo e os filhos e netos de tais convertidos, ou seja, os critérios de definição baseavam-se essencialmente no sangue (raça) e não na identidade religiosa. Um judeu que nascesse judeu, jamais deixaria de ser judeu, mesmo se mudasse de religião, sendo assim, nunca poderia se tornar cidadão de fato. Não obstante, as leis de Nuremberg abriram caminho para a drástica discriminação contra qualquer um que pudesse ser classificado como judeu (EVANS, 2017b).

A segunda norma, também conhecida como lei da proteção do sangue alemão e da honra alemã, foi talvez a que mais afetou a vida privada dos judeus. Esta lei, dentre de suas ordens, proibiu o casamento de judeus e não judeus, relações sexuais extraconjugais entre judeus e não-judeus. Os judeus já não mais poderiam empregar serviçais domésticas menores de 45 anos de idade se fossem alemães (EVANS, 2017b).

Portando, verifica-se que o direito foi um instrumento fundamental na mão dos carrascos nazistas, por meio da modificação do status de cidadão para o de ser humano sem direitos, apenas detentores de obrigação, tornando os judeus socialmente mortos, transformando-os em um material subumano, “ervas daninhas” que precisavam ser arrancadas do jardim e futuramente exterminadas através da solução final.

4 A INDISSOLUBILIDADE DO DIREITO E DA MORAL SEGUNDO O JUSNATURALISMO TRADICIONAL

4.1 BREVE INTRODUÇÃO DO JUSNATURALISMO

O ideário jurídico de Kelsen, que prega a separação completa do Direito e da moralidade encontra resistência teórica em face das teorias de Direito Natural, que por sua vez procuram de forma assídua assegurar e defender os Direitos Naturais que são inerentes a todos os seres humanos. O jusnaturalismo consiste na filosofia jurídica que prega uma relação de interligação entre a moral e o Direito Positivo, e defende a existência de uma ordem superior e preestabelecida intrínseca à natureza ontológica do ente humano. Contudo, o jusnaturalismo, corrente antiga que remonta à filosofia grega e aos jurisconsultos romanos, não se encontra com plena uniformidade teórica nos tempos atuais, frente às oposições ideológicas que advieram com o avanço da modernidade (SOUSA, 2022).

O jusnaturalismo tradicional (ou clássico) defende que a natureza humana apresenta, por si mesma, dignidade ímpar, que é corolário de sua nota essencial que distingue o homem dos demais animais brutos, sendo esse elemento a racionalidade. O caráter racional imputa à essência humana uma série de Direitos intrínsecos à sua natureza, que são conhecidos como “direitos naturais”, por lhe atribuir a condição de “pessoa”³. Assim, o Direito, enquanto objeto da virtude da justiça, seria “o que é devido” para o homem alcançar seu fim teleológico (a Eudaimonia). Dessa forma, o Direito possui como um dos seus papéis principais ordenar a sociedade e defender tais direitos intrínsecos de sua natureza.

Para a explicação do Direito Natural, do Jusnaturalismo e dos equívocos das teorias Positivistas “tradicionais”, será utilizado o estudo realizado pelo renomado jurista e filósofo brasileiro José Pedro Galvão de Sousa (2022), que conseguiu de maneira célebre abordar o assunto em seu livro “Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito”.

³ Para tal, os jusnaturalistas se valem do conceito boesiano de personalidade: “substância individual de natureza racional”

4.2 O ENTENDIMENTO CLÁSSICO DE DIREITO NATURAL

A lei positiva deve estabelecer o que é justo e determinar os direitos subjetivos, porém, esta mesma lei não pode jamais ser elaborada ao simples gosto pessoal do legislador, ou seja, não pode ser fruto da mera arbitrariedade da autoridade civil criadora da lei, pois existe uma justiça anterior e superior à lei escrita, havendo direitos que precedem a feitura das normas estatuídas pelo poder social competente. Além de um direito próprio de cada estado, existe um Direito decorrente da natureza humana, que é universal. Essa justiça e esses direitos, que não dependem de um determinado ordenamento jurídico positivo, advêm da Lei Natural, que é a base norteadora das teorias jusnaturalistas (SOUSA, 2022).

A Lei natural, segundo Santo Tomás de Aquino (2015), não é outra coisa senão a participação da lei eterna na criatura racional, sendo assim, é a mesma lei eterna promulgada no homem por meio da razão natural. Quando o homem alcança o uso da razão, conhece ao menos os primeiros princípios da lei natural (deve-se fazer o bem e evitar de todo modo o mal) que tem a obrigação de cumprir, e essa participação na lei eterna é a lei natural subjetivamente considerada (MARÍN, 1961).

Podemos dizer que o Direito Natural é aquilo que é devido ao homem em virtude de sua essência, isto é, pelo simples fato de ser homem, dotado de uma natureza racional. O Direito Natural, dessa forma, compreende um conjunto de normas e princípios que todo homem, por ser tal, pode exigir como seu, como algo que lhe é devido. De forma “simplificada”, o Direito Natural é integrado de todos os princípios conhecidos de forma espontânea pelos homens ao aplicarem a sua razão natural do conhecimento de seu próprio ser e dos bens que lhe são conaturais e necessários (SOUSA, 2022).

Chamamos essas normas de Direitos Naturais por dois motivos: O primeiro, por serem descobertos naturalmente através de nossa razão, visto que a evidencia de seu conteúdo se impõe espontaneamente a todos os seres humanos, e o segundo motivo, por ser diretamente relacionados à natureza humana (SACHERI, 1975).

Assim, como, por exemplo, o direito à vida, a contrair matrimônio e o de receber educação intelectual e moral são direitos essenciais ao ser humano. Sendo assim, basta considerar o que é o ser humano e quais são os bens necessários para viver dignamente que surgirá a evidência de que todo e qualquer ser humano possui os direitos definidos acima, o direito natural.

Por fim, o Direito natural possui três características, a saber: a universalidade, a imutabilidade e a cognoscibilidade.

Entende-se por universalidade o fato de a lei natural dever ser obedecida por todos os seres humanos, sem nenhuma exceção, até mesmo crianças e pessoas incapacitadas racionalmente, ainda que não possam violá-la formalmente. Dessa forma, todos os seres humanos estão sujeitos e são detentores desse direito, independente de raça, religião, sexo, pois seria contraditório falar de uma lei natural que não valesse para todos os indivíduos que possuem a mesma natureza.

A imutabilidade refere-se à permanência do direito. Enquanto as leis positivas devem ser moldadas e adaptadas, a depender das diversidades de situações que devem atender, as normas do Direito Natural sempre se perduram e não são modificadas nem derogáveis. As leis criadas pelas autoridades humanas legítimas podem até ser revogadas ou alteradas caso seja necessário, porém o mesmo não acontece com a lei natural, que perdura durante todos os tempos sem sofrer mudanças.

Por fim, a cognoscibilidade se refere ao conhecimento do direito. O direito natural, desta maneira, pode ser “captado” espontaneamente por meio da consciência moral do indivíduo, como por exemplo, uma criança consegue perceber a maldade que existe por trás da mentira e do roubo, a maldade existente em matar um inocente e a bondade presente dentro de um ato de heroísmo, de lealdade e de afeto (MARÍN, 1961).

Assim, o jusnaturalismo sustenta a existência de valores morais universais, sendo contrário ao relativismo, responsável por negar a verdade absoluta e a moralidade objetiva. A lei natural seria, dessa maneira, acessível a todos os entes que usufruíssem e pertencessem à mesma classe ontológica, independente do país, sexo, raça ou religião, pois seria contemplável através da razão humana, atributo que todo ser humano apresenta.

4.3 FINALIDADE DA LEI POSITIVA

Enquanto a lei natural é a participação da lei eterna na criatura racional, a lei positiva deveria ser a participação das prescrições das autoridades legítimas à lei natural. Logo, a lei positiva ou também chamada lei civil também é extremamente importante para o ser humano, haja vista que é um ser social. Sendo assim, o Estado é a sociedade natural responsável por se preocupar em proporcionar o bem-estar do ser humano nesse mundo. Nesse sentido, a lei positiva é necessária em decorrência da própria natureza do homem, devido ao fato de que nenhuma sociedade pode subsistir sem leis (MARÍN, 1961).

A lei positiva é aquela que resulta da ordenação da razão dirigida ao bem comum e temporal dos homens, que deve ser promulgada pela autoridade competente. Contudo, o fim

próprio da lei positiva deve ser sempre visando ao bem comum temporal do homem, que é a sua felicidade⁴ na vida presente (SOUSA, 2022).

Uma lei pode ser conhecida como justa e legítima quando, em geral, tenha como finalidade o bem comum humano e não entre em contradição com nenhuma lei natural. Mas para um exame mais aprofundado, segundo o teólogo moral, o Padre Antonio Royo Marin, uma lei para ser considerada justa deveria atender a quatro causas, sendo elas: A relação com a causa final, que somente será justa se for ordenada ao bem comum; a causa eficiente, se foi emanada pela autoridade competente dentro de suas atribuições; A causa material, quando for boa em si mesma e atenda as circunstâncias de tempo e lugar; A causa formal, quando se impõe aos cidadãos guardando neste caso a proporção devida, como exige a justiça distributiva (MARÍN, 1961).

Embora os dois tipos de lei sejam necessários, e se complementem mutuamente, é evidente que a lei natural deve ser o fundamento da lei positiva. Se assim não o fossem, o direito positivo poderia ser o legitimador de tremendas injustiças, tais como as observadas no ordenamento jurídico alemão nazista que precederam e “reinaram” até o fim da segunda guerra mundial, sendo consideradas injustas por não visarem ao bem comum, mas sim à disseminação do mal. Por ser injusta, a referida lei Nazista, por carecer da retidão essencial a toda lei – Bem comum – não pode ser verdadeira lei e não poderia obrigar ninguém.⁵

A lei positiva, portanto, deve seguir obrigatoriamente a lei natural, sendo uma necessidade imposta por essa para a sua concretização e plena realização. Como a fonte da lei positiva é a lei natural e a inferior e menos perfeita se ordena à superior e mais perfeita, quando a lei positiva contraria a lei natural ela deixa de poder ser considerada até mesmo enquanto lei. Isso ocorre, pois a lei iníqua não ordena a razão para o bem comum⁶, mas, pelo contrário, diverge da própria lei natural e desordena o agir humano do seu fim (MARÍN, 1961).

Portanto, a lei positiva que contrarie a lei natural não somente não obriga ninguém, mas também é obrigatório que seja desobedecida, boicotada e deve ser feito o possível que ninguém a cumpra, já que se trata de uma lei perniciososa ao bem comum, injusta, e, por esse motivo, desprovida de qualquer valor jurídico.

⁴ Aristóteles, como Platão e os clássicos, identifica a felicidade do homem com a prática da virtude: “Também se ajusta à nossa concepção a dos que identificam a felicidade com a virtude em geral ou com alguma virtude particular, pois que à virtude pertence a atividade virtuosa.” (Aristóteles, *Ética a Nicômaco* I.8, 1098b30–1).

⁵ A obrigação moral se refere ao dever de agir conforme a moralidade objetiva, isto é, na ação teleologicamente ordenada ao fim último do ente. Essa fundamenta a obrigação jurídica que consiste no dever de seguir as prescrições jurídico-positivas que não contrariarem os preceitos primários da lei natural.

⁶ Conceito de lei para Santo Tomás de Aquino.

4.4 A DIGNIDADE HUMANA E O JUSNATURALISMO COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS

Conforme esse ramo jurídico e filosófico, todo ser humano seria portador de uma dignidade ímpar desde sua concepção, haja vista que pertence a uma classe ontológica racional, sendo sujeito de direitos e deveres prévios ao próprio Estado, em ordem a um fim último. Digno é “aquilo” que tem valor em si mesmo e por si mesmo (SACHERI, 1975).

Essa concepção de dignidade que faz do ser humano algo “sagrado” traz três consequências essenciais que interferem de forma direta na estrutura social. A primeira consequência é que a sociedade política se ordena em favor da pessoa, e não a pessoa em favor da sociedade política, como acontecia dentro regime nazista, em que as pessoas como objeto do Estado (SACHERI, 1975).

A segunda consiste em que a condição de pessoa faz do homem sujeito de direitos, sendo esse outro “princípio” violado pelo ordenamento jurídico nazista, haja vista que suas leis visavam a diminuir os judeus a nada, retirando-lhes a sua personalidade, seus direitos e sua dignidade (SACHERI, 1975).

E por fim, para uma reta concepção do bem comum político, faz-se necessário conceber o homem como agente ativo da vida social, o homem como tal, longe de ser tido como objeto do Estado e um elemento passivo, deve ser considerado sujeito, fundamento e fim da vida social (SACHERI, 1975).

Ora, tal base teórica se fez presente para a fundamentação da ideia de direitos humanos universais, haja vista que cada estado-nação é soberano para decidir o que considera como direito positivo e o que não é, causando uma diversidade de ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

A própria ideia de universalidade dos direitos humanos deriva do reconhecimento de uma natureza comum e compartilhada por todos, que manifesta a chamada dignidade da pessoa humana. O direito não pode ser, como almejam os positivistas, um mero exercício arbitrário da vontade política da autoridade legiferante pois, se assim o fosse, admitir-se-ia enquanto direito válido as prescrições iníquas e violadoras de direitos humanos como as ocorridas no 3º Reich. Excluindo a definição de lei natural, não existirá razão suficiente para que a autoridade legislativa promova o bem comum e nem mesmo razoabilidade dos cidadãos em obedecer à autoridade.

A ideia de uma justiça moral superior à mera deliberação ou prescrição legiferante dos homens já é deflagrada, como supramencionado, pelos romanos. O próprio Cícero (106/43

a.C.) já reconhecia a imprescindibilidade da relação entre a lei positiva e a moralidade, afirmando que:

Se a vontade dos povos, os decretos dos chefes, as sentenças dos juízes, constituíssem o direito, então para criar o direito ao latrocínio, ao adultério, à falsificação de testamentos, seria bastante que tais modos de agir tivessem o beneplácito da sociedade. Se tanto fosse o poder das sentenças e das ordens dos insensatos, que estes chegassem ao ponto de alterar, com suas deliberações, a natureza das coisas, por que motivo não poderiam os mesmos decidir que o que é mau e pernicioso se considerasse bom e salutar? Ou por que motivo a lei, podendo transformar uma injúria em direito, não poderia converter o mal no bem? É que, para distinguir as leis boas das más, outra norma não temos que não a da natureza (CÍCERO, 106/43 A.C, I, 16).

Nessa toada, os preceitos primários são considerados enquanto imutáveis. Eles podem ser definidos enquanto os primeiros princípios de moralidade e suas conclusões particulares, podendo ser sintetizados pelo dever de fazer o bem e evitar o mal. O bem consiste naquilo que deve ser feito para atingir o fim último do homem e o mal em tudo aquilo que afasta o homem desse fim. Assim, convém ao homem seguir suas inclinações naturais para conservar sua própria vida pois, sem ela, não conseguiria sequer agir racionalmente e, desta forma, não iria atingir seu *telos*.

Tais preceitos primários implicam direitos subjetivos naturais, por todos os humanos compartilhados, quais sejam, o direito à vida, à liberdade, à propriedade privada, entre vários outros. Caberia aos Estados-Nação reconhecerem tais direitos em suas legislações positivas e, inclusive, traçar garantias positivas internacionais que norteiem a proteção de tais direitos pelo mundo. Entretanto, os preceitos secundários da lei natural, isso é, a aplicação concreta dos preceitos primários, podem ser variáveis conforme a nação, não exigindo homogeneidade jurídica, como, por exemplo, as regras de dosimetria para a pena de roubo podem variar nas legislações positivas de cada país, sem contrariar a lei natural. O que deve ser resguardado em todas as legislações, nesse caso, seria o direito à propriedade ser imune de violação arbitrária, por ser inerente à lei natural (SOUSA, 2022).

4.5 O DIREITO NATURAL CONTRA O NAZISMO ALEMÃO

O positivismo kelseniano, ao se prender ao aspecto formalista e não se importar com o conteúdo da norma confeccionada, acaba por justificar um perigo para a existência de regimes totalitários que sejam moralmente iníquos. Dessa forma, tiranias, oligarquias e todos os demais regimes moralmente condenáveis, desde que passassem por um crivo formal estatal (como um processo legislativo constitucional), seriam normas juridicamente válidas e

exigíveis de cumprimento aos cidadãos, de acordo com a ideia de Direito válido proposto por Kelsen (SOUSA, 2022).

Nesse diapasão, as leis promulgadas durante o 3º Reich Alemão, por terem passado por todo procedimento estatal legiferante, poderiam ser enquadradas como uma legislação válida, exigível e não poderia ser condenada por um direito superior ao direito positivo daquele país. Isso ocorre pois o conceito de Direito definido por Kelsen é compatível com uma lógica de relativismo moral e não acredita na existência de uma justiça e uma verdade una, universal e objetiva. Dessa forma, o positivismo relativista iria submeter o direito e as leis à vontade da autoridade governante competente para a sua edição, caindo num perigoso voluntarismo jurídico. O direito positivo, visto pelo seu aspecto meramente formal, enseja numa verdadeira ameaça ao reconhecimento de tiranias, pelo simples fato de serem procedimentais e promulgadas por autoridades (SOUSA, 2022).

Tal entendimento fora exposto por José Pedro Galvão Souza (2022, p. 135):

E, na verdade, a experiência alemã, de entre as duas guerras, confirma cabalmente, de forma exuberante, que, nos marcos do positivismo jurídico, o Estado de direito perde toda a riqueza do seu conteúdo, pela ausência de um critério com o qual estabelecer a legitimidade ou ilegitimidade de uma ordem jurídica. Cai-se no Estado de mera legalidade, isto é, de uma legalidade positiva — onde o *iussum* suplanta o *iustum* — produto de uma vontade que se impõe de modo absoluto, seja a vontade do povo, a do príncipe ou a do chefe (Führerprinzip).

As legislações positivas oriundas do nazismo alemão somente podem ser condenadas e proscritas enquanto más e inválidas se aceitos os pressupostos do direito natural e da existência de uma ordem moral superior que fundamenta a lei positiva. É dessa maneira que se defende a existência dos direitos humanos subjetivos e intrínsecos universalmente à dignidade da pessoa humana. A teoria de Hans Kelsen, por ser presa em aspectos meramente formais do direito, acaba por colocar em risco até mesmo a licitude do julgamento dos nazistas pelo Tribunal de Nuremberg, haja vista que, para o positivismo kelseniano, esses se enquadrariam como meros servidores públicos cumpridores de ordens juridicamente válidas e exigíveis (SOUSA, 2022).

Ora, dessa forma, é possível extrair da Teoria Pura do Direito, de que não se poderia condenar os comandantes legiferantes e administradores nazistas que ordenavam e criavam as leis injustas violadoras dos direitos humanos (e, claro, naturais) que eram seguidas pelos demais, haja vista que seria admitida como uma lei válida e que deveria ser cumprida. A exigibilidade jurídica decorrente da validade do direito nazista, para uma teoria positivista como a de Kelsen, acaba por colocar em perigo a validade e a existência dos direitos

humanos, bem como a validade do julgamento de Nuremberg, pois para ele, é legítimo o direito positivo nacional de cada país, independente do conteúdo nele expresso.

4.6 A TEORIA “IMPURA” KELSENIANA E A BANALIZAÇÃO DO MAL

O próprio Adolf Eichmann, tenente-coronel da Alemanha Nazista e um dos principais responsáveis pela ideia de “solução final” (holocausto), afirmou explicitamente ao ser julgado que apenas estava “cumprindo ordens” de seus superiores (ARENDR, 2019). Ora, para o positivismo de Kelsen, as ordens iníquas também são normas válidas e plenamente exigíveis juridicamente. Dessa forma, uma sociedade que defenda o ideário positivista jurídico obedeceria às ordens governamentais mesmo se imorais fossem, pois reconheceriam que, por mais que pudessem ser normas desagradáveis social e moralmente, elas causariam um dever jurídico de cumprimento. Já uma sociedade jusnaturalista impugnaria a norma como inválida, pois sustenta que a própria existência da lei positiva está fundada na sua conformidade com a justiça (virtude moral) da lei natural.

Hanna Arendt, cita em seu livro “Eichmann em Jerusalém” o que considera como o fenômeno da “banalidade do mal”, isso é, da normalização pela sociedade e pelos militares do cumprimento de normas (ordens e leis) injustas e iníquas, que expuseram diversas pessoas às violações aos direitos humanos. Ela afirma que durante o processo de julgamento dos nazistas, em vez dos monstros sanguinários, apresentava-se “um burocrata” que estava cumprindo ordens do sistema jurídico iníquo da Alemanha daquela época (ARENDR, 2019).

Ora, isso é a mais clara expressão do que uma visão de positivismo jurídico, conforme defendido por Hans Kelsen, pode fazer com uma sociedade: separar o dever jurídico do dever moral e criar um dever jurídico imoral exigível de cumprimento pela sociedade. O positivismo, querendo criar uma nova teoria jurídica desprendida da moralidade para a criação de seus postulados, acaba por criar deveres jurídicos igualmente desprendidos da moralidade e da necessidade de respeito aos direitos humanos.

Dessa forma, deflagra-se a necessidade de defesa dos direitos humanos de todas as pessoas humanas, pois todas ostentam a mesma natureza de animal racional e, em razão disso, apresentam uma dignidade ímpar e própria. Todos têm direitos inalienáveis e naturais independente de sua origem, sexo, religião, classe social e etc. É necessário, portanto, que os sistemas jurídicos positivos não apresentem normas jurídicas imorais que criam deveres jurídicos cruéis e violadores da dignidade humana.

Destarte, é importante salientar que a Lei Positiva deve obrigatoriamente seguir a Lei natural, lei esta que é universal, imutável e cognoscível pela razão, não sendo criada por

nenhuma vontade humana, mas sim pelo Ato Puro. Dessa forma, uma lei injusta jamais pode ser válida e exigível, pois sequer ordena a razão em vista do bem comum (*lex injusta non est lex*).

Por fim, deflagra-se que a concepção jusnaturalista fundamenta de forma mais eficiente a teoria de direitos humanos, dado que ostenta a característica da universalidade, isso é, no fato de que os direitos humanos são comuns a todos os seres humanos independente do país de nascença. Assim, o jusnaturalismo consegue se enquadrar e justificar plenamente à teoria de direitos humanos e sua exigência aos demais países, dado o seu caráter universalista e objetivista moral, por sustentar que todo ente humano, dada a sua natureza racional, ostenta uma dignidade ímpar e deve ser protegido independente de sua nacionalidade e da própria legislação positiva de seu país de origem.

5 CONCLUSÃO

O século XIX pode ser considerado como o século positivista por excelência, no qual buscou por ofuscar os estudos da metafísica e do direito natural, em decorrência do surto admirável das ciências experimentais. O método indutivo, que trouxe nas ciências físicas e naturais resultados positivos, deveria ser o único a conduzir também as pesquisas sobre o homem e a sociedade, ganhando destaque nas mais diversas teorias positivistas “tradicionais”, como a de Hans Kelsen.

Kelsen, em sua Teoria dita “pura”, buscou por separar o Direito de qualquer valoração, buscando apenas descreve-lo sem qualquer juízo de valor, ou seja, para ele independia se o direito era justo ou injusto. Reduziu o direito à norma jurídica, que para ser válida bastava que fosse promulgada pela autoridade competente, independentemente de seu conteúdo.

Diante desse cenário, onde o positivismo teve o seu auge, verificou-se a ascensão de um cruel e sanguinário partido político, o Partido Nazista, liderado por Adolf Hitler. Os nazistas defendiam uma ideologia antissemita, racista e imoral. Desse modo, para conseguir os seus objetivos eugênicos e raciais, utilizaram-se do direito como instrumento principal, valendo-se dele para legitimar suas atrocidades e banalizar o mal moral.

O positivismo jurídico defendido por Kelsen, por ser formalista e relativista, acaba por considerar válida as normas promulgadas durante o regime nazista e deslegitima a própria teoria de direitos humanos universais e por todos compartilhados, pois afirma que todo direito é um mero produto de um processo formal. Assim, cada Estado-Nação teria seu ordenamento elaborado de acordo com a vontade de suas autoridades legiferantes e, desde que passado pelo crivo formal, válidos e exigíveis. Seu entendimento mostra-se extremamente injusto e criador

de deveres jurídicos alheios à moralidade, na medida em que o modelo de direito proposto por Kelsen ignora o conteúdo da norma em detrimento da formalidade.

O jusnaturalismo, ao contrário, fundamenta e justifica a existência de direitos humanos, que são universais, indisponíveis e inalienáveis, servindo como parâmetro objetivo para a aferição da validade dos ordenamentos jurídicos positivos de cada nação. Em regra, para o jusnaturalismo, uma norma jurídica somente será válida e justa se tiver como base o respeito aos direitos naturais e, por corolário, aos direitos humanos. É a partir dele que se resguardam os preceitos que concretizam a dignidade da pessoa humana e se evitam regimes totalitários iníquos de chegarem ao poder alegando cumprimento de formalidades constitucionais.

Dessa forma, a teoria da lei natural busca trazer para o debate jurídico a necessidade da observância de direitos universais que independem dos ordenamentos jurídico-positivos de cada Estado-Nação. Isso se mostra deveras útil, dado ao fato de que o direito positivo de cada país pode ser seduzido pela imoralidade de regimes tirânicos e totalitários, que desprezam a dignidade da pessoa humana. Assim, o jusnaturalismo, por considerar que todos ostentam direitos intrínsecos à sua natureza e independentes do reconhecimento do direito positivo estatal, mostra-se como um legitimador da expansão dos direitos humanos por todo o planeta, contra os erros e imoralidades cometidos por regimes totalitários.

Portanto, a experiência da história, em especial os fatos ocorridos durante a Alemanha nazista, testemunham que não é possível atingir um sistema jurídico justo e moral apenas seguindo “cegamente” as normas promulgadas por uma autoridade humana. Antes de qualquer lei ou ordenamento jurídico, faz-se extremamente necessário compreender a importância do reconhecimento de uma ordem supralegal, que está acima de tudo e de todos, não estabelecida por nenhuma autoridade humana. Caso contrário, o direito irá se valer de acordo com que os detentores do poder definam como direito e sistemas jurídicos injustos e imorais irão continuar surgindo.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução Carlos Josaphat Pinto de Oliveira et al. v. 106 4; 6. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo - SP: EDITORA SCHWARCZ S.A, 2019.

EVANS, Richard J. **Terceiro Reich no poder**. 3. ed. São Paulo - SP: Editora Planeta do Brasil LTDA, 2017a.

EVANS, Richard J. **A chegada do Terceiro Reich**. 3. ed. São Paulo - SP: Editora Planeta do Brasil LTDA, 2017b.

HOBBSAWN, Eric. **Era dos extremos: O breve século XX: 1914 - 1991**. 2. ed. São Paulo - SP: EDITORA SCHWARCZ S.A, 2019.

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

MARÍN, Antonio Royo. **Teologia Moral para leigos**. Rio de Janeiro - RJ: EDITORA CDB, 2022.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito dos Gregos ao Pós-Modernismo**. 2. ed. São Paulo - SP: Editora WFM Martins Fontes Ltda., 2012.

SACHERI, Carlos Alberto. **A Ordem Natural**. 1. ed. Belo Horizonte, Minas gerais: Edições Cristo Rei, 2014.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito natural, direito positivo e Estado de Direito: e o Estado tecnocrático**. 1. ed. Rio de Janeiro: EDITORA CDB, 2022.

O DIREITO À DESCONEXÃO COMO MEIO DE PREVENÇÃO AO *BURNOUT* EM TRABALHADORES EM REGIME DE TELETRABALHO

THE RIGHT OF DISCONNECTION AS A WAY TO PREVENT BURNOUT SYNDROME ON THE TELEWORK REGIME EMPLOYEES

Recebido em	30/11/2022
Aprovado em	04/01/2023

Moisés Rodrigues Potiguara Filho¹
Yara Catarina Araújo Carreira da Silva²
Emília De Fátima da Silva Farinha Pereira³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar os males ocasionados pela hiperconexão de trabalhadores no regime de teletrabalho e importância do direito à desconexão para que haja o impedimento do desenvolvimento de doenças ocupacionais, principalmente a síndrome de *burnout*. O procedimento metodológico utilizado é o de pesquisa bibliográfica, baseando-se em artigos e livros que dissertam sobre o tema. Primeiro, será evidenciado como a legislação vigente trata a modalidade do teletrabalho. Após, será discutido o aumento significativo da síndrome de *burnout*. Por fim, trata-se da importância do direito à desconexão para o auxílio no combate a essas doenças ocupacionais, como a síndrome de *burnout*.

Palavras-chave: Hiperconexão; *burnout*; desconexão; teletrabalho.

ABSTRACT

The goal of this article is to analyze the side effects by the hyperconnection of workers on the teleworking regime and the importance of the right of disconnection to prevent the development of occupational diseases, mainly the burnout syndrome. The methodologic procedure used in this article is the bibliographic research, based on books and articles that discuss on the theme. First the article will show how the current laws treat the teleworking regime. Afterwards the article will discuss the alarming increase of the burnout syndrome. Lastly the article will discuss about the importance of the right of disconnection to prevent occupational diseases, like burnout syndrome.

Keywords: Hyperconnection; burnout syndrome; disconnection; telework.

¹Graduando de Bacharelado em Direito Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Belém – PA. E-mail: moisesrpfilho@gmail.com. ID Lattes: 8238042366918022. ID Orcid: 0000-0002-9494-7451.

²Graduando de Bacharelado em Direito Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Belém - PA. E-mail: yaracatarina17@gmail.com. ID Lattes: 7622789155753430. ID Orcid: 0000-0003-2759-878.

Graduando de Bacharelado em Direito Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Belém - PA.

³Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia, UNAMA. Professora da Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Belém - PA. E-mail: emilia.pereira@prof.cesupa.br. ID Lattes: 1293396275281875. ID Orcid: 0000-0002-6960-5070.

1 INTRODUÇÃO

Discute-se neste artigo sobre o direito à desconexão e a sua importância para o não desencadeamento de doenças ocupacionais psíquicas, principalmente a síndrome de burnout, em relação aos trabalhadores em regime de teletrabalho. Inicialmente esta pesquisa trata sobre o que seria o teletrabalho e quais suas possíveis consequências. Também urge abordar sobre a síndrome de Burnout como a doença ocupacional do século XXI, tendo em vista que na era da tecnologia os trabalhadores têm de se adaptar para poder manter seus cargos e muitas vezes se submetem a condições exaustivas, principalmente no teletrabalho.

Por fim, este estudo trata também sobre a importância do direito à desconexão para se evitar doenças ocupacionais no teletrabalho, tendo em vista que muitos dos empregados da modalidade acabam por ter de trabalhar mais do que seu horário de trabalho contratado e são exigidos em um nível mais acentuado, causando maior desgaste mental e até mesmo físico, de uma modalidade que seria para tornar o trabalho algo mais eficiente e leve, causando uma hiperconexão pelos meios tecnológicos utilizados. Desse modo, a problemática debatida é de que maneira o direito à desconexão pode auxiliar no combate às doenças ocupacionais, com ênfase do burnout, em trabalhadores em regime de teletrabalho?

Vale ressaltar que o vínculo subordinativo que temos conhecimento, de caráter jurídico, é um evento exclusivo do século XIX em diante, mesmo que o ser humano já conheça o que seria emprego/labor humano desde os primórdios de sua existência. Antes de tudo, não havia os principais fatores que caracterizam uma relação de emprego, a onerosidade, habitualidade e a prestação do serviço pessoal com subordinação jurídica.

Parafraseando a autora Cintia Sasse, vale ressaltar que em tempos onde não se existiam princípios para que se fossem protegidos os ainda não estabelecidos direitos do trabalhador, os trabalhadores se submetiam a jornadas de trabalho desumanas, condições precárias para que fosse realizado o trabalho pelos empregados, salários que sequer justificavam o processo que estava sendo realizado pelo empregado, utilização de mão de obra de crianças e grávidas, acidentes de trabalho constantes dentre outros (Sasse, 2014).

Deve-se lembrar que na atualidade e no cenário nacional há vários princípios protetivos do trabalhador, que são importantes e que devem ser mencionados, dentre eles: princípio protetor, um princípio visto como um princípio geral que se subdivide em norma mais favorável, o qual trata que sempre que houver conflitos de normas, a mais favorável será aplicada ao trabalhador, condição mais benéfica, que discorre sobre a preservação, durante todo o contrato de trabalho, da posição mais positiva o qual o trabalhador já possui, não

podendo ocorrer uma alteração que diminua a proteção ao trabalhador, ou que lhe cause prejuízo em face de um antigo benefício e por fim, o último princípio o qual o princípio protetor se subdivide é o *in dúbio pro operário*, que possui uma matéria parecida com o princípio *in dúbio pro reo* do direito penal, porém, no caso do *in dúbio pro operário* é em face do empregado, sempre que houver dúvida o benefício da dúvida, como é chamado, será do empregado e o empregador terá de provar o que estiver alegando, diante de amplas interpretações sobre a norma, se aplicará também a que for mais favorável ao empregado.

Outros princípios de proteção ao empregado também existem fora do princípio protetor, são eles: princípio da inalterabilidade contratual lesiva, este princípio seria próximo ao princípio da condição mais benéfica, porém neste caso se tratariam apenas do que se trataria como lesivo para o empregado, casos em que o mesmo sairia prejudicado; princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas ou imperatividade das normas trabalhistas, serve como limitação à autonomia das partes, este princípio existe como uma forma de proteção para que o trabalhador não tenha que renunciar de certos benefícios para que seja empregado ou mantenha seu emprego, impondo uma certa restrição para as cláusulas trabalhistas, de forma que não sejam alteradas entre as partes; princípio da primazia da realidade, este princípio visa priorizar a realidade dos fatos e não da forma como eles aparentemente estavam ocorrendo, tal princípio serve para reconhecimento de relações empregatícias e até mesmo comprovação de cargos, etc.; princípio da intangibilidade salarial, este princípio visa dar garantias para o salário, abrangendo a vedação de descontos indevidos, tempestividade dos pagamentos etc.

A técnica utilizada neste artigo é a pesquisa bibliográfica, uma vez que a elaboração da argumentação ocorre por meio da bibliografia composta por livros, sites, periódicos, artigos científicos, dissertações de mestrado e teses de doutorado (GIL, 2002).

Para o presente artigo e sua discussão, este artigo é estruturado em 5 itens, sendo o primeiro deles a introdução; o segundo refere-se às consequências do teletrabalho; o terceiro trata sobre a síndrome de burnout como doença ocupacional do séc. XXI; o quarto tópico explica sobre o papel do direito à desconexão no teletrabalho; o último expõe as conclusões finais.

2 TELETRABALHO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A lei 13.467/2017 incluiu os artigos 75-A ao 75-E na CLT, regulamentando o teletrabalho. Conforme o art. 75-B da CLT o teletrabalho é uma modalidade de trabalho, na qual o empregado não se encontra no local das dependências do empregador, a prestação de

serviços é realizada com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, pela sua natureza, não sejam consideradas como trabalho externo, como leciona o doutrinador Bezerra Leite:

O teletrabalho é uma espécie de trabalho a distância, e não de trabalho em domicílio, podendo ser prestado em qualquer lugar. Na verdade, o teletrabalho ocorre em ambiente virtual e, como tal, é situado no espaço, não se alterando, portanto, a definição de localidade que, no Direito do Trabalho, é estabelecida segundo a eficácia da lei trabalhista no espaço. (LEITE, 2022, p. 270)

Deve-se ressaltar que o teletrabalho continua sendo considerado mesmo nos casos em que o empregado comparece às dependências do empregador para efetuar tarefas específicas que precisam ser feitas presencialmente, conforme o parágrafo 1º do art. 75-B da CLT. Essa modalidade de trabalho diverge principalmente na maneira em que é realizado o controle de jornada, já que são utilizados meios eletrônicos e à distância, como por exemplo o sistema de *Log on* e *Log off*, relatórios, câmeras, entre outros. Sendo alguns destes sistemas de controle de jornada até invasivos em alguns casos, devido ao fato de o empregador ter um controle excessivo sobre tudo que o empregado faz durante seu expediente de trabalho, criando assim uma certa possibilidade para que este cobrasse mais seus empregados de uma forma que assim que eles iniciassem o trabalho não fizessem nada além disto, o que não é possível em um ambiente de trabalho em uma empresa, quiçá em um ambiente flexível.

Importante mencionar que o teletrabalhador pode prestar seus serviços por jornada ou por produção ou tarefa, consoante o §2º do art. 75-B da CLT. Por jornada, é feito um controle do horário em que o empregado está trabalhando, já por produção ou tarefa é considerado as atividades realizadas pelo empregado, o cumprimento de metas, a qualidade e quantidade de entrega das demandas solicitadas e do tempo gasto para fazer isso, destacando-se que nesse caso, o empregado não terá direito a pleitear as horas extras, conforme percebe o inciso III do artigo 62 da CLT.

Quanto a percepção de horas extras e adicionais o tema tende a flutuar no que diz respeito a uma resposta fixa, essa modalidade é uma exceção ao regime da jornada de trabalho, como pode-se observar no art. 62, inciso III da CLT, que não abrange os teletrabalhadores quanto à jornada de trabalho. Porém alguns precedentes do TST apontam para a possibilidade de receber as horas extras e os adicionais, se o empregador tiver o mínimo de controle sobre a jornada do empregado. Dessa forma, o teletrabalhador que presta serviços por jornada, tem direito as horas extras e adicionais, entretanto, aquele que realiza

por produção ou tarefa, não têm. Nesse viés, menciona-se que o modo de produção capitalista neoliberal, está preocupado com o lucro e a alta produção, desse modo as empresas podem estabelecer, e estabelecem, metas muito altas, que exigem um grande esforço do trabalhador em regime de teletrabalho, além de tomar muito tempo do seu dia, restando assim prejudicados aqueles que realizam os seus serviços por produção ou tarefa, já que podem passar muito mais do que 8 horas de trabalho e não irão receber as horas extras e adicionais.

Vale ressaltar que para que possa ser percebido as horas extras no regime de teletrabalho é necessário de uma certa maneira a quebra da ideia do regime de teletrabalho, o qual surgiu para poder tornar versátil as horas que o empregado decide trabalhar para que possa ser mais produtivo e render mais, visto que o TST tem aceitado as horas extras nesta modalidade apenas se o empregador possuir um controle da jornada e diversas vezes tal controle não existe visando o lucro, de uma forma que o empregado não perceba estas horas extras trabalhadas pois estaria, de certa forma, apenas usufruindo de um bônus maior que seria a modalidade de teletrabalho. E por existir esta ideia de bônus maior da modalidade do teletrabalho, muitos empregados sequer pensam na possibilidade de que estão realizando horas extras, que estão tendo que cumprir metas as quais muitas das vezes beiram o impossível, tudo para que possam manter sua ilusão de um local que é amigável pois permite um ambiente à escolha do empregado, a custa de muitos outros direitos deste.

Apesar de teoricamente o teletrabalho aparentar ser algo mais leve, mais livre, pois o trabalhador não fica nas dependências do empregador, podendo escolher onde irá realizar suas atividades, na realidade, isso não ocorre, pois normalmente o empregado fica na sua própria residência para trabalhar, confundido o ambiente de labor com o ambiente de descanso, e com a sensação de que se não estiver produzindo, não está fazendo o certo. Além do mais, as pessoas sempre estão conectadas, dessa forma, os mesmos utensílios usados para o trabalho são usados para as questões pessoais e o lazer do empregado. Sendo assim, muitas das vezes pode chegar um *email* já tarde da noite ou demandas para fazer só no outro dia, mas o trabalhador já resolve ou começa a resolver, justamente por essa confusão entre o momento de trabalhar e o de descansar. Esta confusão acaba por afetar não apenas o trabalhador, mas também aqueles que se relacionam com ele, em que momento um casal de teletrabalhadores poderia realizar uma desconexão completa do seu trabalho se ambos realizam seu labor do ambiente em que vivem e passam a maioria do tempo, o que seria um local de refúgio acabasse tornando mais um ambiente estressante, onde trabalho e vida pessoal se misturam, além das cobranças e inevitáveis danos ao relacionamento, além dos danos ao estado físico e emocional deste trabalhador, causando também um problema na ordem social deste trabalhador. Portanto

é digno ressaltar que a tecnologia nestes meios veio para que pudesse ser realizado uma maneira menos exaustiva de trabalho visando também o aumento da produtividade do empregado e da possibilidade de flexibilização de jornadas

A tecnologia fornece à sociedade meios mais confortáveis de viver, e elimina, em certos aspectos, a penosidade do trabalho, mas, fora de padrões responsáveis, pode provocar desajustes na ordem social, cuja correção requer uma tomada de posição a respeito de qual bem deve ser sacrificado, trazendo-se ao problema, a responsabilidade social. (MAIOR, 2003, p. 4)

Nessa forma de labor também há a dificuldade de estabelecer o intervalo intrajornada, que significa o tempo de descanso, onde o empregado pode fazer refeições, descansar. Muitas das vezes pode ocorrer desse trabalhador continuar trabalhando enquanto realiza as suas refeições ou não descansa, pela alta demanda de trabalho, mesmo nos casos de controle por jornada, pois mesmo com as tecnologias disponíveis para verificar a jornada de trabalho, não há um controle efetivo já que o empregado não se encontra nas dependências do empregador e está sempre conectado com os aparatos tecnológicos e com a sensação de autocobrança pela cultura atual e a cobrança da empresa. O intervalo intrajornada é obrigatório nos trabalhos contínuos e de suma importância para a saúde dos trabalhadores, ver-se a art. 71 da CLT:

Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas. (Brasil, 1943)

A *hustle culture*, a qual estabelece que quanto mais você trabalha mais bem-sucedido você é, incentiva de forma acentuada para essa sensação de que sempre se deve produzir e que o ócio é algo muito ruim, fazendo com que muitas pessoas vivam nessa “filosofia” de estar fazendo algo a todo momento, algo que traga resultados profissionalmente. Essa cultura também afeta demais os teletrabalhadores, pois, normalmente, eles ficam em casa trabalhando, apesar de poder ser qualquer outro lugar fora da empresa, por estarem em casa possuem a sensação maior de que estão ociosos e cada vez se ocupam mais com tarefas. Além disso, a *hustle culture* corrobora para essa confusão entre o ambiente/momento de trabalho e o de descanso, de lazer, ocasionando a hiperconexão do trabalhador e a sua vivência resumida em labor, fato este que nada contribui para seu rendimento, a doutrina e a medicina já estabeleceram que o ser humano precisa de um tempo de descanso para que possa continuar sendo produtivo e para que tenha uma produtividade de qualidade

Longas jornadas de trabalho têm sido apontadas como fato gerador do estresse, porque resultam em um grande desgaste para o organismo. [...] Com relação ao fundamento de natureza econômica, tem-se que um empregado descansado é capaz de produzir mais e com melhor qualidade. Quanto ao fundamento de natureza social, sabe-se que o obreiro precisa dispor diariamente de tempo livre para realizar seus compromissos sociais e dar atenção à sua família. (TAVARES, 2016, p. 715)

Esta hiperconexão do trabalhador no lugar de sua desconexão, devido a *hustle culture*, é algo extremamente nocivo para o mental do empregado e que acaba por atingir outros locais desta pessoa caso ela não comece a atingir as suas expectativas mesmo laborando em horas e turnos incessantes.

Com isso, diversas doenças mentais decorrentes do labor aumentam, como a ansiedade, a depressão, o *burnout*. Sabe-se, na verdade, que cada vez mais essas doenças psicológicas afetam os seres humanos e muito disso é resultado de um sistema altamente exaustivo, que só pensa em produzir e entregar resultados, e que coloca o trabalho como algo superestimado, a exemplo disso a frase difundida: “o trabalho dignifica o homem”. Esquecem que não só o trabalho, mas o lazer, as atividades físicas, as relações afetivas, o descanso, o tempo para si de autocuidado, são essenciais para manter uma vida equilibrada e digna e para ajudar no estado psíquico dos seres humanos.

3 BURNOUT COMO DOENÇA OCUPACIONAL DO SÉC. XXI

A síndrome de *Burnout* ou síndrome do esgotamento profissional têm significado do inglês em algo que poderia se traduzir literalmente como ‘combustão completa’ no sentido de significar uma exaustão extrema e um elevado esgotamento físico e mental dos trabalhadores. Portanto tem como base as cargas excessivas e exaustivas de trabalho, o pouco tempo de descanso dos empregados, o alto nível de cobrança e o acúmulo de tarefas de apenas um trabalhador realizar diversas funções, principalmente no âmbito virtual do teletrabalho, o qual seria uma razão ao ver do empregador de atribuir mais funções já que este empregado estaria em uma situação mais flexível do que em um ambiente de trabalho presencial.

Uma síndrome multidimensional constituída por exaustão emocional, desumanização e reduzida realização pessoal no trabalho. O *Burnout* é a maneira encontrada de enfrentar, mesmo que de forma inadequada, a cronificação do estresse ocupacional (PEREIRA, 2013, p. 389).

A revolução tecnológica proporcionada com a chamada Quarta Revolução Industrial criou possibilidades para que se pudesse criar locais de empregos onde o empregado

produzisse mais por estar mais à vontade e com prazos flexíveis, o que acabou não ocorrendo devido ao empregador, em muitas empresas, se aproveitar desta flexibilidade para até mesmo ferir princípios do empregado como o direito à desconexão, o qual possibilitaria que sua jornada fosse mais leve e garantiria seu descanso necessário para continuar em um nível de produtividade e até mesmo um estado físico-mental bom. Muitos dos trabalhadores que se submetem ou são contratados para realizar o regime de teletrabalho acabam por ter de aceitar diversas funções em apenas uma, além dos prazos curtos, o que acaba forçando a horas excessivas de labor em um dia e acabam por ter de trabalhar todos os 7 dias da semana muitas das vezes, pois o empregador entende que seu descanso semanal seria o fato de trabalhar de um local que deveria ser mais confortável do que em uma empresa.

O stress é uma reação que possui componentes físicos, psicológicos, mentais e hormonais que pode se desenvolver frente a situações que representem um desafio para o indivíduo. Devido à ação perfeitamente integrada do stress sobre todo o organismo humano, seus sintomas podem ter uma caracterização somática ou psicológica. Algumas das manifestações físicas do stress são mais conhecidas e reconhecidas como tendo na sua gênese o stress como fator desencadeante, tais como doenças gastrointestinais, cardiovasculares, respiratórias, músculo-esqueléticas, dermatológicas e imunológicas. Porém, menos conhecidas são as conseqüências psicológicas do stress excessivo, tais como ansiedade difusa ou generalizada, insônia, esquizofrenia, episódios maníaco-depressivos e depressão (LIPP, 2020 apud NASCIMENTO e CREADO, 2020, p. 145).

E algo ainda mais alarmante que decorre de todo o *stress* presente nessa modalidade de trabalho, além do *burnout*, é a depressão, que seria algo que afetaria ainda mais diretamente a pessoa do empregado, não apenas sendo um desgaste em relação ao seu trabalho:

Para se diferenciar a depressão sintoma de stress é preciso analisar se a pessoa está tendo que fazer um esforço muito grande para se adaptar a algo, como por exemplo (...) mudança de emprego. Nos casos da depressão sintoma de stress, uma vez resolvido o estado de tensão, a depressão desaparece sem necessidade, na maioria das vezes, de medicação anti-depressiva (LIPP, 2020 apud NASCIMENTO E CREADO, 2020, p. 145).

Destarte, como o teletrabalhador se encontra, muitas das vezes, em uma situação de exploração e de violação dos direitos/princípios do direito do trabalho é certo de que estes empregados acabam por desenvolver diversas doenças ocupacionais psicológicas, e a principal no século XXI é a síndrome de *burnout*, causando diversos efeitos negativos no emocional: cansaço mental, sentimento de derrota, de incapacidade e negatividade, etc. Quanto os efeitos negativos no estado físico do trabalhador: dor de cabeça, dores musculares,

pressão alta, entre outros. O *burnout* foi descoberto por Herbert Freudenberger, um psicólogo nascido em Frankfurt, o qual atestou a síndrome devido ao local de labor, com falta de acesso a higiene física e mental, segurança laboral e longas jornadas com pouco a quase nenhum descanso (Freudenberger, 1974).

Portanto, como identificado por Freudenberger (1974), existem pessoas que estão mais suscetíveis ao *Burnout*, tais como as enfermeiras, pois o estopim da síndrome seria o estresse, de tal forma que algumas pessoas se estressam com mais facilidade ou sofrem mais com as pressões do ambiente de trabalho e as cobranças realizadas por seus superiores. Tais fatores que causam irritação, ou até mesmo amedrontam os trabalhadores, acabam por forçar muito o lado psicológico e combinados com outros fatores exaustivos, como falta de segurança de trabalho, falta de descanso e cobrança excessiva, acabam por piorar e desestimular o trabalhador que vai aos poucos perdendo a vontade e o sentimento de pertencimento que se é necessário para um bom e sadio ambiente de trabalho.

Vale destacar que muitas vezes o *burnout* não se origina apenas e somente do ambiente de trabalho ou de diversas cobranças, alguns casos são originários da própria pessoa que se sente decepcionada, desmotivada com seu rendimento, algumas vezes esta pessoa identifica que seu rendimento está sendo menor que sua capacidade laboral ou sua área de conhecimento ou até mesmo não está sendo possibilitada de exercer plenamente seu potencial laborativo pois está em uma função que não é sua área de domínio, nestes casos não se é necessário haver humilhações, condições de trabalho precárias etc, pois o próprio empregado não estaria se sentindo pertencente a um local que pudesse exercer o seu máximo ou até mesmo sente que está sendo tolhido de fazer o que estudou anos e se especializou a fazer.

De acordo com Ascott (2021) um fator que aumenta significativamente os casos da síndrome de *burnout*, em especial nos ambientes de teletrabalho, é a '*Hustle Culture*' que seria um termo em inglês para algo como cultura da ralação ou cultura do esforço. Essa 'cultura' consiste em fomentar a ideia de que o trabalhador apenas conseguirá alcançar seus objetivos, seu auge profissional se ele se dedicar 100% todos os dias, sem parar para descansar ou para ter seus momentos de lazer, algo que já está se tornando muito presente na cultura nacional através de dizeres como "trabalhe enquanto eles dormem", "trabalhe enquanto eles vão para festa", "trabalhe enquanto eles viajam", proliferando uma ideia que já se é visivelmente exaustiva, pois retira do trabalhador a prerrogativa do direito ao descanso, imprescindível para manter seu estado físico e psicológico, se ele quiser atingir seus objetivos profissionais.

A *Hustle Culture* é uma ideia muito favorável ao sistema capitalista neoliberal de produção, devido ao fato de ela visar gerar um empregado que se dedica ao extremo ao seu trabalho, que trabalharia até mesmo quando deveria estar descansando. Destarte, essa cultura acaba por criar uma visão muito prejudicial da vida que seria necessária para um empregado conseguir tudo o que deseja, anulando totalmente a ideia de conquistar as coisas por mérito ou por se destacar, muitos adeptos desta cultura acabam por adquirir sérios sintomas da síndrome de *burnout* e acabam achando que isso faz parte de seu plano maior para conquistar todas suas metas. Vale ressaltar que por diversas vezes o trabalhador acaba conhecendo e se interessando pela *hustle culture* por pessoas que já nasceram ricas, e acaba dissociando a sua realidade com a destas pessoas, o que acaba por dificultar ainda mais um diagnóstico do próprio empregado de que esta visão de mundo apenas lhe prejudicará.

Os principais efeitos negativos da *hustle culture* seriam: distanciamento social, realizado por ver como algo fútil a socialização, já que estaria desperdiçando tempo que poderia estar produzindo; autoestima baixa devido ao pensamento constante de que deveria estar trabalhando mais ou até mesmo que seu trabalho não está dando retorno como deveria pelo quantitativo que o mesmo se esforça; ideia de que haveria uma recompensa maior para quem trabalha em excesso, quando na verdade esses trabalhadores estariam sendo até menos produtivos que um trabalhador que descansa propriamente, pois sua mente estará mais relaxada e possibilitará que tenha mais ideias inovadoras; idealização de um estilo de vida o qual o sistema capitalista não possibilita para um empregado comum e também o fato de que este empregado estará se mantendo em um limite de exaustão mental e física que chegará um ponto em que ele será um perigo para sua saúde para os outros ao seu redor, se decidir dirigir estando exausto e exaurido por exemplo.

A maior contra-argumentação presente para a *hustle culture* seria a de que não é necessário o empregado trabalhar o dia todo, todos os dias, e sim que para alcançar os objetivos deve haver um equilíbrio na vida, que não há problema no ócio, que é possível cuidar de si e trabalhar e que para prestar um bom serviço deve-se descansar também, não se resume a quantidade de trabalho e sim qualidade. Evitando a *hustle culture*, que é muito presente no século XXI, estaria sendo evitado fortemente a síndrome de *burnout*, devido as duas andarem de mãos dadas, pois, um trabalhador cansado é um trabalhador suscetível a doenças físicas e psicológicas, além do que esta cultura é tudo que o *burnout* demonstra como efeitos negativos.

Portanto, o *burnout* além de ser uma doença ocupacional decorrente das situações que ocorrem no ambiente laboral, ele também pode ser algo mais fácil de ser contraído de pessoa

a pessoa, como já foi dito anteriormente, desta forma é algo que o próprio trabalhador deve se atentar, se a empresa não está cobrando metas demasiadamente altas, para que não se cobre demais se não está conseguindo ser tão produtivo quanto acha que pode ser. Além disso, é necessário garantir uma maior proteção à esses trabalhadores, principalmente aqueles que trabalham por produção ou tarefa, onde não há o controle de jornada e não há o direito as horas extras e adicionais, ocorrendo uma verdadeira exploração do trabalhador.

É importante destacar também que mesmo que o empregado já seja uma pessoa suscetível a ter a síndrome de *burnout*, isso não excluiria a responsabilidade do patrono como causador e o seu dever de indenizar o trabalhador. Para se evitar a síndrome de *burnout*, existem fundamentos basilares, tais como: boa relação interpessoal, o respeito ao que a constituição nacional trata da segurança e saúde do trabalho/trabalhador, e principalmente do ambiente de trabalho. Porém, um dos maiores contrapontos é que uma empresa focada na produtividade máxima será exaustiva de qualquer forma para seus colaboradores, pois esta apenas focará em seus lucros e no desejo que seus empregados produzam, sendo que para eles continuarem produtivos é necessário que se observe os direitos trabalhistas e os princípios em especial o direito à desconexão.

4 O PAPEL DO DIREITO À DESCONEXÃO COMO MEIO DE PREVENÇÃO AO *BURNOUT* EM REGIME DE TELETRABALHO

No período da Revolução Industrial os funcionários trabalhavam por longas jornadas, com péssimas condições de trabalho, além de receberem pouquíssimo por isso. Entretanto, com os direitos humanos de 2º geração sendo evidenciados após a 1º guerra mundial, objetivando estabelecer a igualdade e garantir o Estado de Bem-Estar Social, foram tidos como direitos fundamentais os direitos sociais, econômicos e culturais, assim diversas políticas públicas para estabelecer trabalho com qualidade para todos começaram a ser realizadas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 6º, estabelece: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Dessa forma, percebe-se que é dever do Estado brasileiro garantir que haja trabalho, e não qualquer um, mas sim aquele que respeite a dignidade da pessoa humana. Além disso, o lazer é um direito social, sendo assim as pessoas não devem ter somente a oportunidade de trabalhar, mas de descansar e de ter lazer também.

Evidencia-se que o descanso é necessário para a preservação da saúde física e mental de qualquer pessoa, trabalhar de forma excessiva pode prejudicar consideravelmente a vida do trabalhador, principalmente em relação à saúde mental, já que com a autocobrança e a fomentação da *hustle culture*, pode-se adquirir diversas doenças, como o *burnout*. A saúde é um direito fundamental, assegurado pelo art. 6º da CF/88, por isso deve ser promovido pelo poder público também, como podemos verificar no art. 196 da referida Carta Magna:

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. (Brasil, 1988)

Ademais, evidencia-se o artigo 40, item III, letra g da Constituição Internacional do Trabalho, a qual estabelece que: “a Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem assegurar uma proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores em todas as ocupações.” (OIT, 1943, P. 20-21). Por esses motivos são tão importantes as normas que limitam as jornadas de trabalho, que estabelecem o descanso semanal remunerado, as férias, os intervalos intrajornada e interjornada.

A desconexão, apesar de não ter previsão expressa, é justamente o momento livre em que o trabalhador não se encontra durante a sua jornada de trabalho, onde pode cuidar de si, fazer atividades físicas, cuidar da sua saúde física e mental, ter atividades lazer, seja sozinho ou com seus amigos ou familiares, entre outras atividades que não sejam relacionadas ao labor. Portanto, o direito à desconexão é de suma importância para o equilíbrio na vida dos trabalhadores, já que não se pode resumir toda a rotina as atividades laborativas, evitando-se assim doenças físicas e mentais, como o *burnout*, e garantido o direito à saúde e ao lazer, previstos no ordenamento jurídico.

Na modalidade de teletrabalho, prevista no art. 75-B da CLT, fica mais difícil auferir a jornada de trabalho, ainda mais nos que se encontram laborando por produção ou tarefa, já que o empregado tem flexibilidade nos seus horários, podendo facilmente confundir o horário de trabalho com o de descanso, além disso, a sensação de que sempre deve produzir, de que quanto mais trabalhar mais você será útil e que o descanso é ruim, pode tomar conta do trabalhador, fazendo com que este viva para o trabalho.

Ademais, com os avanços tecnológicos, surgem cada vez mais formas de ser realizado o teletrabalho, e o trabalhador pode efetuar as suas atividades laborais de qualquer lugar e por

qualquer meio, como o *tablet*, *notebook*, ou até mesmo o próprio celular. Mediante isso, questiona-se como haverá a desconexão do trabalhador se ele está sempre conectado, ainda mais porque, pelo fato de o empregado, por ser parte hipossuficiente, querer mostrar que está sendo produtivo, com o intuito de permanecer no seu emprego, acabando por se submeter a metas exaustivas.

Essa conexão permanente do trabalhador por meio das tecnologias de comunicação, ocasionam uma disponibilidade constante perante o empregador como é descrito por Lamberty e Gomes: “as novas tecnologias surgem como potencial amplificador da violação do direito à desconexão, na medida que possibilitam um acesso permanente do empregado ao trabalho, inclusive nos horários destinados ao seu descanso” (2017, p.6). Desse modo, as atividades relacionadas ao trabalho se tornam o centro do cotidiano dos teletrabalhadores, ocasionando doenças psíquicas, com o *burnout*.

Os maiores problemas para os trabalhadores em regime de teletrabalho em relação aos sintomas que ocasionam a síndrome de *burnout* são, como já citados acima, metas de produção absurdas, jornadas exaustivas, falta da dissociação entre ambiente de trabalho e o lar e a cobrança excessiva de seus empregadores. Para todos esses problemas o direito a desconexão seria uma solução rápida e possível de ser realizada sem muito esforço, este direito entraria em rota quando fosse necessário que o empregado realizasse um período de descanso, uma possibilidade também de que este empregado pudesse saber que no momento X do seu dia ele poderia apenas dedicar seu tempo para o que quisesse fazer que fosse totalmente para si e não para o trabalho, ou então, até mesmo para que se mantivesse no trabalho.

O direito a desconexão serviria também para que fosse possível do empregado poder ter seu momento de descanso e manter-se produtivo com uma mente refrescada, este direito seria compreendido pelo tempo fora da prestação de serviço que o contrato determina, um tempo para que o empregado pudesse usufruir com o único intuito de se preservar, algo que acabaria aumentando o valor deste empregado para um empregador.

O grande desafio presente na onda tecnológica que encontramos é a aplicabilidade do direito à desconexão quando a todo momento o empregado possui um celular, *tablet* ou *notebook* por perto, que o empregador pode entrar em contato em uma velocidade ímpar e cobrar ou pedir que o empregado faça coisas em seu momento de descanso. Os empregados acabam realizando tudo que seu empregador pede, mesmo que esteja em seu momento de desconexão para que possam ter uma boa imagem na empresa e que possivelmente possam receber um aumento desejado ou até mesmo uma promoção, segundo uma pesquisa realizada

pelo portal UOL (2019) 90% das pessoas utilizam o celular para fins de trabalho fora do seu expediente.

O Capitalismo tende a utilizar de lógicas que sempre diminuem o valor do capital humano, que tende a ser a ideia de apenas ser um capital qualificado, mas pouco importando se este é humanizado ou não, pois isso não trará lucros.

As pessoas que seguem empregadas, ouvem que é necessário um compromisso com a missão da empresa, serem felizes e fiéis, mesmo que tenham que ocupar funções aquém de suas qualificações ou com oferta de salários cada vez mais baixa [...] O mercado global é uma máquina que funciona no esquema 24/7; nunca dorme ou relaxa; não tem nenhum respeito pela luz do dia ou escuridão, pela noite e pelo dia. Se um país, empresa ou indivíduo não se adapta à cultura do tempo 24/7, haverá um preço a pagar (STANDING, 2017, p. 119 e 178)

Para um empregado que o patrono vive utilizando de suas horas de desconexão para dar missões, pedir que realize serviços etc., vale se ressaltar que estes pedidos caracterizam hora extra pois tem a hora marcada no aplicativo de mensagens por exemplo, tendo em vista que não será distinguido o trabalho que é realizado dentro do estabelecimento ou à distância nestes casos.

A tecnologia existe para facilitar a comunicação, entretanto, não deve haver uma ligação ininterrupta entre empregado e empregador. Se o empregado ficou prestando serviço por algum tempo ao empregador, pode haver hora extra, contudo, se ficou aguardando por contato, deve ser configurado o sobreaviso e imposto o pagamento de adicional de 1/3 da hora normal (LEMOS; ALVES, 2017, p. 390)

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi tratado neste artigo, constata-se que o direito à desconexão é de suma importância para os trabalhadores em regime de teletrabalho, os quais estão sempre conectados, já que utilizam os meios tecnológicos para prestarem seus serviços. A desconexão proporciona a manutenção de uma vida equilibrada, onde haja trabalho, mas também haja lazer e saúde, evitando-se, dessa maneira as doenças ocupacionais de ordem física, mas, primordialmente, psicológica, à exemplo do *burnout*, o qual se caracteriza por ser um quadro de esgotamento profundo, onde a pessoa se exige demais e necessita produzir a todo momento e acaba por reduzir sua produtividade e qualidade de produção.

O teletrabalho que visava servir como uma modalidade mais leve para os empregados, para que pudessem trabalhar de onde desejassem e pudessem ter um horário mais flexível,

acabou se tornando o contrário, pois os empregadores se utilizam deste preceito para estabelecer metas muito altas que exigem uma carga exaustiva do trabalhador. E acabam criando uma situação onde o empregado do regime de teletrabalho confunde o momento de trabalho com o de descanso e veja o seu lar somente como um ambiente de trabalho, onde este não teria sequer seu direito a desconexão do ambiente laboral, criando assim uma pessoa que tem altas chances de desenvolver doenças ocupacionais psíquicas.

Além do fato de desenvolver doenças ocupacionais psíquicas, a falta do direito a desconexão no ambiente de teletrabalho, acaba por proporcionar uma falsa ideia de que o empregado estaria apenas fazendo o que foi contratado para fazer, já que se tornou algo comum o excesso por parte do empregador, e que este empregado na verdade teria sempre de estar em um certo sobreaviso, apenas aguardando novas ordens do seu patrono seja a hora que fosse, com uma ideia constantemente utilizada nas empresas do empregado que “veste a camisa”, um empregado que faz de tudo pela empresa que trabalha, que é um viciado em trabalhar.

Para um empregador a *hustle culture* é o melhor movimento que já fora pensado, após os *workaholics*, movimentos que tentam introduzir na mente não apenas dos empregados, mas de todas pessoas, que quanto mais elas trabalham, quanto mais elas se doam por inteiro, mais estas pessoas serão bem sucedidas e mais elas serão valorizadas, quando na verdade devido ao sistema capitalista que domina nossas relações estas pessoas terão um uso até o momento de estarem com doenças ocupacionais ou não serem mais produtivas, momento este que elas serão substituídos por outros que ainda estão mais recentes no desgaste mas com a mesma ideia, realizando uma troca sequencial de semelhanças assustadoras com a troca de uma engrenagem em um relógio.

Ademais, fora tratado dos direitos referentes aos teletrabalhadores, observando-se que aqueles que prestam os seus serviços por produção ou tarefa, são atingidos ainda mais, pois não há controle de jornada, não recebendo horas extras ou adicionais, apesar de que aqueles que trabalham por jornada também são prejudicados, já que não há certeza se o empregado não continua trabalhando, ressaltando-se que se o empregador tem o mínimo de controle de jornada é devida as horas extras e adicionais. Mencionou-se também acerca da relação entre *Burnout*, como doença da atualidade e *Hustle Culture* fortemente presente nos dias de hoje, a qual ajuda a fortalecer uma visão errônea sobre a produção e a autocobrança, deixando as pessoas ainda mais suscetíveis a doenças ocupacionais psíquicas, como o *burnout*.

Vale ressaltar que um ponto importante para o reforço da *hustle culture* é a ideia da meritocracia, de que se uma pessoa se esforça o bastante e é digna de uma promoção, de um

cargo de chefia ou coisa do gênero, ela receberá por mérito, quando na maioria das vezes o que realmente acontece é das pessoas que se destacam sem deixar o seu momento de desconexão, que se cuidam, conseguem obter resultados mais satisfatórios em relação ao campo profissional devido a estes profissionais estarem descansados e manterem um nível de produtividade alto por se atentarem aos seus períodos de descanso, sociabilidade, família e todos os outros que permeiam o tempo compreendido pelo direito a desconexão.

Tendo em vista que este tema é de certa forma novo, pouco se legislou e se julgou sobre os casos de desrespeito aos direitos dos trabalhadores em âmbito de teletrabalho, porém, estes trabalhadores ainda devem manter em mente que mesmo estando em uma situação, de um certo ponto de vista, privilegiada, eles ainda podem ser explorados de forma abusiva e os direitos que protegem os trabalhadores como um todo servirão para que protejam estes trabalhadores também.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Yasmin Lago de et al. O direito à desconexão: uma análise dos impactos do teletrabalho na saúde do teletrabalhador. **Revista Jurídica do Cesupa**, Belém, v. 3, n. 1, p. 79-97, 10 ago. 2022. Semestral. Disponível em: <http://periodicos.cesupa.br/index.php/RJCESUPA/issue/view/4>. Acesso em: 20 set. 2022.

ASCOTT, Emma. *We Shouldn't Celebrate Hustle Culture (It's toxic and counterproductive)* 2021. Disponível em: <https://allwork.space/2021/10/we-shouldnt-celebrate-hustle-culture-its-toxic-and-counterproductive>. Acesso em: 01 nov. 2022.

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

BRASIL. Decreto de Lei nº 5452, de 1 de maio de 1943. Brasília: Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 07/10/2022.

CONSTITUIÇÃO da Organização Internacional do Trabalho. 1943. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 09/11/2022.

FERREIRA, Vanessa Rocha *et al.* O direito à desconexão e o dano existencial: a importância da sustentabilidade emocional do ser humano. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)**, [s. l], v. 8, n. 2, p. 439-471, 2020. Disponível em: www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index. Acesso em: 20 set. 2022.

FREUDENBERGER, H. - *Staff burnout*. *Journal of Social Issues* 30: 159-165, 1974.

GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LAMBERTY, Andrey Oliveira et al. O direito à desconexão do empregado e o teletrabalho: uma análise das alterações trazidas pela lei 13.467/2017. In: **Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**, 4., 2017, Santa Maria. Mídias e Direitos da sociedade em Rede. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2017. p. 1-15. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais>. Acesso em: 21 set. 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. 1008 p.

LEMO JUNIOR, Eloy Pereira; ALVES, Edmar Warlisson de S. Uso indevido do whatsapp no ambiente de trabalho. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 26., Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho II, 2017, São Luis. Anais [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/27ixgmd9/6mb1v344/a83j62sN2a17c9Xt.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; CREADO, Raíssa Stegemann Rocha. O DIREITO À DESCONEXÃO NO PERÍODO DE HOME OFFICE: ANÁLISE DOS IMPACTOS DA QUARENTENA PELO COVID-19 NA SAÚDE DO TRABALHADOR. **Revista Direito Ufms**, Campo Grande, v. 6, n. 1, p. 131-149, 19 set. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/10040>. Acesso em: 20 nov. 2022.

PEREIRA, Ana Maria T Benevides. A síndrome de BurnOut. Disponível em <https://bibliotecaprt21.files.wordpress.com/2013/09/livro-saude-mental-no-trabalho-2013-prt18.pdf>. Acesso em 18 nov. 2022.

PORTAL UOL. 80% DOS BRASILEIROS usa WhatsApp pelo menos uma vez por hora, diz pesquisa. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/10/31/80-dos-brasileiros-usa-whatsapp-pelo-menos-uma-vez-por-hora.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 20 nov. 2020.

SASSE, Cintia. Luta dos trabalhadores resultou em menor duração da jornada. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/02/25/luta-dos-trabalhadores-resultou-em-menor-duracao-da-jornada>. Acesso em: 20 nov. 2022.

SILVA, Denise da. **Teletrabalho**: uma análise do direito à desconexão. 2019. 62 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade de Direito, Universidade de Passo Fundo, Soledade, 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108056/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 18 nov. 2020.

STANDING, Guy. O precariado: a nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

TAVARES, Igor Antônio da Silva. Jornada de trabalho. Direito à desconexão e dano existencial. *Revista LTr*, São Paulo, v. 80, n. 06, p. 714-725, 2016.

CONSUMISMO E EDUCAÇÃO FINANCEIRA: IDENTIFICANDO ALGUMAS CAUSAS DO SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

CONSUMERISM AND FINANCIAL EDUCATION: IDENTIFYING SOME CAUSES OF
BRAZILIAN CONSUMER OVER-INDEBTEDNESS

Recebido em	30/11/2022
Aprovado em	05/12/2022

Fabiana Monteiro de Souza Tuma¹
Felipe Guimarães de Oliveira²

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o fenômeno do superendividamento dos consumidores, investigando como o consumismo e a falta de educação financeira em um contexto nacional acarretam a intensificação deste cenário no Brasil. Nesse sentido, persegue-se a seguinte problemática: Pode-se atribuir ao hiperconsumo e a ausência de políticas públicas de educação financeira como algumas das causas do endividamento excessivo das famílias brasileiras? A resposta a esse problema de pesquisa é desenvolvida, metodologicamente, em um estudo de abordagem qualitativa e, quanto aos objetivos, exploratória, tendo como procedimento o levantamento bibliográfico. Nesse contexto, o trabalho irá abordar como o uso irracional do crédito aliado ao consumo excessivo de bens de consumo acarreta o endividamento do consumidor. Também serão abordados o papel da publicidade nesse cenário como instrumento indutor de consumo e a ausência de educação financeira como elemento potencializador do problema. Por fim, foram apresentadas possibilidades de prevenção ao superendividamento com a adoção de algumas estratégias específicas a nível nacional e regional (Estado do Pará).

Palavras-chave: Consumismo; superendividamento; educação financeira; crédito; consumidor.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the phenomenon of consumer overindebtedness, investigating how consumerism and the lack of financial education in a national context lead to the intensification of this scenario in Brazil. In this regard, the following problem is investigated: Can hyper-consumption and the absence of public policies on financial education be attributed as some of the causes of the excessive indebtedness of Brazilian families? The answer to this research problem is developed, methodologically, in a qualitative approach

¹ Discente do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA).

² Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Advogado e Consultor jurídico.

study and, as to the objectives, exploratory, having as procedure the bibliographical review. In this context, the work will address how the irrational use of credit combined with the excessive consumption of consumer goods leads to consumer indebtedness. The role of advertising in this scenario as an instrument that induces consumption, and the lack of financial education as a potentiating element of the problem will also be discussed. Finally, possibilities of preventing over-indebtedness were presented with the adoption of some specific strategies at the national and regional level (State of Pará).

Keywords: Consumerism; over-indebtedness; financial education; credit; consumer.

1 INTRODUÇÃO

No contexto atual, compreende-se que o fenômeno do superendividamento advém de uma relevante escassez de educação financeira, entre outras causas, no eixo socioeducacional dos cidadãos brasileiros. Com isso, o tema evidencia de forma acentuada a sua importância, tendo em vista que o instituto do superendividamento foi negligenciado por parte dos legisladores e políticos por tempo suficiente para que esse problema necessitasse de uma remediação.

Assim sendo, considerando que esse assunto além de atual, é necessário que se discuta que a educação financeira na base socioeducacional dos cidadãos brasileiros é o combate necessário para que a longo prazo possa começar a ser revertido o cenário caótico que se encontram milhares de famílias brasileiras nesse contexto.

Além disso, quanto ao aspecto social, entende-se que o assunto é primordial não somente para cada indivíduo que se encontre endividado, mas também para o Sistema Financeiro Nacional, uma vez que, compreende-se que quanto mais consciente, prevenido e racional for a conduta do consumidor, melhor será para o cenário do superendividamento, aumentando assim a porcentagem de cidadãos que retornarão à economia, contribuindo de maneira positiva para a mesma.

Ademais, o objetivo dessa pesquisa é analisar o fenômeno do superendividamento e a escassez de educação financeira no eixo socioeducacional dos cidadãos brasileiros como principal prevenção para a ocorrência do superendividamento e que foi negligenciado por décadas no Brasil, fazendo com que cada vez mais os consumidores se endividassem e fossem atraídos por publicidades e oportunidades de linhas de crédito que os levaram a um hiperconsumismo, o que resultou em um endividamento excessivo, e que poderia ter sido prevenido com a educação financeira adequada.

Considerando estes aspectos, à pesquisa pretendeu responder a seguinte problemática: Pode-se atribuir ao hiperconsumo e a ausência de políticas públicas de educação financeira como algumas das causas do endividamento excessivo das famílias brasileiras? A resposta a

esse problema de pesquisa é desenvolvida, metodologicamente, em um estudo de abordagem qualitativa e, quanto aos objetivos, exploratória, tendo como procedimento o levantamento bibliográfico.

O trabalho foi estruturado em cinco seções. A primeira, consiste nesta introdução. A segunda apresenta reflexões sobre o crédito, consumismo e superendividamento, analisando os impactos do uso do crédito e do consumismo a partir da publicidade e do marketing. A seção seguinte trabalha de forma mais específica o tratamento jurídico do superendividamento, expondo algumas diretrizes sobre a nova lei do 14.871/2021. Na quarta seção, o artigo apresenta propostas de mitigação do problema com experiências a título nacional e regional (Estado do Pará). O último tópico abordará as considerações finais do trabalho.

2 CRÉDITO, CONSUMISMO E SUPERENDIVIDAMENTO DOS CONSUMIDORES

Preliminarmente, compreende-se que crédito, nada mais é que um recurso alternativo utilizado de maneira popular para antecipar a compra de bens ou serviços. Ademais, vale ressaltar que a palavra crédito advém do latim *creditum* e possui como uma de suas definições: Ter confiança em algo. A partir disso, torna-se possível entender que na esfera das finanças, todo e qualquer procedimento que envolva crédito é baseado em confiança, em que o credor (aquele que crê), empresta determinada quantia para o devedor, confiando que o mesmo o pagará, recebendo assim o seu montante de volta. Além disso, nesse cenário, é válido ressaltar que os credores se caracterizam no contexto atual, como bancos, instituições financeiras, *fintechs*, entre outros; e os particulares (devedores), como pessoas físicas, muito embora as pessoas jurídicas também possam figurar como superendividadas, porém este não é um objetivo a ser trabalhado nessa investigação.

Entretanto, essa confiança não é pura e singular, tendo em vista que todo credor somente empresta o seu crédito estabelecendo que o mesmo será devolvido com juros. Nesse sentido, compreende-se desde a escola clássica da teoria econômica, com fundamento em Smith (1996, p.144):

A taxa normal mínima de juros deve ser algo mais do que o suficiente para compensar as perdas ocasionais às quais está exposto quem dá o empréstimo, mesmo usando de razoável prudência. Se a taxa de juros não englobar esse algo mais, os únicos motivos que levam ao empréstimo só podem ser a caridade ou a amizade.

Portanto, ao estabelecer um empréstimo de crédito do credor para com o devedor, é manifesto desde o primeiro instante que o devedor deverá quitar a sua dívida com juros. Diante disso, torna-se necessário expor que a cada avanço e desenvolvimento que foi feito no âmbito financeiro, foi-se assim evoluindo, também, o instituto do crédito. Com isso, foi originado diversas linhas (modalidades) de crédito e essas, por sua vez, a cada progresso, foram tornando-se cada vez mais específicas e direcionadas de forma objetiva para cada necessidade que o consumidor apresenta. Um exemplo disso é o caso dos cartões de crédito, financiamentos, empréstimos, entre tantas outras variedades, que variam de acordo com a demanda de cada devedor.

Além disso, é de extrema importância expor que ao se tratar das linhas de crédito, também está se falando das taxas de juros a serem cobradas; essas, por sua vez, variam de modalidade para modalidade de crédito, além de variar também de instituição para instituição, uma vez que cada instituição cobrará uma taxa diferente para mesma modalidade de crédito, gerando assim uma competitividade entre as instituições financeiras.

Com isso, entende-se que a falta de conhecimento apropriado sobre o assunto gera um alto risco para a saúde financeira do consumidor que por falta de informações adequadas, na maior parte dessa sua vida, não se atenta para as taxas de juros que serão cobradas do credor pelo uso do crédito emprestado. Não garantindo assim, que os juros que serão cobrados pelas instituições não sejam abusivos e que a longo prazo não comprometa suas finanças.

Nesse sentido, torna-se simples entender o fato de que grande parte dos consumidores por não serem instruídos financeiramente, cometem erros que os prejudicam de modo grave, em prol de alimentar e sustentar um consumismo que muitas das vezes o devedor não tem como arcar, gerando um ciclo que consiste em: 1) utilizar crédito emprestado para consumir bens ou serviços que não se pode arcar, não se atentando assim às taxas de juros e 2) criando um rompimento em suas finanças, que resultam em um superendividamento (CNPJ, 2021).

Entretanto, sob a perspectiva nacional, é de senso comum que grande parte das instituições financeiras cobram taxas de juros extremamente altas, algumas dessas, sendo até mesmo abusivas. Porém, ao analisar esse cenário, torna-se possível compreender que quando o credor cobra taxas mais altas do que o necessário para com um consumidor que não possui conhecimento adequado sobre o assunto (fato esse que representa grande parte dos devedores brasileiros), mostra-se aqui não somente a má-fé do credor, mas também revela uma prática que também contribui para o fenômeno do superendividamento, que posteriormente será trabalhada neste artigo.

Ademais, ao se tratar do consumismo, pode-se definir este como o ato de compra que é motivado para satisfazer desejos e impulsos, diferentemente do consumo, que se trata sobre efetivar compras necessárias que irão atender a demandas básicas de sobrevivência, como por exemplo, o alimento. Sob essa ótica compreende, Baudrillard (2006, p. 169-170):

O consumidor moderno integra e assume espontaneamente esta obrigação sem fim: comprar a fim de que a sociedade continue a produzir, a fim de se poder pagar aquilo que foi comprado [...]. Em cada homem o consumidor é cúmplice da ordem de produção e sem relação com o produtor – ele próprio simultaneamente – que é vítima dela. Esta dissociação produtor-consumidor vem a ser a própria mola da integração: tudo é feito para que não tome jamais a forma viva e crítica de uma contradição.

A partir disso, é possível analisar o consumidor e assimilar que o mesmo contribui para com o episódio do consumismo, a medida em que o próprio não possui mais conscientemente controle sobre os seus desejos que são constantemente estimulados pela mídia. Todavia, o consumismo não é somente sustentado pelo consumidor que é influenciado a partir do cenário de vulnerabilidade no qual é exposto, mas a indústria e fenômenos como o da obsolescência programada também influenciam diretamente e de maneira massiva, o consumismo, fazendo com que esse seja cada vez mais firmado na sociedade.

Entretanto, ao se firmar um consumismo exacerbado na sociedade, esse fato gera como consequência o superendividamento, sendo assim o consumismo um dos motivos para o aumento desse fenômeno. Ademais, o superendividamento em si, pode ser definido como o episódio em que o particular acumula diversas dívidas que juntas comprometem grande parte de sua renda, gerando assim um devedor/consumidor superendividado, que não consegue arcar com os pagamentos das várias dívidas e ainda ter que sustentar a si próprio e/ou a sua família. Esse fenômeno, por sua vez, tornou-se com o passar das décadas uma epidemia no cenário financeiro brasileiro, tendo em vista pesquisas que indicam que 78% das famílias brasileiras estão endividadas. (UOL ECONOMIA, 2022).

Com isso, é válido expor a lógica que evidencia, que o aumento de um consumo impulsivo, desinformado e inconsequente se torna um dos fatores que contribuem para o aumento de um superendividamento em perspectiva nacional. Além disso, a publicidade e a indústria também incentivam que grande parte dos particulares já endividados, mantenham a todo custo um nível de vida que está acima da sua renda e possibilidades, gerando assim um ciclo vicioso e extremamente prejudicial para cada particular endividado e para a perspectiva econômico-financeira nacional.

2.1 QUAIS SÃO OS IMPACTOS DO USO DE CRÉDITO?

Crédito, consumismo e superendividamento são assuntos que estão diretamente relacionados, como foi exposto anteriormente. Compreende-se que grande parte dos consumidores se utilizam de linhas de crédito para sustentar o seu consumismo e/ou estilo de vida que não podem manter, levando-os a um superendividamento devido também a escassez de orientação financeira necessária em grande parte dos colégios, universidades ou cursos técnicos.

Ademais, o ciclo de adquirir crédito para consumir, sem respaldos e/ou orientações adequadas, levam milhões de brasileiros ao superendividamento, fazendo com que cada vez mais seja implantada, inconscientemente, a ideia de que é um hábito saudável consumir produtos mais caros do que se possa pagar, recorrendo-se assim a utilização de linhas de créditos que corriqueiramente resultam em superendividamento do consumidor, mantendo esse ciclo sempre dinâmico e vigoroso.

Mas afinal, quais são de fato os impactos do uso exacerbado de crédito na vida financeira do consumidor? De modo geral, o consumidor superendividado, inicialmente se depara com a sua renda comprometida para ter que quitar as suas dívidas. Além disso, o próprio perde automaticamente credibilidade no mercado, uma vez que esse devedor fica registrado como inadimplente em cadastros como os do Serasa e SPC (Serviço de Proteção ao Crédito). Por conseguinte, esse devedor também começa a sofrer restrições de crédito que lhe são impostas, sendo assim reduzido ao máximo as oportunidades de acesso a novos tipos de fontes de renda extra.

Posto isto, torna-se imprescindível citar uma consequência grave que pode ocorrer ao consumidor superendividado, que é a questão da apreensão e respectivamente a perda de seu patrimônio para fins de quitação de dívida, podendo assim o devedor correr o risco de ficar até sem moradia devido ao superendividamento. Além disso, todo e qualquer consumidor superendividado sofrerá também o impacto de uma mudança drástica de estilo de vida, passando assim por uma restrição de consumo que se direcionará tão somente a questões básicas de higiene, alimentação e subsistência.

Com isso, faz-se crucial citar, quais são os possíveis impactos na vida pessoal do devedor devido ao uso de linhas de crédito, impactos esses como a incontestável queda que o consumidor endividado terá em sua qualidade de vida. Esse fato desestimula o particular, fazendo com que o mesmo se encontre sem perspectiva de conseguir poder quitar com as suas

dívidas e conseguir reverter essa situação em prol de focar em um crescimento financeiro futuro.

Por conseguinte, outro impacto do uso de crédito na vida de um devedor, é o fato de que o superendividamento por uso de linhas de crédito, causa efeito árduo sob a vida pessoal e/ou familiar do consumidor superendividado, e no segundo caso, esse tipo específico de situação pode acabar gerando uma desestruturação familiar, além de possíveis problemas psicológicos como ansiedade e depressão advindos do estresse e pressão de não conseguir quitar com as suas dívidas e reconstruir a sua vida financeira de forma saudável.

2.2 CONSUMISMO: PUBLICIDADE, HIPERCONSUMO E ESTÍMULOS DIRECIONADOS ÀS CRIANÇAS

A sociedade de consumo na pós-modernidade encontra-se repleta de constantes publicidades e marketing que são direcionados constantemente a instigar os desejos do consumidor, aumentando assim, conseqüentemente, a sua impulsividade por compras de produtos ou serviços que estão além de serem necessários ou básicos. Além disso, na sociedade atual, a ilusão de que é necessário obter um bem de consumo específico para facilitar a vida no dia a dia, expandiram-se, fazendo com que o consumidor atual sempre sinta a necessidade de consumir cada vez mais produtos que são impostos como essenciais.

Nesse sentido, explica Lipovetsky (1989, p.159):

Pode-se caracterizar empiricamente a ‘sociedade de consumo’ por diferentes traços: elevação no nível de vida, abundância das mercadorias e dos serviços, culto dos objetos e dos lazeres, moral hedonista e materialista, etc. Mas, estruturalmente, é a generalização do processo de moda que a define propriamente. A sociedade centrada na expansão das necessidades é, antes de tudo, aquela que reordena a produção e o consumo de massa sob a lei da obsolescência, da sedução e da diversificação, aquela que faz passar o econômico para a órbita da forma-moda.

Por conseguinte, ao se falar de publicidade é necessário expor que a mesma une ou divide a sociedade a medida de que divulga produtos de maneira que façam esses parecer exclusivos e urgentes de se obter, colocando sempre o produto ou serviço em um cenário em que quem o consome alcança o objetivo de ser incluído em um específico grupo que parece ser melhor ao consumir o que se é divulgado. Revelando o fato de que na sociedade de consumo atual não se trata tão somente sobre consumir pela qualidade ou necessidade do item vendido, mas sim garantir com a compra o acesso a um novo nível de status social, certificando assim a inclusão do consumidor ao grupo “exclusivo” que consome os mesmos produtos/ serviços que ele.

Ademais, é necessário expor que o marketing é intencionalmente utilizado para assediado o consumidor, aumentando assim o consumismo e conseqüentemente o número de vendas com o contraponto de que o consumidor vai se endividando. Revelando assim, como essa situação gera um ambiente em que o particular se torna vulnerável perante tantas possibilidades e estímulos de consumo, ao ponto de que se torna praticamente impossível focar em quitar dívidas quando se está constantemente comprando aquilo que não precisa (por impulso), principalmente quando se é tratado de um consumo virtual. Este cenário revela que até quando o particular não está buscando por consumo, este é exposto de forma incisiva para o mesmo.

Nesses termos, torna-se fácil assimilar que com o desenvolvimento das redes sociais, a publicidade e marketing se tornaram extremamente invasivos e descarados, uma vez que até quando o consumidor está online para descansar ou utilizar das redes sem intenção alguma de consumir, os produtos e anúncios do que eles possuem desejo de consumir, aparecem para eles, evidenciando aqui um marketing que se utiliza dos dados de cada consumidor para conseguir fisgá-los de maneira específica, tendo em vista que, os anúncios que aparecem são sempre relativos ao padrão de pesquisa do usuário.

Ademais, com a pandemia do COVID-19, a publicidade se intensificou e se tornou extremamente presente no meio virtual. Além do fato de que, o consumidor perante essa situação, por precaução começou a consumir o que era essencial de modo online, se utilizando de aplicativos como os do *Ifood* e *Amazon* para obter o que precisavam. Entretanto, ao utilizar as redes para obter compras necessárias, sempre eram assediados com anúncios de objetos ou serviços que gostariam de obter, mas que não eram imprescindíveis para os próprios.

Com isso, faz-se lógico citar o hiperconsumo, que já se fazia presente na sociedade, pré-pandemia, esse acontecimento, revela no consumidor o hábito de consumir constantemente o que não se precisa de maneira necessária ou essencial, fazendo com que o particular se iluda com a ideia de que, ao consumir o que se está considerando como essencial, se alcançará felicidade e/ou exclusividade. Dessa forma, o hiperconsumo pode ser descrito, também, como uma rota de fuga do consumidor, em que se evidencia, em alguns casos, níveis de ansiedade e impulsividades altos por parte de quem está comprando, como se esse trajeto fosse uma válvula de escape.

Por conseguinte, pode-se evidenciar que o problema do hiperconsumo se agravou com a pandemia. O consumidor ao permanecer em casa sendo constantemente assediado pela publicidade intensificada das redes sociais, como já foi citado, aumentou a sua vulnerabilidade, além de que, por questões externas (pandemia), o próprio já se encontrava

fragilizado. Com isso, esse acabou sendo o cenário “perfeito”, em que todos se utilizavam do consumo para fugir um pouco da realidade caótica que estava firmada na época, usando o consumismo tanto como válvula de escape, quanto para obter uma pequena felicidade provisória. Porém, nessa conjuntura, o consumidor acabou sendo, também, vítima do sistema assediador de publicidade e da vulnerabilidade.

A partir disso, ao analisar o contexto pós pandêmico, percebe que o mesmo deixou nos consumidores péssimos hábitos financeiros, uma vez que, após a pandemia, grande parte dos consumidores adquiriram o hábito de consumir online, além de consumir muita das vezes por impulsividade e por necessidade de obter a sensação de felicidade após compra, se tornando assim esse hábito vicioso. Em que o consumidor necessita obter compulsivamente todas as atualizações do serviço ou produto que gosta, para alcançar assim, também, não somente felicidade, mas a exclusividade de estar “por dentro” das novidades impostas pelo mercado.

Ademais, ao tratar, ainda, do hiperconsumo, percebe-se que este aumentou bastante entre as crianças e adolescentes tanto pelo fator das redes sociais, quanto pelo fator da pandemia. Uma vez que, as redes sociais já influenciavam bastante esse público alvo e com o acontecimento da pandemia do COVID 19, as crianças e os adolescentes intensificaram o seu tempo de uso nas redes sociais por estarem constantemente em casa, de quarentena. Sendo assim, influenciados e assediados de maneira intensa por publicidades e oportunidades de poder consumir com cartões de crédito e bancos digitais que foram feitos somente para crianças e/ ou adolescentes adquirirem, mostrando-se assim, mais uma estratégia feita para esse público consumir, mesmo que sem nenhum estudo ou orientação financeira.

Dessa maneira, torna-se compreensível explicar sobre os estímulos que são direcionados às crianças, uma vez que se entende que os próprios são alvos mais fáceis perante o sistema de publicidade, visto que, esses são mais vulneráveis quando se trata em resistir aos assédios feitos pela mídia nas redes sociais. Além disso, entende-se que, essas crianças, querem a todo custo obter determinado produto ou serviço, essencialmente em sua grande parte, para alcançar a inclusão social e digital com relação aos seus colegas.

Com isso, é necessário citar o consumismo infantil, fenômeno esse, em que a indústria capitalista enxerga todas as crianças como os novos consumidores do amanhã. Sendo assim, entende-se que as crianças são alvos importantes aos olhos da publicidade e do mercado empresarial, que não medem esforços para cativar esse público mirim e influenciá-los a praticar um consumo precoce e distorcido. Infelizmente, esse tipo de ciclo, gera para as crianças, problemas graves, como o da obesidade, uma vez que a publicidade estimula e dissemina por meio das redes sociais produtos que são estrategicamente feitos para fascinar

esse público alvo, com o objetivo de encantar os próprios para que eles continuem constantemente consumindo em *looping*.

Ao se falar de consumismo infantil, não podemos deixar de citar que na atualidade já existem bancos digitais que possuem como público alvo, as crianças, fazendo a concessão de crédito para as mesmas. Esse fato em si, já é preocupante uma vez que grande parte do consumo de uma família, geralmente gira em torno com base nas necessidades e desejos de uma criança, entretanto³, se essa criança possui um cartão de crédito, a situação se agrava muito mais em um cenário a longo prazo. Tendo em vista que essa por não ter nenhum conhecimento econômico ou financeiro, estará precocemente alimentando um hábito de consumo que por consequência, somente aumenta as chances dessa criança de hoje ser o futuro consumidor endividado de amanhã.

Ademais, na sociedade contemporânea, é fácil perceber que se vive hoje em uma época digital que está muito bem consolidada entre os consumidores. Portanto, ao se falar das crianças de hoje e do seu consumismo, não se pode deixar de relacionar esse consumismo com os estímulos constantes que esse público alvo recebe constantemente em plataformas como o *Instagram, TikTok, Twitter*, entre outros.

Entretanto, quanto às redes sociais citadas, é necessário compreendê-las e destrinchá-las para alcançar o real problema que se tornou uma injeção diária de estímulos para as crianças, adolescentes e adultos não somente do Brasil, mas do mundo todo. Os influenciadores, esses são os verdadeiros “culpados” pelo constante incentivo que milhões de crianças sofrem todos os dias, incentivo esse para se alcançar o inalcançável. As crianças da atualidade, buscam serem aprovadas e incluídas pelos outros e elas seguem fielmente a ditadura digital imposta de forma sutil pelas blogueiras e suas famosas “publis” e indicações constantes que fazem em suas plataformas.

Como cita Bauman (2009, p.59): “as bases para a autoestima fornecida pela aprovação e admiração de outro são notoriamente, frágeis”. Entretanto, a influência que essas pessoas têm sobre o seu público, principalmente sobre as crianças, é bem resistente e estável.

O influenciador e *youtuber* Luccas Neto é a prova viva de como uma pessoa através das redes sociais pode incentivar constantemente e diariamente as crianças sobre o que consumir. Nesse caso em específico, o mesmo criou um império infantil em que ele é o rei

³ Apesar de a base de uma autoestima e a necessidade por aprovação do externo sejam frágeis, como citado por Bauman (2009, p. 59), na atualidade, o literal poder que um influenciador possui sobre o seu público, em geral, o infantil, é bastante profundo e muito bem solidificado por parte desses reconhecidos como influenciadores digitais.

que lucra com o consumismo das crianças em cima dos seus filmes, séries, shows, brinquedos e muito mais. Revelando assim a gravidade da situação, de uma era digital que não possui o mínimo respaldo e regulamentação legal que protejam as crianças de sucumbirem nessa armadilha empresarial e publicitária de adquirir o hábito de consumir constantemente em um ciclo sem desfecho.

3 A TUTELA JURÍDICA DO SUPERENDIVIDAMENTO

Entende-se que o superendividamento é um episódio que revela as dificuldades estruturais do devedor e as suas impossibilidades como pessoa física, seguida de determinada boa-fé, que se esforça para quitar todas as suas dívidas, sendo essas subsequentes de um consumo que as levou a ter débitos vencidos ou que estão prestes a vencer, excluindo-se assim às dívidas obtidas profissionalmente (MARQUES, 2010).

Com isso, compreende-se que o superendividamento é um fenômeno social e econômico identificado em diversos países, fenômeno esse, em que se identifica uma pessoa física que possui mais dívidas do que renda no que diz respeito aos seus gastos pessoais como indivíduo e/ ou membro de um núcleo familiar, podendo ser esse consumidor o provedor ou não da sua família.

A partir desse conceito básico, a doutrina começa a destrinchar a figura do consumidor, dividindo o próprio em dois perfis distintos de pessoas endividadas e o que diferencia eles é o motivo pelo qual o consumidor se endividou. No primeiro grupo, por sua vez, estariam os consumidores superendividados passivos, cujo qual, a razão do endividamento está relacionada à fatos além da sua escolha ou vontade, como por exemplo: uma doença inesperada cujo tratamento é muito oneroso ou um desemprego repentino. Por conseguinte, no segundo grupo, estão os consumidores superendividados ativos, esses por sua vez, são compostos pela pessoa física que não possui organização e controle financeiro, resultando assim em um superendividamento.

Ademais, ao se aprofundar mais no tema, compreende-se que os consumidores superendividados passivos são a minoria no quadro geral do superendividamento. Já os consumidores superendividados ativos são a predominância. Com isso, torna-se válido entender que quase nunca o motivo de um superendividamento é um grande negócio ou empréstimo que saiu de controle. O superendividamento na realidade, surge a partir do acúmulo de diversos empréstimos e negociações feitas com bancos e instituições financeiras que com o passar do tempo somadas a falta de conhecimento e controle financeiro, vão se

acumulando e aumentando a dívida do consumir, até chegar no ponto em que ele possui mais dívidas do que renda e já está superendividado.

Ademais, ao citar o acúmulo de dívidas, é proveitoso adentrar no assunto e citar quais as possíveis causas do superendividamento, sob essa perspectiva, cita Marques (2010, p. 25):

A massificação do acesso ao crédito, que se observa nos últimos anos; a forte privatização dos serviços essenciais e públicos, agora acessíveis a todos, com qualquer orçamento; as duras regras do mercado, em que o nome nos bancos de dados negativos pode significar a impossibilidade de conseguir novo emprego; a nova publicidade agressiva sobre crédito popular nas ruas; a nova forçados meios de comunicação de massa; e a tendência de abuso impensado do crédito facilitado e ilimitado no tempo e nos valores, inclusive com descontos em folha e de aposentados, podem levar o consumidor e sua família facilmente a um estado de superendividamento.

Desse modo, a partir da citação de Marques (2010, p. 25), torna-se fundamental citar a “massificação do acesso ao crédito” como um dos fatores que mais intensificam o superendividamento. A hiperliberação de crédito que ocorre no Brasil se tornou uma epidemia, ao ponto de que até crianças ou pessoas com o “nome sujo” em instituições como o SPC ou o Serasa conseguem liberação de crédito. Agravando exorbitantemente os consumidores do segundo caso que já estão superendividados.

Desse modo, torna-se válido citar o filme “Os Delírios de Consumo de Becky Bloom”, de 2019, que por sua vez, exemplifica de maneira eficaz a questão da hiperliberação de crédito relacionada com compradores compulsivos. Na trama, a personagem Rebecca Bloomwood, possuía desde a infância desejos exorbitantes de consumir roupas, acessórios e outros produtos que considerava não tão somente “bonitos”, porém também essenciais para suprir o seu vício e lhe dar a sensação passageira de felicidade. (BLOOM, 2009).

Com isso, a personagem utiliza na trama doze cartões de crédito para atender a sua necessidade interna de realizar compras, sustentando assim a sua compulsão. Entretanto, o filme, também revela que a protagonista Becky Bloom não possui renda suficiente para quitar com as suas dívidas que a própria acaba acumulando devido a utilização exagerada dos seus diversos cartões de crédito.

Sendo evidenciado também o problema do superendividamento, uma vez que, a personagem realizava como consumidora compras acima do seu poder aquisitivo, comprometendo a sua renda, com isso, a própria recorria aos seus doze cartões de crédito para sustentar o seu vício em compras. E esse ciclo levou a protagonista a uma situação de superendividamento.

A partir do citado, torna-se fundamental explorar o fato de que o conceito de consumo está deturpado na sociedade, o consumo por si é necessário para a sobrevivência humana, que necessita obter produtos e serviços básicos que envolvam alimentação, saúde, entre outros. Afinal, “Ser consumidor é ser humano. Ser consumidor é alimentar-se, vestir-se, divertir-se... é viver” (KARSAKLIAN, 2000, p. 11). Entretanto, com o passar das épocas, o capitalismo estimulou o consumo de tal forma, fazendo com que esse fosse se integrando a globalização, efetivando assim com que a sociedade de consumo e o conceito de consumo em si não fossem mais interligados apenas as questões de consumir para sobreviver mas também consumir para fazer parte, para se incluir socialmente com o que está sendo apresentado pelo mundo.

Como cita Bauman (2008, p. 90): “A relação tradicional entre necessidades e sua satisfação é revertida: a promessa e a esperança de satisfação precedem a necessidade que se promete satisfazer e serão sempre mais intensas e atraentes que as necessidades efetivas.”.

À vista disso, ao compreender que o mundo está integrado, globalizado, entende-se também que esse fato fez com que o consumidor se adaptasse para buscar e alcançar o que o mundo como um todo tem de melhor a oferecer em todos os âmbitos, superando o consumir para satisfazer apenas necessidades biológicas, indo além, tornando amplo e complexo o referido ato. Modifica-se aqui também a escala de prioridades do consumir e do que a sociedade consumista apresenta para esse particular a partir dos meios de comunicação, marketing e atualmente as redes sociais.

Com isso, ao analisar o fenômeno da globalização e como esse modificou o conceito de consumo e a sociedade consumista como um todo, torna-se manifesto identificar que o superendividamento não surgiu de maneira singular, e que o próprio, por sua vez, decorre e surge como um efeito colateral da globalização e suas mudanças. Portanto, como cita Dupas (1999, p.17), quanto as contemporâneas:

O encurtamento das distâncias entre os diversos países do mundo e a exacerbação da mídia global fizeram com que o modo de vida das sociedades de consumo ocidentais, apesar de não estar acessível a todos nem mesmo nos países ricos, fosse adotado como padrão

Diante disso, ao analisar o superendividamento no Brasil e as várias gerações de consumidores brasileiros, compreende-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC), apesar de ter sido um marco que trouxe determinada proteção aos consumidores, visando assim alcançar um equilíbrio entre fornecedor e consumidor. Ainda assim, o próprio, tornou-se insuficiente para combater o fenômeno do superendividamento, uma vez que como cita Marques (2006, p. 263), jurista:

[...] o desafio proposto pela expansão do crédito ao consumo, sem uma legislação forte que acompanhasse essa massificação, a não ser o Código de defesa do Consumidor e o princípio geral de boa-fé, criou uma profunda crise de solvência e confiança no País [...]

3.1 A NOVA LEI 14.871/2021 - LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO

Diante desse cenário, no dia 01 de julho de 2021 entrou em vigor a lei nº 14.181, que ficou conhecida como “Lei do Superendividamento”, a mesma, de acordo com a sua ementa: “Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.”. (BRASIL, 2021, online).

A partir disso, interpreta-se que a lei foi desenvolvida e criada com o intuito de prever formas de prevenção e tratamento para o superendividamento, reforçando assim a legislação para que exista mais limitações quanto a distribuição de linhas de crédito para os consumidores, trazendo também novas alternativas de equilibrar a relação do credor e do devedor endividado. Além de propor formas de negociação de dívidas que atendam as demandas do fornecedor e do consumidor.

Ademais, ao analisar essa lei, identifica-se em seu artigo 54-A, § 1º, o conceito de superendividamento que ficou definido como: “Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.”. (BRASIL, 2021, online).

Além disso, ao conceituar o fenômeno do superendividamento, esse também pode ser definido como “impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos)” (MARQUES, 2006, p. 256).

Entretanto, outros doutrinadores como Clarissa Costa Lima, refletem sobre o fato de que o fenômeno do superendividamento está interligado com a hiperliberalização exagerada de linhas de crédito, em conjunto com uma intensa convocatória por parte das mídias sociais e seu respectivo marketing, que afeta diversos consumidores que sob percepção jurídica e doutrinária são considerados como a categoria dos particulares consumistas mais vulneráveis da população brasileira.

Sendo essas pessoas que possuem baixa renda e os idosos, com isso, aumentam-se nesses casos consideravelmente as possibilidades de superendividamento. Dessa forma, o superendividamento é definido pela doutrinadora:

Trata-se da falência dos consumidores, ou melhor, daquelas situações em que o devedor se vê impossibilitado, de forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto de suas dívidas, ou quando existe uma ameaça séria de que não possa fazê-lo no momento em que elas vencerem (LIMA, 2010 p. 7).

Importante destacar o artigo 54-A, § 1º da lei em referência, na qual se encontra a definição de quem é consumidor superendividado, sendo esse: toda pessoa física (natural), que seja portador de boa-fé que não consiga quitar com totalidade as suas dívidas decorrentes dos seus consumos “exigíveis e vincendas” sem comprometer assim a sua renda (mínimo existencial) que garanta o seu sustento básico. (BRASIL, 2021, online).

Com isso, ao comparar os conceitos de consumidor e consumidor superendividado, faz-se expressa as suas diferenças quanto ao fato de que um consumidor superendividado somente pode ser pessoa natural, não se enquadrando assim consumidor pessoa jurídica como superendividado. Além disso, a citada lei somente irá proteger e alcançar o consumidor superendividado que agiu com boa-fé ao contrair as suas respectivas dívidas.

Ademais, a lei do superendividamento em si, trouxe complementação necessária e urgente acerca de conceitos como superendividamento e superendividado, definições essas que a legislação até então era ausente ao se tratar da conceituação dos mesmos, o que dificultava a toda e qualquer dinamização que estivesse relacionada com a situação do fornecedor e de um consumidor superendividado. Além disso, essa nova legislação aperfeiçoou quais são as prevenções, tratamentos e conciliações que devem ser direcionadas em casos de superendividamento.

Outrossim, quanto às mudanças específicas que a mencionada lei trouxe, vale ressaltar o que foi inserido pelo artigo 54-A, § 2º, que explicita-se que: “As dívidas referidas no § 1º deste artigo englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada.”. Especificando assim quais são os tipos de dívidas que se enquadram na modalidade de conciliação apresentada pela lei. (BRASIL, 2021, online).

Além disso, o artigo 104-A, § 1º dita que: “Excluem-se do processo de repactuação as dívidas, ainda que decorrentes de relações de consumo, oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar pagamento, bem como as dívidas provenientes de contratos de crédito com garantia real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural.”.

Definindo assim o que não está incluso no plano de repactuação de dívidas. (BRASIL, 2021, online).

A partir disso, se torna apropriado revelar que a recente lei, possui a proposta de fazer com que o consumidor superendividado consiga negociar as suas dívidas ao mesmo tempo, com base na citada repactuação de dívidas. Portanto, esse procedimento se daria de maneira pacífica entre os credores e o devedor, fazendo com que o particular endividado consiga acordar a quitação de dívidas utilizando uma singular fonte que será destinada a liquidação das dívidas pendentes.

Por conseguinte, como está disposto no artigo 104-A, caput da citada lei, para esse processo de revisão de contratos ocorrer, o consumidor superendividado deve se direcionar ao Tribunal de Justiça local, podendo também conduzir essa situação a órgãos como a Defensoria Pública, Procon ou Ministério Público, a partir disso o próprio deve requerer esse processo de repactuação de dívidas. Após isso, “o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A deste Código.”. (BRASIL, 2021, online).

Posto isso, cabe ao devedor apresentar “proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas”.

À vista disso, torna-se importante mencionar também o artigo 104-A, § 2º, que explicita que: “O não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, à audiência de conciliação de que trata o caput deste artigo acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora, bem como a sujeição compulsória ao plano de pagamento da dívida se o montante devido ao credor ausente for certo e conhecido pelo consumidor, devendo o pagamento a esse credor ser estipulado para ocorrer apenas após o pagamento aos credores presentes à audiência conciliatória.”. (BRASIL, 2021, online).

Com isso, assimila-se que a lei do superendividamento veio para além de complementar o CDC e o Estatuto do Idoso, mas também para incluir e ampliar as possibilidades que podem ajudar esse consumidor superendividado a ter uma alternativa de sair dessa situação caótica que compromete a sua renda e impacta negativamente a sua vida. Desse modo, o devedor pode com essa lei negociar todas as suas dívidas, para que as mesmas fiquem em um único plano de pagamento, eliminando assim o impasse de ter que escolher que dívida pagará primeiro.

Portanto, ainda que essa possibilidade se restrinja apenas a dívidas relacionadas a “compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada”, a própria permanece sendo extremamente vantajosa para o devedor. (BRASIL, 2021, online).

Entretanto, apesar da grande contribuição que a lei 14.181 trouxe, a própria ainda permanece sendo legislação insuficiente perante ao cenário em que se encontram milhões de brasileiros que já convivem em situação de superendividamento. Uma vez que, ao analisar a lei como um todo e as alterações que a mesma apresentou, identifica-se que a lei do superendividamento se concentrou mais em revelar propostas quanto ao tratamento do superendividamento, do que quanto à prevenção do mesmo. (BRASIL, 2021).

Apenas citando assim, brevemente, algumas exigências quanto à prevenção nos artigos 54-A a 54-G, referindo-se ao termo “educação financeira” em poucas partes da redação, como no caput do artigo 54-A. Dessa forma, explorando de maneira superficial as possibilidades de prevenção que devem ser legisladas. (BRASIL, 2021, online).

Com base no cenário atual, torna-se inegável o fato de que a remediação apesar de ser necessária, a própria, sozinha, não consegue combater, de maneira eficaz, o problema do superendividamento no Brasil. Portanto, é evidente que ainda se faz necessário obter mais legislações complementares que incentivem e proponham de maneira profunda e mais específica, fontes alternativas de prevenção, como por exemplo a educação financeira, que irão auxiliar os consumidores superendividados e alertar (prevenir) de maneira mais eficiente os consumidores que ainda não se encontram nesse estado.

4 POSSIBILIDADES DE PREVENÇÃO E COMBATE AO SUPERENDIVIDAMENTO

À vista disso, ao abordar sobre as possibilidades de prevenção e portanto, combate contra o fenômeno do superendividamento, após entender o quanto ainda é necessário obter um reforço jurídico quanto às possibilidades de prevenção. Compreende-se também que o combate ao superendividamento também necessita de complementação em outros eixos que influenciam negativamente o superendividamento quanto são esquecidos ou negligenciados. Como por exemplo, o aspecto psicológico e o aspecto pedagógico (educação financeira).

Por conseguinte, ao se tratar da possibilidade de prevenção psicológica, o ideal com essa proposta seria que houvesse a criação de programas que auxiliassem a munir os consumidores não endividados de informações que os ajudassem a aprender a resistir aos

diversos assédios que o consumidor sofre por parte do marketing que utiliza gatilhos mentais para incentivar o consumismo impulsivo que gera um determinado vício por compras.

Destarte, quanto aos consumidores que já “caíram” nas armadilhas publicitárias e conseqüentemente adquiriram um vício em compras e acabaram entrando em um estado econômico-financeiro de superendividamento. O ideal seria trabalhar justamente esse aspecto psicológico nesses consumidores superendividados para que os próprios se esforcem para tentar reverter essa situação e ressignificar o ato de compras para essas pessoas, sendo nesses casos, o trabalho de prevenção quanto ao aspecto psicológico podendo ser utilizado também como tratamento em combate ao superendividamento.

Ademais, ao abordar as possibilidades de prevenção, torna-se necessário se fazer entender que as possibilidades jurídicas, psicológicas e pedagógicas, devem funcionar em conjunto, dessa forma, uma conseguirá dar suporte e complementar a outra quando for necessário. Criando um sistema de possibilidades que ao atuarem em equilíbrio, conseguirão agir de maneira mais eficiente e adequada para combater o superendividamento, servindo tanto como prevenção, quanto tratamento.

Com isto posto, essa proposta em que as possibilidades citadas, são materializadas, em conglomerado, reunindo legislações e programas de apoio ao consumidor, seria a prevenção ideal para proteger o consumidor e precaver que o próprio se endividasse, servindo assim como precaução de longo prazo que impactará positivamente no combate ao superendividamento, agindo para que o mesmo nem aconteça em muito dos casos com esse sistema. Outrossim, a cada instante é relevante reforçar o fato de que esse conjunto também pode servir como tratamento a ser oferecido aos consumidores que já estão superendividados, portanto, atuando assim no pré e pós superendividamento.

Além disso, quando se discorre sobre a possibilidade de prevenção pedagógica que envolve diretamente a educação financeira, entende-se essa viabilidade como uma das mais importantes e adequadas que devem ser realizadas no conjunto de combate ao superendividamento. Uma vez que, esse conhecimento se faz essencial tanto para o consumidor não endividado, quanto para o consumidor que já se encontra no estado de superendividamento.

4.1 EDUCAÇÃO FINANCEIRA NO CONTEXTO NACIONAL

Mas afinal, o que é educação financeira? No boletim “Responsabilidade Social e Ambiental do Sistema Financeiro (Ano 4, nº 39)” de fevereiro de 2009 do Banco Central do Brasil (BCB), cita que “De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento

Econômico (OCDE), a educação financeira pode ser definida como o processo pelo qual consumidores e investidores melhoram sua compreensão sobre produtos, conceitos e riscos financeiros, e obtêm informação e instrução, desenvolvem habilidades e confiança, de modo a ficarem mais cientes sobre os riscos e oportunidades financeiras, para fazerem escolhas mais conscientes e, assim, adotarem ações para melhorar seu bem-estar.”. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2009, p.1).

Com isso, começa-se a entender que a educação financeira está muito além de ser apenas uma matéria de ensino, mas sim um estudo que leva os consumidores, investidores e fornecedores a obterem um estilo de vida consciente quanto ao aspecto econômico-financeiro.

Ademais, o Centro de Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)/ Comissão de Valores Mobiliários (CVM) de Educação e Alfabetização Financeira para América Latina e o Caribe, em seu documento oficial de “Recomendação sobre os Princípios e as Boas Práticas de Educação e Conscientização Financeira - Recomendação do Conselho da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico” De Julho De 2005, complementam que: “Educação financeira, portanto, vai além do fornecimento de informações e aconselhamento financeiro, o que deve ser regulado, como geralmente já é o caso, especialmente para a proteção de clientes financeiros (por exemplo, consumidores em relações contratuais)”. (OCDE/ CVM, 2005, p. 5).

Além disso, a doutrina explica que: “Educação Financeira é um conjunto amplo de orientações sobre posturas e atitudes adequadas no planejamento e uso dos recursos financeiros pessoais” (MODERNELL, 2011, p.1).

Portanto, com base no citado, compreende-se que a educação financeira é um ensino indispensável na vida do consumidor. Por isso que o doutrinador Peretti (2007, p.18) reforça a essencialidade de se oportunizar a educação financeira, ao citar que: “A pessoa alfabetizada financeiramente sabe onde quer chegar, sabe lidar com situações que estão fora da sua área de autoridade e lidar com o dinheiro, sabe como ganhar, gastar, investir, poupar e doar. Por esta razão que chamamos de Educação Financeira um instrumento capaz de proporcionar às pessoas melhor bem-estar e melhor qualidade de vida.”.

Com isso, compreende-se que a educação financeira é uma necessidade básica de aprendizagem que auxilia o indivíduo com todo e qualquer aspecto da vida que envolva dinheiro e consumo de produtos e/ou serviços. Sendo assim, torna-se nítido que a educação financeira é essencial na formação de um consumidor consciente. Além disso, ao analisar a educação em si, sabe-se que essa, está prevista na Constituição Federal em seus artigos 205 a

214, e a educação financeira sendo enquadrada como educação, pode ser considerada um direito fundamental de todo cidadão brasileiro. (BRASIL, 1988, online).

Portanto, a educação financeira pode ser definida tanto como uma necessidade básica de aprendizagem, uma vez que esse tipo de ensino é primordial tanto para o consumidor com uma vida financeira saudável, quanto para o indivíduo superendividado; quanto um direito fundamental previsto em lei, direito esse, cujo qual, todo e qualquer cidadão brasileiro deve ter acesso, principalmente por meio de políticas públicas que os forneçam.

Ademais, ao citar as políticas públicas, compreende-se essas, como um meio eficiente de inserir o ensino quanto a educação financeira na sociedade, disseminando esse conhecimento a partir de programas de EF (educação financeira) de maneira gratuita e acessível a todos na coletividade. Dessa forma, “os programas de educação financeira devem ajudar os consumidores de produtos e serviços financeiros a encontrar soluções adequadas às suas necessidades e, ao mesmo tempo, a ampliar a compreensão sobre os riscos inerentes a esse mercado” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2009, p. 1).

Isto posto, vale citar alguns programas existentes no Brasil, como a Estratégia Nacional de Educação Financeira (ENEF), que “é uma mobilização em torno da promoção de ações de educação financeira, securitária, previdenciária e fiscal no Brasil.”. A própria possui o objetivo “contribuir para o fortalecimento da cidadania ao fornecer e apoiar ações que ajudem a população a tomar decisões financeiras mais autônomas e conscientes.”. Ademais a ENEF foi criada pelo “Decreto Federal 7.397/2010, e renovada pelo Decreto Federal nº 10.393, de 9 de junho de 2020” e ela “reúne representantes de 8 órgãos e entidades governamentais, que juntos integram o Fórum Brasileiro de Educação Financeira – FBEF.”. (ENEF, 2017, online).

Além da ENEF, existe também o programa Aprender Valor, que “é uma iniciativa do Banco Central do Brasil que tem como objetivo estimular o desenvolvimento de competências e habilidades de Educação Financeira e Educação para o Consumo em estudantes das escolas públicas brasileiras. Financiado com recursos do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Programa vem sendo implementado desde o início de 2020, em caráter experimental (fase piloto), em escolas selecionadas de cinco estados (Ceará, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará e Paraná) mais o Distrito Federal.” (APRENDER VALOR, 2019, online).

Por conseguinte, no Brasil, existem também diversas formas de obter conhecimentos sobre educação financeira em canais como o *Me Poupe* e o *Primo Rico*, disponíveis em plataformas como o *Youtube*, *Instagram*, *TikTok*, etc. Ademais, existem programas

brasileiros, pagos, como o *Finclass* do Grupo Primo, que também é uma forma de alcançar a educação financeira, somente que, de maneira paga, portanto, esse tipo de plataforma se enquadraria como uma alternativa particular (paga) de realizar estudos quanto a educação financeira.

Com isso, ao compreender o significado de educação financeira e suas possibilidades públicas e privadas de acesso. Torna-se essencial relacionar esse tipo de ensino com o superendividamento. Uma vez que, a educação financeira além de servir como prevenção e tratamento de combate contra esse fenômeno, entende-se também, que a longo prazo essa pode ser uma das melhores soluções de correção do superendividamento.

Em seguida, sendo reconhecida assim a sua devida importância e essencialidade, é significativo conduzir o assunto à educação financeira na infância. Visto que, a criança de hoje, também já é um consumidor, de hoje. Portanto, o quanto antes esse indivíduo for orientado e auxiliado quanto a maneira sobre como gerir os seus impulsos e a sua respectiva vida econômico-financeira, é melhor. Dessa forma, ao ser educado financeiramente na infância, menores são as chances dessa criança se tornar mais um adulto superendividado.

Além disso, como está disposto na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE), de 2005: “A educação financeira deve ser considerada no arcabouço regulador e administrativo e deve ser tida como ferramenta para promover crescimento econômico, confiança e estabilidade, juntamente com a regulação das instituições financeiras e a proteção do consumidor (incluindo a regulação sobre informação e aconselhamento). A promoção da educação financeira não deve ser substituída por regulação financeira, que é essencial para proteger o consumidor (por exemplo, contra fraude) e que se espera que a educação financeira possa complementar.” (OCDE/ CVM, 2005, p. 5).

4.2 EDUCAÇÃO FINANCEIRA EM PERSPECTIVA REGIONAL

Por conseguinte, em dezembro de 2020, foram revelados pelo Serasa (Serviços de Assessoria S.A.) dados de que 61,4 milhões de brasileiros estavam com o popularmente conhecido, “nome sujo”. Além disso, “Uma pesquisa realizada pelo Serasa apontou que 81% dos endividados que moram na Região Norte do país têm dificuldade para dormir por conta das dívidas” (A CRÍTICA, 2022, online) e no estado do Pará, “sete a cada 10 pessoas estão endividadas.” (G1, 2021, online).

A partir desse delineamento, percebe-se que a região Norte e respectivamente o estado do Pará, possui um problema grave quando se trata da vida financeira de seus habitantes. Muito disso, é consequência da educação que por si é intensamente precária e frágil. Portanto,

ao reconhecer que os padrões de educação no Pará estão baixos, compreende-se também que a educação financeira no estado é insuficiente, gerando dados que revelam que mais da metade dos paraenses estão endividados.

Com isso, torna-se nítida a necessidade com caráter de urgência, que o Estado do Pará adquira cada vez mais políticas públicas que tragam essa inserção da educação financeira no Estado. Positivamente, o Pará foi o primeiro Estado do Brasil a tornar-se adepto de uma recém política pública que trata sobre: “um projeto-piloto de educação financeira, envolvendo o Ministério da Economia e o Banco Central do Brasil (Bacen)”. Esse projeto “beneficiará 108 escolas municipais e estaduais em todo o País.”. (AGÊNCIA PARÁ, 2019, online).

Além disso, “o Termo de Cooperação Técnica que concretiza a implementação do projeto”, integra a agenda do "Movimento Educa Pará: todos juntos pela garantia do direito de aprender.”. (AGÊNCIA PARÁ, 2019, online).

Por conseguinte, outro projeto que possui atuação no Pará quanto ao assunto educação financeira, é o Grupo de Educação Financeira da Faculdade da Amazônia (GEFAM), que possui vínculo com a faculdade de economia da UFPA. Esse grupo, é classificado como um grupo de extensão da faculdade citada, que desenvolve diversos cursos, palestras e assessorias para as pessoas, gerando diversos debates, inclusive, sobre o endividamento na Amazônia.

Entretanto, essas políticas públicas ainda são extremamente precárias e insuficientes perante o cenário que se apresenta na região Norte, principalmente no Estado do Pará. Uma vez que, além de serem poucas as iniciativas de projetos que contenham a ideia de inclusão de educação financeira, esses quando são aprovados, raramente são vistos sendo efetivados.

Portanto, a realidade quanto à educação financeira no Estado do Pará, ainda é insuficiente, sendo necessário percorrer um longo caminho para se começar a enraizar esse tipo de educação em um Estado cujo qual qualquer outro tipo de educação já não é de maior qualidade.

Com isso, compreende-se e reconhece-se a existência de iniciativas quanto a projetos incluindo educação financeira no Pará, porém deve-se reconhecer a insuficiência dos próprios perante ao contexto em que a educação em si apresenta na região Norte. Revelando assim, como e o quanto, ainda se terá que persistir muito mais nesses programas e práticas, para que de fato um dia, esses, comecem a deter alguma influência e capacidade de mudança.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, foi avaliada a relação do crédito, do consumismo e do superendividamento, compreendendo-se como surge o ciclo inadequado que é realizado pelo

consumidor impulsivo e/ou desinformado, que utiliza o crédito para amparar o seu consumismo, o que o leva a um quadro de superendividamento.

A partir dessa análise, foi realizado um estudo detalhado sobre quais seriam os impactos do uso de crédito na vida dos consumidores, revelando assim como principal impacto gerado no aspecto econômico-financeiro dessas pessoas: o fenômeno do superendividamento.

Com isso, foram-se analisados pormenorizadamente os fatos relacionados sobre o consumismo e a sua relação com a publicidade identificada como abusiva, seguida de um problema de hiper consumo que é estimulado para com o consumidor, além do transtorno referente aos estímulos que são direcionados às crianças, fazendo-se presente em todos os citados, o fenômeno do superendividamento.

Ademais, para se alcançar o objetivo de elucidar o superendividamento de maneira acessível, foi-se adentro em sua lei 14.871/2021, popularmente conhecida como a “lei do superendividamento”. Com base nisso, conseguiu-se identificar na legislação presente no Código do Consumidor, as mudanças que a referida lei trouxe e como essa ainda se apresenta insuficiente perante o cenário econômico-financeiro nacional.

Isto posto, vale ressaltar que a metodologia adotada, foi extremamente adequada para o que era necessário alcançar-se com esse artigo. Uma vez que, todos os princípios e conceitos explorados em pesquisas bibliográficas e documentais auxiliaram na análise do objetivo e respectivamente na pergunta problema que deveria ser respondida.

Por fim, por meio do estudo realizado neste artigo, acredita-se que além da pergunta problema ter sido respondida ao decorrer desse, também foram apresentadas ao final, possibilidades de prevenção em combate ao superendividamento, tanto públicas, como privadas, sob integralidade nacional. Reforçando que essas possibilidades ainda se apresentam insuficientes. Entretanto, dando enfoque à educação financeira e a apresentação que foi feita sobre os projetos de educação financeira no Estado do Pará.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA, RKL. O superendividamento do consumidor: abrangência, conceito, prevenção e recuperação. **RKL**, 2017. Disponível em: https://www.rkladvocacia.com/o-superendividamento-do-consumidor-abrangencia-conceito-prevencao-e-recuperacao/#_ftn1. Data de acesso: 28 de setembro de 2022.

AM, G1. Mais de 80% dos endividados da Região Norte sofrem insônia por conta das dívidas, diz pesquisa. **G1**, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2022/11/17/mais-de-80percent-dos-endividados->

da-regiao-norte-sofrem-insonia-por-conta-das-dividas-diz-pesquisa.ghtml. Data de acesso: 28 de setembro de 2022.

AMORIM, Daniela. Julho tem recorde com 78% das famílias endividadas, aponta CNC. **Uol Economia**, 2022. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2022/08/08/julho-tem-recorde-de-78-das-familias-endividadas-e-29-inadimplentes-diz-cnc.htm#:~:text=Em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%20julho%20de,7%20ponto%20porc entual%20ante%20junho.> Data de acesso: 28 de setembro de 2022.

ANDRADE, Eduarda. Índices de endividamento crescem no Brasil e especialista emite um ALERTA sobre os riscos desse cenário. **FDR**, 2022. Disponível em: <https://fdr.com.br/2022/08/19/indices-de-endividamento-crescem-no-brasil-e-especialista-emite-um-alerta-sobre-os-riscos-desse-cenario/>. Data de acesso: 28 de setembro de 2022.

ARAÚJO. Fernando Cosenza; CALIFE. Flavio Estevez. A história não contada da educação financeira no Brasil. **Boa Vista Serviços**, 2014. Disponível em: <https://www.boavistaservicos.com.br/wp-content/uploads/2014/08/A-hist%C3%B3ria-n%C3%A3o-contada-da-educa%C3%A7%C3%A3o-financeira-no-Brasil.pdf>. Data de acesso: 28 de setembro de 2022.

BAUDRILLARD, Jean. **O sistema dos objetos**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BLOOM, Os Delírios de Consumo de Becky. Direção: Paul John Hogan. Produção: Jerry Bruckheimer; Ron Bozman. Estados Unidos, 2009. DVD.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF.

BRASIL, Lei nº 14.181, de 01 de Julho de 2021. Institui a Lei do Superendividamento. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF.

BRASIL, Lei Fundamental, de 5 de outubro de 1988. Institui a Constituição Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF.

COSTA, Jonny Araújo da; ALVES, Fabrício Germano; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; WADA, Ricardo Morishita. **SUPERENDIVIDAMENTO e defesa do consumidor**. São Paulo: Perse, 2021. Disponível em: <https://redesuldenoticias.com.br/content/uploads/2021/11/SUPERENDIVIDAMENTO-E-DEFESADO-CONSUMIDOR-VERSAO-2.pdf#page=247>. Data de acesso: 11 de outubro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cartilha sobre o tratamento do Superendividamento do consumidor**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: [/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/cartilha-superendividamento.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/cartilha-superendividamento.pdf). Data de acesso: 11 de outubro de 2022.

CONSUMISMO infantil um problema de todos. **CRIANÇA E CONSUMO**, [entre 2010 e 2012]. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/consumismo-infantil/>. Data de acesso: 11 de outubro de 2022.

CONCURSOS, Supremo. Como funciona a Lei do Superendividamento. **Supremo**, 2022. Disponível em: <https://blog.supremotv.com.br/como-funciona-a-lei-do-superendividamento/>. Data de acesso: 17 de outubro de 2022.

CONCEITO de Educação Financeira no Brasil:. **ENEF Estratégia Nacional de Educação Financeira**, 2017. Disponível em: https://www.vidaedinheiro.gov.br/educacao-financeira-no-brasil/?doing_wp_cron=1669395122.9051868915557861328125. Data de acesso: 17 de outubro de 2022.

CHINI, Alexandre; CARVALHO, Diógenes Faria de. O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO: UMA RESPOSTA AO DESAMPARO NA SOCIEDADE MODERNA. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v.21, p. 15-60, 2º sem. 2014. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume21/volume21_39.pdf. Data de acesso: 17 de outubro de 2022.

CONSUMIDOR x Fornecedor. **TJDFT**, 2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/educacao-semanal/consumidor-x-fornecedor#:~:text=Conforme%20o%20artigo%20%2C%20BA%20do,fornecedor%20de%20produtos%20ou%20servi%C3%A7os>. Data de acesso: 27 de outubro de 2022.

DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

EILBERG, Ilana Finkielsztejn. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E AS RELAÇÕES DE CONSUMO. **Revista dos Tribunais Online**, 2010.

ENDIVIDAMENTO das famílias bate recorde em julho. **FOLHA DE S.PAULO**, 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/08/endividamento-das-familias-bate-recorde-em-julho.shtml>. Data de acesso: 27 de outubro de 2022.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa, EL KADRI, Nádia Mahmoud Safade. Globalização, consumo e superendividamento. **Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=07a96b1f61097ccb#:~:text=A%20globaliza%C3%A7%C3%A3o%20parece%20estar%20a,limita%C3%A7%C3%B5es%20%C3%A0s%20conseq%C3%BC%C3%A2ncias%20da%20globaliza%C3%A7%C3%A3o>. Data de acesso: 6 de novembro de 2022.

H, José Rivero. NECESSIDADES BÁSICAS DE APRENDIZAGEM E EDUCAÇÃO DO CONSUMIDOR. **Revista dos Tribunais Online**, 1993.

KARSAKLIAN, Eliane. **Comportamento do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2000.

LEI do Superendividamento: conheça as principais as alterações no CDC!. **CHC ADVOCACIA**, 2022. Disponível em: <https://chcadvocacia.adv.br/blog/lei-do-superendividamento-tudo-o-que-voce-precisa-saber/>. Data de acesso: 06 de novembro de 2022.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: [http://joinville.ifsc.edu.br/~thiago.alencar/Tecnologo_Mecatronica/TCC1/outros/Fundamentos%20de%20Metodologia%20Cien%20-%20Eva%20Maria%20Lakatos\(1\).pdf](http://joinville.ifsc.edu.br/~thiago.alencar/Tecnologo_Mecatronica/TCC1/outros/Fundamentos%20de%20Metodologia%20Cien%20-%20Eva%20Maria%20Lakatos(1).pdf). Data de acesso: 10 de novembro de 2022.

LIPOVETSKY, Gilles. **O Império do Efêmero: A moda e seu destino nas sociedades modernas**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOURA, Natalia. Consumismo: você sabe o que é isso?. **POLITIZE!**, 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/consumismo-o-que-e/>. Data de acesso: 10 de novembro de 2022.

MENEZES, Carol. Pará adere a projeto nacional e vai inserir educação financeira no currículo das escolas públicas. **AGÊNCIA PARÁ**, 2019. Disponível em: <https://agenciapara.com.br/noticia/16720/para-adere-a-projeto-nacional-e-vai-inserir-educacao-financeira-no-curriculo-das-escolas-publicas>. Data de acesso: 17 de novembro de 2022.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

O QUE é o Programa Aprender Valor?. **Aprender Valor**, 2019. Disponível em: <https://aprendervalor.caeddigital.net/#!/programa>. Data de acesso: 17 de novembro de 2022.

O QUE é crédito e como usá-lo com responsabilidade. **O ECONOMISTA**, 2019. Disponível em: <https://www.oeconomista.com.br/o-que-e-credito-e-como-usa-lo/>. Data de acesso: 18 de novembro de 2022.

OROZIMBO, Makário; BEVILACQUA, Solon. EDUCAÇÃO FINANCEIRA E SUPERENDIVIDAMENTO: UM ESTUDO DE CASO. **Omnia Sapientiae**, Mossoró, v.2, n.1, p.6-17, jan/abr. 2022. Disponível em: <https://revistas.catolicadorn.com.br/omnia/article/view/31/17>. Data de acesso: 18 de novembro de 2022.

OCDE/CVM de Educação e Alfabetização Financeira para América Latina e o Caribe. **Recomendação sobre os Princípios e as Boas Práticas de Educação e Conscientização Financeira**, julho de 2005. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/fin/financial->

education/%5BPT%5D%20Recomenda%C3%A7%C3%A3o%20Princ%C3%ADpios%20de%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20Financeira%202005%20.pdf. Data de acesso: 19 de novembro de 2022.

PESSOA, Cristiane Azevêdo dos Santos; JUNIOR, Ivail Muniz. EDUCAÇÃO FINANCEIRA ESCOLAR: CONSTRUÇÕES, CAMINHOS, PESQUISAS E POTENCIALIDADES PARA O SÉCULO XXI. **Revista de Educação Matemática e Tecnológica iberoamericana**, 2021.

PROTEÇÃO por equiparação: quem ocupa o lugar de consumidor, segundo o STJ. **STJ**, 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/03102021-Protacao-por-equiparacao-quem-ocupa-o-lugar-de-consumidor--segundo-o-STJ.aspx>. Data de acesso: 19 de novembro de 2022.

PROJETO de educação financeira nas escolas públicas é expandido para todo o país. **GOV.BR**, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2021/05/projeto-de-educacao-financeira-nas-escolas-publicas-e-expandido-para-todo-o-pais#:~:text=Projeto%20de%20educa%C3%A7%C3%A3o%20financeira%20nas%20escolas%20p%C3%BAblicas%20%C3%A9%20expandido%20para%20todo%20o%20pa%C3%ADs,-Expectativa%20%C3%A9%20atingir&text=O%20programa%20Aprender%20Valor%2C%20do,de%20educa%C3%A7%C3%A3o%20financeira%20e>. Data de acesso: 19 de novembro de 2022.

PROGRAMA do Banco Central ensina educação financeira a crianças e jovens. **GOV.BR**, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2022/11/programa-do-banco-central-ensina-educacao-financeira-a-criancas-e-jovens>. Data de acesso: 19 de novembro de 2022.

PA, G1. Banco Central aponta que 7 em cada 10 pessoas estão endividadas no Pará. **G1**, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2021/04/06/banco-central-aponta-que-7-em-cada-10-pessoas-estao-endividadas-no-para.ghtml>. Data de acesso: 20 de novembro de 2022.

ROCHA, Thiago dos Santos. Dos conceitos de consumidor, fornecedor, produto e serviço no CDC. **JUS.com.br**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67844/dos-conceitos-de-consumidor-fornecedor-produto-e-servico-no-cdc/2>. Data de acesso: 20 de novembro de 2022.

SUPERENDIVIDAMENTO. **TJDFT**, 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/educacao-semanal/superendividamento#:~:text=A%20rec%C3%A9m%20aprovada%20Lei%2014.871,%20o%20m%C3%ADnimo%20para%20sua%20sobreviv%C3%A4ncia>. Data de acesso: 20 de novembro de 2022.

SUPERENDIVIDAMENTO: o que é e como evitar. **BV Banco**, 2022. Disponível em: <https://www.bv.com.br/bv-inspira/orientacao-financeira/superendividamento>. Data de acesso: 20 de novembro de 2022.

SMITH, Adam. **Os Economistas - A Riqueza das Nações**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996.

SANTOS, Liana Ribeiro dos. **Boletim Responsabilidade Social e Ambiental do Sistema Financeiro**. Brasília: BCB, 2009. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/boletimrsa/BOLRSA200902.pdf>. Data de acesso: 20 de novembro de 2022.

SANTOS, Tarcyane Cajueiro. A sociedade de consumo, os media e a comunicação nas obras iniciais de Jean Baudrillard. **Revista Galáxia**, 2011.

TORRANO, Matheus. O que é crédito, quais os tipos e suas vantagens e desvantagens. **Provi**, 2022. Disponível em: <https://provi.com.br/blog/financas/o-que-e-credito/>. Data de acesso: 20 de novembro de 2022.

81% DOS ENDIVIDADOS da região Norte sofrem insônia por conta das dívidas, revela pesquisa. **A CRÍTICA**, 2022. Disponível em: <https://www.acritica.com/geral/81-dos-endividados-da-regi-o-norte-sofrem-insonia-por-conta-das-dividas-revela-pesquisa-1.287161>. Data de acesso: 20 de novembro de 2022.

A ROMANTIZAÇÃO DA FIGURA DO CRIMINOSO EM CRIMES VIOLENTOS: UMA VIOLAÇÃO DO DIREITO DAS VÍTIMAS

THE ROMANTICIZATION OF THE CRIMINAL FIGURE IN VIOLENT CRIMES: A VIOLATION OF VICTIMS RIGHTS

Recebido em	30/11/2022
Aprovado em	06/02/2022

Enaily de Queiroz Costa¹
Lais Cardoso da Mota e Souza²
Carlos Alberto Valcácio dos Santos³

RESUMO

O consumo de conteúdos que abordam crimes vem aumentando exponencialmente nos dias atuais, não somente os crimes apresentados em obras ficcionais, mas, especialmente, de crimes de grande repercussão midiática. Observa-se um interesse excepcional por indivíduos que praticaram condutas delituosas violentas e por vezes essa obsessão se dá de forma a romantizar atitudes destes e até mesmo glamourizando-as. Assim, o presente trabalho tem por escopo buscar as prováveis origens deste fascínio, e os motivos levam os espectadores a terem empatia ou afeição por figuras que normalmente seriam hostilizadas pelo que cometeram. Aliado a essa busca pelas motivações envolvidas em tais comportamentos, defende-se que a romantização de condutas criminosas pode repercutir em um processo de revitimização. Para atingir o objetivo proposto utilizou-se o método bibliográfico e documental consistente em pesquisa explicativa a partir da leitura e análise de livros, artigos e pesquisas, de âmbito nacional e internacional. Verificou-se então os possíveis fatores causais para o fenômeno da romantização e suas consequências.

Palavras-chave: Romantização do criminoso; crimes violentos; revitimização.

¹ Graduanda no 8º período do curso de direito do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Aluna de Mobilidade internacional na Universidade do Porto em Portugal, durante um semestre em 2022. Monitora Bolsista de Direito Constitucional em 2021. ID LATTES: 8469890149757621. E-mail: queirozenaily@gmail.com.

² Graduanda no 8º semestre do curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Estagiária no Tribunal de Justiça do Estado do Pará. ID LATTES: 8870017509827035. E-mail: laiscardosomota@hotmail.com.

³ Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) - Pará. Pós-graduado em Direito Médico & Proteção Jurídica à Saúde pelo Instituto de Pós-Graduação (IPOG). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Graduado em Processamento de Dados pela Universidade Ibirapuera - SP. Pós-graduado em Administração de Banco de Dados pela Faculdade de Informática e Administração Paulista. Membro do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Mediador judicial formado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Empreendedor na empresa Radice Educacional SS. Professor de Graduação e Pós-graduação nas áreas do Direito e das Ciências da Saúde. Mais de 25 anos de experiências docente em todos os níveis. ID LATTES: 5870111126587194. E-mail: carlos.santos@prof.cesupa.br.

ABSTRACT

The consumption of content that addresses crimes is increasing exponentially these days, not only the crimes presented in fictional works, but, especially, crimes of great media repercussion. There is an exceptional interest in individuals who have committed violent criminal conduct and sometimes this obsession takes place in a way that romanticizes their attitudes and even glamorizes them. Thus, the scope of this work is to seek the probable origins of this fascination, and the reasons that lead viewers to have empathy or affection for figures who would normally be hostile for what they committed. Allied to this search for the motivations involved in such behaviors, it is argued that the romanticization of criminal conduct can have repercussions in a process of revictimization. To achieve the proposed objective, the bibliographic and documentary method was used, consisting of explanatory research based on the reading and analysis of books, articles and research, both national and international. The possible causal factors for the phenomenon of romanticization and its consequences were then verified.

Keywords: Romanticization of the criminal; violent crimes; revictimization.

1 INTRODUÇÃO

A romantização pode ser entendida como uma idealização, uma postura que implica em poetizar um ato ou conduta, tornando tal ato ou conduta romântica (INFOPÉDIA, 2022). Dentro do contexto da presente pesquisa, o fenômeno da romantização apresenta-se como um processo de minimização da gravidade da prática criminosa e dos indivíduos que praticaram delitos penais, em especial dos crimes dolosos contra a vida.

Seguindo nesta linha de raciocínio, a romantização do ato e mesmo da figura do criminoso acaba por emprestar uma aura de glamourização, de heroísmo que faz com que uma conduta socialmente reprovável e tipificada penalmente acabe por ganhar a simpatia e mesmo a empatia social. Resta claro que este processo de romantização de uma conduta criminosa e a elevação da figura do criminoso a um patamar heróico acaba por lesionar, mais uma vez, as vítimas diretas e indiretas (família, pessoas próximas da vítima) em um processo perverso de revitimização.

A extensa produção midiática envolvendo a discussão e a visão romantizada de crimes de grande repercussão e mesmo a criação de obras de ficção em que crimes e criminosos são vistos de uma forma absolutamente glamourizada demonstram que, de fato, o homem da sociedade pós-moderna deleita-se com os ínfimos detalhes das práticas criminosas e mais, acaba por elegê-los como seus heróis e mesmo como ideais de conduta.

O presente trabalho surge da inquietação em buscar os porquês desse interesse e, principalmente, aferir os motivos que geram a empatia social com a figura do criminoso.

Para responder aos questionamentos levantados buscou-se realizar uma pesquisa explicativa a partir da utilização de procedimento bibliográfico e análise documental, compreendendo a utilização de livros, artigos e pesquisas sobre o tema em âmbito nacional e internacional (GIL, 2022).

Em um primeiro momento, analisar-se-á a forma como se dá a romantização da conduta e da figura do criminoso pela sociedade, de modo a buscar as possíveis origens do fascínio por pessoas que cometeram crimes cruéis e fruto de indignação coletiva e, principalmente, questionar o porquê crimes violentos podem despertar sentimentos positivos nas pessoas em relação aos autores de tais condutas criminosas. Algumas hipóteses são elencadas para justificar tal fascínio como uma possível transgressão da realidade para a ilusão e mesmo a projeção social quanto o criminoso; e ainda, em relação a uma parafilia denominada de hibrístofilia, bem como o papel da mídia televisiva e cinematográfica, como disseminadora de tais informações.

Em um segundo momento, a análise debruçou-se sobre alguns casos paradigmáticos com o objetivo de exemplificar de forma mais contundente as situações de idealização, apresentando de forma mais concreta as características que permeiam tais situações.

Observa-se então, no caso do Maníaco do Parque, indivíduo que através de sua persuasão convencer mulheres a serem suas modelos, quando na verdade estas seriam suas vítimas, e ainda a maneira aparentemente positiva como parcela social reagiu a tal conduta, se tornando fãs do sujeito.

Ademais, versa sobre série de grande repercussão nacional e internacional, a denominada "La Casa de Papel", a qual transforma a visão da figura de criminosos que estão assaltando a Casa da Moeda da Espanha, com diversas condutas ilícitas, com mais de 60 reféns, são tidos como verdadeiros heróis, assim, a série retrata a ideia de idealização.

E ainda visando a exemplificação de situações de idealização, discorre sobre a fatídica história de Jeffrey Dahmer, um *serial killer* canibal, o qual mesmo diante de práticas abusivas e condutas penalmente adversas, este ainda se tornou uma figura por quem se cria compaixão e apreço, vez que este também ganhou diversas fãs.

Ao final, o foco da pesquisa desloca-se para a análise acerca do impacto do processo de glamourização do criminoso nas vítimas, sejam elas diretas ou indiretas, com o intuito de perceber de que forma esse comportamento social acaba por provocar graves prejuízos e mesmo violar direitos das vítimas em um processo que ocorre em paralelo com a glamourização, a revitimização.

Por conseguinte, conclui-se pela análise que possíveis fatores que levam ao fenômeno da romantização, ensejando em uma drástica violação dos direitos das vítimas.

2 ROMANTIZAÇÃO DA FIGURA DO CRIMINOSO: CAUSAS

O criminoso, entendido como aquele que comete um crime, ou seja, pratica uma conduta típica, ilícita e culpável (nos moldes do Código Penal Brasileiro), vem se tornando alvo de romantização social. Sendo esta figura alvo de tal romantização, assim, entende-se a esta como, advinda do verbo romantizar como "tornar algo mais atraente, interessante ou romântico do que é a realidade" (CAMBRIDGE DICTIONARY, 2014, *tradução livre*). Isto é, um fenômeno que enseja na minimização da conduta do agente delitivo, ensejando na criação de empatia, de atração pela sua infração e banalizando a figura passiva, qual seja a vítima.

Diante dessa romantização, é necessário que se indague sobre as possíveis causas, ou seja, os fatores que levam um indivíduo, e por vezes grande parcela da sociedade, a criar sentimentos e atos de empatia com indivíduo que cometeu infrações. Assim, analisamos, com base em percepções da psicanálise, a forma como a ilusão pode interceder na realidade fazendo com que a nossa vivência atual seja espelhada em nossa vivência virtual (LAMANNO, 1994).

Além disso, outra seria a imagem projetada sobre a figura do criminoso, isto é, a maneira como a sociedade enxerga o indivíduo transgressor, as razões pelas quais condutas que deveriam ser alvo de desprezo, angústia, e até repulsa, desenvolvem na verdade sentimento de admiração (ZAGO, 2011).

Há ainda, uma parafilia, denominada de hibristofilia, onde esta consiste em desenvolver de uma atração sexual, por um indivíduo que cometeu um crime, uma afeição para além da pura admiração, mais de almejar se envolver com a figura do criminoso (BRUNS, 2022).

Ademais, outro fator causal é a mídia como disseminadora de ditames a sociedade, esta que, mesmo sendo fato inegável de evolução, que difunde perspectivas com intuito de gerar envolvimento do telespectador, para que este gere audiência e conseqüentemente lucro para emissoras ou plataformas de streaming. Mas o que muitas vezes não se percebe é a maneira como a mídia pode ser utilizada como uma ferramenta de inversão de valores sociais, de ideologias pessoais (CARVALHO et al., 2018).

Posto isso, tais pontos mencionados, em relação a causas que podem gerar a efetiva romantização da figura do indivíduo, serão expostas a seguir.

2.1 A INTERSEÇÃO DA ILUSÃO COM A REALIDADE

A sociedade pós-moderna ainda se espelha em ideais do tradicionalismo, ideais de conquistas, tais como de encontrar o "par perfeito"/ o parceiro dos seus sonhos, e assim milhares de pessoas passam por nossas vidas diante dos mais variados tipos de relação. O fato é, "o que faz com que tenhamos um interesse tão exclusivo em uma pessoa?", este questionamento nos leva a analisar o mundo das ideias, e perceber o fenômeno da ilusão. Para tal, cumpre citar Lamanno (1994, p. 12):

Da psicanálise advém a ideia de que todos nós temos a ilusão original representada pelo desejo de retornar a um estado ideal, livre de conflitos, um estado onde impera a recusa de separação de corpos e de indivíduos, de perda e do luto, do tempo e da morte. Temos também uma memória inconsciente que registra tudo: infância, mãe, pai, irmãos, o mundo relacional onde se desenrola a trama psíquica de Narciso a Édipo.

Lamanno em seu livro "repetição e transformação na vida conjugal" explica como nossa vivência virtual, isto é, as vivências da infância que tivemos com figuras familiares, se decifram como uma ilusão original. O encontro do "par perfeito" consistiria no reencontro de uma ideia anterior, encontrar no outro aquilo que lhe foi escasso ou lhe foi abundante, criando assim o que a autora chamou de "núcleo de vivência mútua", a qual seria a convergência da vivência atual com a vigência virtual. Posto isso, essa ligação coloca em uma moldura a relação que se estabelece entre os indivíduos (LAMANNO, 1994, p. 15).

Nesse sentido, quando observamos uma afeição por um indivíduo que praticou crimes violentos, poderíamos ter como explicação o fenômeno da ilusão, ao feito que a vivência virtual, seja ela de carácter bondoso ou repulsivo, se encontra nas características de outrem, criando um interesse talvez consequência de uma ilusão. Óbice, todavia, surge, quando o indivíduo pelo qual se criou interesse é figurado como um criminoso, questionando assim o porquê desse ímpeto de sentimentos.

Ainda nesse aspecto, diante do conceito de ilusão, a qual traduz-se de forma que "a distensão do vínculo com a realidade vai mais longe; a satisfação é obtida através de ilusões, reconhecidas como tais, sem que se verifique permissão para que a discrepância entre elas e a realidade interfira na sua função" (FREUD, 1930, p. 88 *apud* ZAGO, 2011, p. 13). Isto é, entender a realidade como insuficiente para aquilo que é desejado, e assim transgredir para o campo da imaginação fazendo com que esta reflita em uma realidade inconsistente, inconcreta (ZAGO, 2011).

Posto isso, a transgressão da realidade teria ligação não tão somente com a vivência virtual, mas com a ilusão em sentido aspiração, de anseio de algo ou alguém em determinados moldes. Assim, a empatia com a figura do criminoso se daria pelo reencontro de vivências passadas, bem como em razão do indivíduo acreditar naquele criminoso com um ser que irá se encaixar nos moldes de sua imaginação, enxergando-o como "par perfeito".

2.2 IMAGEM PROJETADA SOBRE A FIGURA DO CRIMINOSO

A imagem do indivíduo transcorre para além daquilo que é pretendido por ele, sendo vislumbrado pela forma como a sociedade o enxerga, pela maneira como se dá a sua imagem social, e assim, o criminoso poderia ser observado com empatia, com heroísmo. Nesse sentido, a sociologia explica esse ponto de vista a partir da relação entre o homem, e aqui entendemos ser humano, com as normas sociais, isto pois seria em torno da relação com as normas que se explicaria a transgressão criminal (ROBERT, 2007, p. 125 *apud* ZAGO, 2011, p. 18). Por conseguinte, a análise a ser abordada consiste na empatia social desenvolvida através da visão da figura do criminoso como herói, como aquele indivíduo que gerou o enfraquecimento do sistema público, como ser de coragem para ir contra as normas positivas.

Assim, como bem aduz Hobsbawn (1969, p. 132-133 *apud* ZAGO, 2011, p. 17), "existe aquilo que fica quando eliminamos a moldura local e social do bandoleirismo: uma emoção permanente e um papel permanente. Há a liberdade, o heroísmo e o sonho de justiça". Essa é uma visão um tanto romântica, no sentido da literatura, em razão do puro sentimentalismo gerado pelos admiradores dessa figura transgressora, e a supervalorização desses sentimentos, poderiam vir a desenvolver a romantização em si. Isto é, iniciar um processo de exaltação da figura do criminoso com um herói, como aquele capaz de subestimar as normas positivadas do direito.

Nesse enredo, Adelaide Caires (RODRIGUES, 2009), neuropsicóloga, observa a atração desenvolvida por um criminoso, como fator que acontece em razão da identificação de rompimento das barreiras sociais, como os atos proibidos fossem alvo de admiração e ao mesmo tempo de ligação o seu próprio eu, com suas tragédias pessoais, não conseguindo assim se identificar pelo lado da vítima e sim do lado, e conseqüentemente com o transgressor.

Diante desses fatores, para além do sentimento de heroísmo e de identificação, observa-se ainda uma visão do homem transgressor como sujeito provedor atenção e carinho, isso pois, em uma visão abrangente, mulheres que tendem a se apaixonar ou demonstrar atração por criminosos vivenciaram ou vivem vidas sofridas. Todavia, esse sofrimento não

seria somente por uma visão virtual de sua infância ou em razão de violências anteriores, mas pelo sofrimento emocional desenvolvido por diversos fatores. Dessa maneira, em razão de tamanha vulnerabilidade emocional, "qualquer gesto de carinho, qualquer palavra mais doce por parte do preso (da figura do criminoso num geral) ou um simples elogio já as seduz" (RODRIGUES, 2009, p. 1554).

Nesse contexto, "é o homem que abarca, a partir de sua conduta antissocial e de sua condição prisional, idealizações e ilusões provindas do imaginário dessas mulheres, de forma a se tornar um potencial provedor de amores e desejos." (ZAGO, 2011, p. 17). Por conseguinte, são estas características que por vezes atraem futuras vítimas de criminosos e ainda, também seriam passíveis de serem apreciados por parte da sociedade a ponto de se desenvolver um sentimento de empatia, de minimização dos delitos e de apreciação do criminoso ou do delinquente.

Outrossim, há de se mencionar que esta imagem projetada sobre a figura do criminoso concebe uma inversão de valores, sendo "uma transformação onde não se sabe o que é certo ou errado, positivo ou negativo, moral ou imoral. Neste contexto, as pessoas questionam, ou não reconhecem seus princípios e valores em si mesmos. Há uma impressão de que o mundo está ao contrário e confuso" (CARVALHO *et al.*, 2018, p. 9). Isto é, a imagem criada de herói, a empatia desenvolvida, nos faz questionar nossos próprios princípios, nossas próprias ideologias.

2.3 A HIBRISTOFILIA COMO PARAFILIA QUE ACOMETE A ATRAÇÃO POR CRIMINOSOS

O termo "hibristofilia" surgiu em meados de 1950, pelo psicólogo John Money, muito usado por criminologistas como uma das possíveis causas para a romantização de pessoas que cometeram crimes violentos. Também chamada de "Síndrome de Bonnie e Clyde" que faz alusão ao casal dos anos 1930, onde Bonnie se apaixona por Clyde, um criminoso que está preso, e após sair da prisão, começam a assaltar. Sendo assim, a hibristofilia consiste em uma parafilia em que uma pessoa sente afeição e desejo sexual por um indivíduo que cometeu crimes violentos como estupro e assassinato, ou que tenha praticado qualquer fato considerado penalmente como desviante (BRUNS, 2022).

Nesse sentido, importa ressaltar que comumente essa parafilia acomete mulheres heterossexuais, algumas se dedicam a um relacionamento amoroso com esses sujeitos e se doam ao máximo para satisfazê-los. Assim, diante desse fator de gênero acometido por esta parafilia, em um estudo feito pela criminologista Bruns (2022) as mulheres relatam que

quando estiveram presas receberam poucas ou nenhuma visita dos companheiros, recebendo apoio unicamente da família, o que evidencia que o comportamento de dedicação parte na maioria das vezes de mulheres.

Muito se discute sobre a figura da “mulher de bandido”, por vezes descrita como uma mulher pobre, ignorante e feia, entretanto, Gilmar Rodrigues em seu livro "Loucas de Amor" (2009) esclarece que mulheres hibrófilas são das mais diversas características, incluindo mulheres de boas condições financeiras, universitárias e bonitas.

Frente o exposto, algumas possíveis explicações para tal fato trazidas pela revista de psicologia "A Mente é Maravilhosa" (HIBRISTOFILIA, a atração por criminosos, 2021, *online*) são de que o sistema machista e patriarcal em que a sociedade foi fundada pode ter uma grande influência nisso, tendo em vista que o sexo feminino sempre foi objeto de dominação masculina, visto como frágil e inferior, necessitando da proteção e cuidado de um homem. Nesse diapasão, pode-se inferir que, contraditoriamente, a figura de um homem violento pode ser sinônimo de proteção para muitas mulheres que enraizaram tal comportamento decorrente de suas vivências.

Por fim, a própria sociedade e a cultura em que a pessoa está inserida podem determinar, em parte, a atratividade por homens perigosos. Isso porque, nessas sociedades e culturas, está incutido nos papéis tradicionais de gênero que a mulher deve ser submissa e o homem dominante, influenciando as preferências das mulheres. (HIBRISTOFILIA, a atração por criminosos, 2021, *online*)

O psicólogo Alexander Baz, em entrevista concedida ao blog Sala de TV, de Jeff Benício, fomenta tal ideia, e afirma que “Além das fantasias, elas acreditam que estarão protegidas do perigo ao se relacionar justamente com quem representa o perigo. Uma ideia delirante” (BENICIO, 2022).

Outra hipótese aceita é a de que essas pessoas tenham traumas passados causados por algum tipo de relacionamento abusivo, seja este amoroso ou não. Uma mulher que aprendeu que o amor se dá de forma violenta e agressiva tende a querer uma aproximação a aqueles que lhe tragam esse sentimento. Ou até mesmo o contrário, como destaca Rodrigo Bertolotto ao citar Sheila Isenberg em seu livro *Women Who Love Men Who Kill*:

Para a norte-americana Sheila Isenberg, autora de "*Women Who Love Men Who Kill*" (mulheres que amam homens que matam, em tradução livre), o perfil predominante é de "moças danificadas" por infâncias dolorosas e histórico de abusos. Segundo ela, a atração não é porque são violentos, mas por serem "homens que estão vivendo atrás das grades e não podem machucá-las (BERTOLOTTO, 2021, *online*).

Diante disso, a criminóloga Érika Bruns (2022), ao entrevistar dezenas de mulheres, explica que são muitas as motivações, não há apenas uma causa para a hibrístofilia e romantização desses sujeitos. Entre essas causas pode estar a busca por proteção, já mencionada, projeção social e fama, há também aquelas que querem estar no controle da relação e entre outros motivos.

2.4 A MÍDIA COMO DISSEMINADORA DE DITAMES SOCIAIS

O direito fundamental à informação, vem se tornando cada vez mais amplo e célere, isso em razão dos meios tecnológicos desenvolvimentos pela ciência, os quais são capazes de alcançar um público mais amplo, bem como podendo direcionar a informação apenas de uma maneira, isto é, a transmissão, predominante, de apenas um ponto de vista de forma unilateral. Desse modo, a transmissão de informações, ou melhor, a forma como estas são veiculadas transmitem ditames sociais de comportamento, assim como o prévio julgamento de um fato ou de alguém, podendo este ser disseminado como prejudicial ou como admirável socialmente (HECKSHER, 2019)

Observa-se então, a mídia como veículo de disseminação de informações por vezes arbitrário, trazendo à tona uma figura do criminoso como alguém que cometeu um ato heroico, uma conduta honrosa, isto é um ser que independentemente de suas condutas de cunho ilícito é tido como admirável. Nesse sentido, a mídia difunde uma ideia um tanto cesarista da figura do criminoso, assim, na visão de Liza Bastos Duarte (2001, p.144 *apud* HECKSHER, 2019, p. 14):

Para muitos, a ação midiática é responsável mesmo pela implementação de novas racionalidades e formas de pensamento, com influência na própria produção de sentido e percepção moral, promovendo, assim, alterações profundas de caráter ético, estético e ideológico.

Seguindo esta vertente de influência da mídia nas percepções sociais, traz-se à tona entendimento de Pierre Bourdieu (1997, p. 77 *apud* HECKSHER, 2019, p. 15), a figura do jornalista não pode ser considerada como independente, vez que o fator da discricionariedade é algo presente na sua profissão. Tal discricionariedade envolve vertentes econômicas, pois o índice de audiência é um fator essencial, sendo necessário que a informação disseminada se torne de interesse público, agindo como a ferramenta de controle mais velada, lucrativa e eficaz que existe. Os jornalistas então operam não só na materialização do direito fundamental à informação, mas também como um operador que seleciona e constrói aquilo que foi

selecionado, visando a busca pelo sensacional, pela dramatização (BOURDIEU, 1997, p. 25 *apud* HECKSHER, 2019, p. 17).

Ainda nesta baila, cabe articular sobre o que poderíamos chamar de uma perspectiva da mídia, o lado cinematográfico, ao passo que este âmbito tem transmitido mudanças sociais, padrões que deixam de serem considerados como comuns e únicos, abrindo as portas para novos comportamentos. Tais como vilões com características de expertise, sarcasmo, humor, encanto, gentileza, conquistando o público e ao mesmo tempo trazendo à tona aspectos mais humanos, demonstrando histórias da infância, fragilidades, e coisas que geram uma proximidade do telespectador com o personagem cinematográfico, conquistando certa compaixão (CARVALHO et al., 2018).

Apesar disso, "a identificação não pode ser a explicação para a nossa pró-atitude para com o personagem porque identificação estrita parece um estado mental inadmissível: não nos identificamos com os personagens estritamente, de todas as formas, mas, sim, de algumas formas" (CARROLL, 2004, p. 127 *apud* CARVALHO et al., 2018, p. 3). Isto é, não seria como transgressores da moral ou coisa do tipo, mas sim nos sentimos representados de alguma forma, e isso tem implicância na forma como o personagem é retratado, como sua história e os contextos que a envolvem é disseminada, e conseqüentemente a forma como essa perspectiva se dá seria um ponto de atenção, devido aos sentimentos ambíguos desenvolvidos pelo público.

Dito isso, importa ressaltar que a mídia dentro da perspectiva cinematográfica e audiovisual ao fazer produções que abordem esse tipo de conteúdo deve ter ética e responsabilidade durante a exposição. O médico psiquiatra Leonardo Rodrigues da Cruz em entrevista à Metrópole afirma que é importante retratar esse tipo de história pela perspectiva da vítima e não do autor, *in verbis*:

O ideal é que a perspectiva sempre seja a da vítima ou do crime, e não do criminoso. A gente não pode normalizar esse tipo de comportamento ou justificá-lo. A gente pode considerar a história humana dele, mas isso não desfaz o dano que ele causou. Todo o rastro que ele deixou (BARBOSA, 2022, *online*).

Muitas vezes não há preocupação e respeito ao expor a história das vítimas e dos seus assassinos, produzindo conteúdos sensacionalistas que visam impressionar o espectador e gerar repercussão e engajamento.

Ademais, cumpre ressaltar que casos de homicídio vem sendo espetacularizados ao serem transmitidos ao espectador, como produto de entretenimento. Em seus estudos, Gláucia

Vaz (2018) ressalta que é importante observar a maneira como a criminalidade vem sendo romantizada na mídia. A autora analisa em especial a figura do *serial killer*, que após sua ascensão nos noticiários, se tornou tema de filmes, músicas e romances. Assim, busca estudar as origens do fascínio que estão atreladas a esse criminoso e coloca a mídia como um dos fatores, posto que a maneira como se transmite tais conteúdos pode definir como vai ser interpretado por quem assiste.

Nesse sentido, defendo que as linhas de força advém do modo como os assassinos em série são dados a ver/falar, ou seja, como são dados a ler/interpretar em/como produtos de consumo [...] O modo como determinados suportes midiáticos orientam como serão vistos/ditos/interpretados/consumidos é que configura o discurso do fascínio (VAZ, 2018, p.16).

3 CASOS QUE SE EVIDENCIA A ROMANTIZAÇÃO

Como foram explanados fatores causais para a romantização da figura do criminoso, visa-se agora apresentar casos reais e ou cinematográficos e demonstrar evidências de romantização desses indivíduos.

O primeiro caso a ser tratado é o caso do Maníaco do Parque, caso de grande repercussão na década de 90 em São Paulo. Francisco de Assis Pereira ficou conhecido por ser um *serial killer* brasileiro que violentou e matou diversas mulheres e escondeu seus corpos no Parque do Estado. Um homem que normalmente ganharia o ódio e a aversão das mulheres, espantosamente ganhou o apreço de várias “fãs” que lhe escreviam cartas dedicando palavras de afeto e amor pelo assassino.

Em um segundo momento, analisa-se um grupo de 8 assaltantes e uma espécie de líder, que foram capazes de invadir a Casa da Moeda da Espanha, perfazendo por dias, mais de 60 reféns, enquanto fazia com que estes imprimissem notas de euro. O caso é na verdade uma série, chamada de "La Casa de Papel" que repercutiu na televisão espanhola e fora posteriormente aclamada pelo mundo todo, os assaltantes tidos como heróis, a figura do criminoso se distorce para uma figura admirável.

Outro caso que repercutiu através da mídia, mais precisamente através da indústria cinematográfica, a qual distorce uma ideia tradicional da figura do assassino em um produto instrumento de entretenimento e banaliza os acontecimentos e suas consequências para as vítimas e suas famílias é o caso de Jeffrey Dahmer. O *serial killer* canibal teve uma série produzida pela plataforma de *streaming* Netflix em 2022 e causou grande repercussão pela forma como foi retratada sua história e de suas vítimas. A série causou polêmica, pois foi acusada de romantizar a figura de Jeffrey Dahmer, responsável pela morte de 17 jovens nos

Estados Unidos. Familiares das vítimas demonstraram sua indignação por meio das redes sociais por ter a memória dos seus entes queridos desrespeitada por distorções feitas na série que induziram o público a sentir pena do assassino em série.

3.1 O "MANÍACO DO PARQUE "E AS CARTAS DE FÃS

Um dos casos de maior notabilidade no Brasil foi o caso do "Maníaco do Parque". No ano de 1998, Francisco de Assis Pereira, mais conhecido como "Maníaco do Parque", cometeu uma série de assassinatos que impactaram o país inteiro. O autor do crime era um motoboy à época e tinha como *modus operandi* atrair mulheres jovens para um ensaio fotográfico na natureza, com a promessa de transformá-las em modelos, assim, levava as vítimas ao Parque do Estado, na zona sul de São Paulo, e após isso as estuprava e matava. Ao final das investigações, foram confirmadas 16 vítimas da crueldade de Francisco, 7 foram assassinadas e 9 estupradas. (BEZERRA; PFIZER, 2016)

Um dos grandes questionamentos feitos era como tinha conseguido convencer tantas mulheres a subirem na garupa de sua moto sendo um desconhecido, a resposta para isso era de que Francisco era um "sedutor", tinha uma grande capacidade de convencimento, era um persuasivo. Começava elogiando-as, dizia que eram bonitas, tinham potencial, então prometia que as transformaria em modelos, atrizes e o poder de sua fala era tão grande que elas acreditavam e aceitavam a carona de um completo estranho.

O "Maníaco do Parque" possuía grande poder de manipulação, conseguia transformar os sentimentos das pessoas com quem conversava em questão de minutos, como fez com uma de suas vítimas sobreviventes, que ao encontrá-lo após ser preso, iniciou a conversa com uma postura incisiva e ameaçadora e, ao final, foi tomada por compaixão e pena do *serial killer*, chegando até mesmo a chorar ao abraçá-lo. Ele, por sua vez, adotou uma postura de vítima que tinha sido tomado por uma força maligna (RODRIGUES, 2009).

Apesar de ter cometido atrocidades ter sido condenado a 268 anos de prisão, é surpreendente a maneira como tal caso foi recepcionado pela sociedade, especialmente por mulheres. Admiradoras apaixonadas chegaram a enviar cerca de mil cartas para o *serial killer* brasileiro, fazendo juras de amor e até mesmo propostas sexuais. Sendo que, somente no primeiro mês de reclusão, ele já colecionava cerca de mil cartas e foi assim que Francisco chegou até mesmo a se casar com uma fã na prisão.

Marisa Levy, uma mulher de 60 anos, de família classe média alta, pós-graduada em história, escolheu o criminoso para ser seu esposo após vê-lo na televisão e se apaixonar. Enviou-lhe uma camiseta como presente, mas não recebeu nenhuma resposta, apenas três

anos depois observou que o criminoso estava usando a camiseta em uma entrevista, e então decidiu mandar mais cartas a ele. Dessa vez, Marisa foi respondida, assim, começaram a trocar cartas e com menos de um ano, ela o pediu em casamento, sem ao menos conhecê-lo. A historiadora dedicou-se inteiramente ao relacionamento, abdicando de prazeres e até mesmo de sair de casa para agradar o marido, tendo em consideração que este não podia sair por estar preso. (RODRIGUES, 2009)

Surge assim, o questionamento e a indignação com tal comportamento, o que leva uma mulher a amar um homem que assassinou cruelmente outras mulheres? Parte expressiva da sociedade considera ilógico tal conduta, afastado da razão, visto que, via de regra as pessoas escolhem alguém amoroso, afetuoso e respeitoso para se relacionarem. Assim, novamente a hibrístofilia entra em cena, corroborando a ideia de que, mulheres como a esposa do “Maníaco do Parque” possuem algum distúrbio psíquico relacionado aos seus interesses sexuais.

3.2 "LA CASA DE PAPEL" E O HEROÍSMO (E A INVERSÃO DE VALORES TIDOS COMO MORAIS)

Famosa pelo sensacionalismo e a dramatização diante de um assalto a Casa da Moeda na Espanha, a série La Casa de Papel, veiculada primeiramente em televisão espanhola e posteriormente na plataforma de streaming Netflix, trouxe, em 2017, grande repercussão diante dos telespectadores (CARVALHO et al., 2018). Fato é, como uma quadrilha de assaltantes pode cativar não só a atenção, mas também a simpatia e o carinho do público, ou devo dizer daqueles que se tornaram seus fãs, cidadãos que torciam pelos bandidos.

Neste sentido, cumpre primeiramente versar sobre a série em questão, está então foi criada por Alex Pina, o qual propôs, em suas temporadas iniciais, um assalto envolvendo oito assaltantes, os quais foram estritamente ensinados pelo "professor", sendo ele quem arquitetou todo o plano e não adentrou na Casa da Moeda, pois seu papel consistiu em analisar a situação pelo lado de fora. Diante do assalto, cerca de 67 pessoas, dentre cidadãos comuns, funcionários da Casa da Moeda, e ainda alunos que a estavam a visitar no presente dia de início da conduta, foram feitos de reféns, e o objetivo seria imprimir notas de dinheiro (CARVALHO et al., 2018).

A ideia em questão é que, o sequestro dentro da Casa da Moeda se estendeu por dias e enquanto isso as pessoas foram sendo persuadidas, os assaltantes estavam a imprimir notas de dinheiro e em certo momento da série trouxeram a nota do público situações do governo espanhol envolvendo a impressão de notas de euro sem motivo aparente, sem finalidade

pública, e isso perfeitamente que fosse desenvolvida uma certa imagem de heroísmo, uma perspectiva de que pessoas que seriam classificadas como transgressores, como criminosos, seriam na verdade heróis, pessoas corajosas para ir contra o sistema.

Um ponto de atenção é que o autor moldou para que os assaltantes fossem alvo de admiração social, colocando as autoridades como pessoas não merecedoras de tal simpatia e apreço, vez que só colocava uma autoridade nesta posição quando esta na verdade passa a compor a quadrilha de assaltantes (HADDEFINIR, 2021). Tal molde se dá, pois a série demonstra em certos trechos a vida dos personagens, como cada um cresceu e terminou indo assaltar a Casa da Moeda, manifestando em grande parte da série se dá através da perspectiva do criminoso. E isso, gera uma identificação do público, talvez uma ligação a alguma memória virtual de sua infância ou até mesmo uma visão dos personagens como pessoas que gostariam de ser, com características de bravura, serem reconhecidos, vistos como importantes, e assim, séries como esta acabam vendendo ideologias, difundindo ditames na sociedade (CARVALHO et al., 2018).

E ainda que, esta não tenha sido a única perspectiva cinematográfica utilizada como instrumento de humanização da figura do criminoso, esta chamou atenção pois teve repercussão até em fantasias, vez que os ladrões se utilizavam de macacões vermelhos e máscara de Salvador Dali, e este se tornou um traje visto de maneira assídua entre fãs da série. Logo, aqui observa-se o que foi transcrito anteriormente, em relação à forma como a mídia dissemina informações de maneira incorreta e ainda como se dá uma inversão de valores.

3.3 JEFFREY DAHMER: O CANIBALISMO E AS PRÁTICAS MIDIÁTICAS

Jeffrey Lionel Dahmer foi o nome de um dos *serial killers* e canibais mais marcantes dos Estados Unidos. O estadunidense praticou seus crimes entre os anos de 1978 e 1991 e teve grande notoriedade na época, aparecia em todos os noticiários e jornais que exibiam tamanha crueldade praticada pelo homem. Jeffrey tinha como *modus operandi* atrair suas vítimas em boates frequentadas por homossexuais, chamava-os para um ensaio fotográfico ou para tomarem uma bebida em sua casa, onde matava-os, desmembrava seus corpos, praticava necrofilia e comia seus órgãos.

Quando foi capturado pela polícia, foram achados crânios, ossos, membros do corpo humano dentro de sua geladeira e da pia da cozinha, prontos para serem preparados para a próxima refeição do canibal. Em seu quarto, barris de ácido que eram usados para derreter partes dos corpos que Dahmer queria se desfazer. Além disso, pelo quarto foram encontradas fotos *polaroids* de suas vítimas mortas e desmembradas, fotos horrendas e aterrorizantes, que

revelavam a mais profunda crueldade que habitava em Jeffrey, aquilo que há de mais mau e desumano em alguém (SAIBRO, 2022).

Em 2022 a plataforma de *streaming* Netflix lançou a série “Dahmer um canibal americano monstro: A história de Jeffrey Dahmer” que conta a história do *serial killer* canibal, alcançando o topo das séries mais assistidas da plataforma, além de gerar diversos comentários dos internautas nas redes sociais. A série trouxe a polêmica questão aqui tratada da romantização da figura do criminoso e dividiu opiniões, tendo em vista que trouxe a série pela perspectiva do assassino desde sua infância até sua morte, por vezes colocando-o como vítima.

A produção mostra a infância difícil de Jeffrey, uma criança solitária que sofria ao ver os pais brigarem e que foi rejeitado pela mãe desde seu nascimento até os 18 anos, quando o abandonou sozinho e foi morar em outra casa com seu irmão mais novo. Tudo isso mostrado com muita sutileza, a fim de gerar o sentimento de pena e comoção no público e, de certa forma, justificar os crimes horrendos cometidos pelo assassino em série. Ocorre que, como dito anteriormente, especialistas afirmam que a maneira correta de reproduzir esses acontecimentos ao público deve ser pela perspectiva das vítimas, para que a empatia seja direcionada a quem realmente sofreu e de humanizar essas pessoas, não tornando-as apenas números.

Em 1991, quando Jeffrey Dahmer foi preso, recebeu inúmeras cartas na prisão de fãs e admiradores que queriam se aproximar e demonstrar apoio ao *serial killer*. Em 2022, não foi muito diferente, Dahmer arrancou elogios de internautas que demonstraram interesse sexual por ele. No entanto, a admiração dessas pessoas por uma figura monstruosa que causou tanto sofrimento em inúmeras famílias é extremamente problemática. Eric, primo de Errol Lindsey, uma das vítimas do assassino em série que tinha apenas 19 anos, demonstrou sua revolta por meio do *Twitter* afirmando que se o público tem interesse em saber das vítimas, sua família estava furiosa e que a série estava os “retraumatizando”. Além de Eric, a irmã de Errol, Rita Isabell, em entrevista ao *Insider* disse que a Netflix foi gananciosa ao produzir a série (METRÓPOLES, 2022).

A mãe de Tony Hughes, outra vítima de Jeffrey, também se sentiu desrespeitada e demonstrou estar fortemente abalada pela forma como a série retratou a história. Em entrevista ao *The Guardian*, Shirley Hughes disse que não foi dessa forma que as coisas aconteceram e que a série distorceu os fatos, demonstrando sua indignação com a produtora.

Diante disso, nota-se a evidente falta de responsabilidade com as vítimas na produção da série, ao expor os desdobramentos dos crimes e o seu sofrimento, causando assim ainda

mais dor aos familiares ao reviverem seus traumas que foram expostos de maneira fria e indiferente.

4 PROCESSO DE REVITIMIZAÇÃO

Frente ao que já fora exposto, tendo em vista as causas da romantização aqui explanadas, isto é, os fatores que podem levar um indivíduo a minimizar um ato ilícito, a banalizar uma conduta delitiva, passando a desenvolver empatia e admiração pela figura do criminoso, bem como, a observância de tais fatores causais nos casos apresentados. Cumpre, por conseguinte, entender como tal romantização enseja em uma violação do direito das vítimas, através de um processo denominado de revitimização.

Nesse diapasão, a fim de compreender o processo de revitimização, cumpre, primeiramente, entender a figura da vítima, esta consiste em “Pessoa que sofre danos de ordem física, mental e econômica, bem como a que perde direitos fundamentais, seja em razão da violação de direitos humanos, seja por ato de criminosos comuns” (OLIVEIRA, 1993. s. p. *apud* MENDES; BITU, 2018, p. 7).

Ainda nessa perspectiva, consoante ao conceito vinculado a Resolução nº 243, do Conselho Nacional do Ministério Público, em seu artigo 3º (2021, p. 3), este versa sobre o conceito de vítima, sendo esta "(...) qualquer pessoa natural que tenha sofrido danos físicos, emocionais, em sua própria pessoa, ou em seus bens, causados diretamente pela prática de um crime, ato infracional, calamidade pública, desastres naturais ou graves violações de direitos humanos". A mesma resolução ainda vislumbra no mesmo artigo outras categorias de vítimas, como se vê:

Art. 3º [...]

I - vítima direta: aquela que sofreu lesão direta causada pela ação ou omissão do agente;

II - vítima indireta: pessoas que possuam relação de afeto ou parentesco com a vítima direta, até o terceiro grau, desde que convivam, estejam sob seus cuidados ou desta dependam, no caso de morte ou desaparecimento causado por crime, ato infracional ou calamidade pública;

[...]

V - familiares e pessoas economicamente dependentes da vítima;

Frente tal conceituação, observa-se que o conceito é mais abrangente do que se imagina em um primeiro momento, isto pois considera-se então como polo passivo da conduta penal, toda pessoa que ensejou em sofrimento causado em decorrência da infração. Nesse aspecto, ao nos referimos a vítima neste presente trabalho, deve-se entender este sujeito em um conceito amplo, isto pois esta ainda irá conviver em sociedade, ou de outro modo, caso

tenha sido esta alvo se conduta que levou ao óbito, ainda pode-se falar em vítimas indiretas do processo e nos familiares ou pessoas próximas que dependem economicamente da vítima direta.

Sendo assim, após compreender o sujeito da vítima, faz-se necessário especificar do que se trata a vitimização. A vitimização, ou ainda a vitimização primária, é aquela provocada de maneira direta, com o cometimento do crime, esta seria a conduta delitiva em seu aspecto mais direto. Destarte, é o processo pelo qual a vítima sofre danos físicos e psicológicos, através de fatores ligados diretamente com a conduta delitiva do agente, isto é, a materialização no mundo exterior da infração prevista formalmente (CARVALHO; LOBATO, 2008, p. 3 *apud* MENDES; BITU, 2018, p. 7).

Nesse diapasão, após o evento direto da conduta delitiva, a vítima ainda pode ensejar em uma vitimização secundária, isto pois, irá ainda se relacionar com outros agentes, os profissionais da área de saúde, policiais, profissionais das áreas jurídicas e administrativas, tanto os servidores públicos, como promotores de justiça e juízes, podendo ainda a vítima defrontar com a figura do criminoso diante de todo esse processo. Fato é, se a situação não for conduzida de maneira humana nestas instâncias, a vítima poderá reviver o evento traumático, todo os sentimentos de medo, de vergonha, uma então vitimização secundária (TRINDADE, 2007, p. 158 *apud* MENDES; BITU, 2018, p. 8).

Ainda nesse âmbito, poderia ainda se falar em uma vitimização terciária, sendo esta em referente ao ambiente no qual a vítima convive e às pessoas com quem se relaciona, sendo com a família ou no convívio social que tem no trabalho, na escola, faculdade, e poderia se falar ainda do ambiente virtual (BARROS, 2008, p. 72 *apud* MENDES; BITU, 2018, p. 9).

A revitimização, então, seria o processo pelo qual o indivíduo vítima de um crime ou ato violento passa por uma nova violação em decorrência da primeira que o leva a reviver o trauma sofrido anteriormente. Nesse sentido, além do sofrimento causado pela violência original que sofreu, a pessoa revive a situação mais vezes, proporcionando-a um sofrimento continuado e tornando-a, de certa forma, uma vítima novamente. Este processo pode se dar por diversos meios, seja pela vítima ser questionada diversas vezes sobre o fato traumático, seja por uma situação mal conduzida entre a vítima e outros profissionais com quem ela se relaciona, por passar por um julgamento social, ou por assistir na televisão aquilo que lhe causou o trauma sendo recontado repetidas vezes de forma sensacionalista.

Dessa forma, após traçado o conceito de revitimização, e compreendendo que este é um fenômeno pelo qual a vítima sofre uma violência contínua mesmo após ter passado pelo ato originário, no presente trabalho podemos relacioná-la a uma visão social, levando em

consideração as condutas factuais narradas anteriormente mencionadas, tais como a interseção da ilusão com a realidade, situação que mesmo que não seja algo onde se pode falar em dolo ou culpa, há um ato de romantização de um sujeito que fez outrem de vítima, e este apreço, pode gerar uma revitimização. E ainda, a imagem de heroísmo, o agente criminoso como honroso, e que causa grande, com nos casos apresentados, grande repercussão social, fazer a vítima, seja esta direta ou indireta, reviver o processo de angústia, os medos, a violação de direitos na qual fora subordinada.

No mais, no que tange a hibrístofilia, não há o que se falar aqui em uma revitimização tão pura, pois o indivíduo detentor desta parafilia, deve ser analisado diante da psicanálise e em âmbito clínico também. Todavia, pode-se destacar a importância do conhecimento, do direito à informação propriamente dito, isto é, a necessidade de parafilias como esta apresentarem maior repercussão a nível de conhecimento social, pois servia de alerta.

Ademais, observando a conduta exercida pela mídia, por meio de suas práticas cinematográficas que trazem a história distorcida e celebram os autores desses crimes cruéis, fazendo assim com que as vítimas relembrem os abusos sofridos e ainda presenciem seu agressor sendo transformado em uma celebridade aplaudida pelos telespectadores. Assim, é notoriamente temeroso como um instrumento que poderia estar sendo utilizado como um instrumento de democracia, é tido como ferramenta de opressão, de perpetuação de violência simbólica, isso devido ao monopólio desenvolvido sobre os instrumentos de produção e distribuição, transformando a informação de maneira arbitrária, trazendo não a disseminação de informações necessárias, mas sim uma manutenção da violência (BOURDIEU, 1997, p. 13 *apud* HECKSHER, 2019, p. 16).

Ainda nesse sentido, na visão de Bourdieu (1997, p. 22 *apud* HECKSHER, 2019, p. 16) a violência simbólica "é uma violência que se exerce com a cumplicidade tácita dos que a sofrem e, com frequência, dos que a exercem, na medida em que uns e outros são inconscientes de exercê-la ou de sofrê-la".

Posto isto, diante do processo de revitimização, observa-se que, a vítima é colocada em uma posição de certo modo de duplo sofrimento, ao passo que esta já fora alvo de atrocidades, teve suas liberdades, de ir e vir, de escolha, de autodeterminação, dentre outras, violadas, e ainda violações físicas, mentais, a violação da sua dignidade humana, e em situações mais hediondas como a morte, o direito à vida fora ultrajado. E nesse sentido, ainda decorre vendo o ser que lhe causou sofrimentos e violações sendo vangloriado, colocado em posição de enaltecimento.

Diante do que fora exposto, com o intuito de trazer uma visão mais realista e até exemplificativa de tais fatores causais, casos como o do Maníaco do Parque em que algumas mulheres idealizaram sua imagem incorrem em um processo de revitimização, tendo em vista que além de minimizarem o sofrimento daquelas que morreram, também desacreditaram na palavra de vítimas sobreviventes, chamando-as de mentirosas e ofendendo-as, como relatado por Gilmar Rodrigues em seu livro *Loucas de Amor*, que transcreveu uma das cartas recebidas pelo maníaco do parque por uma fã:

Quanto as peruas que te chateiam, não fala mais destas burronaldas, eu to pouco me lixando pra elas. Que vão pro inferninho delas!!! (aqui ela se refere às mulheres sobreviventes dos ataques de Francisco e que testemunhariam contra ele) Não precisas me dizer nada, eu confio cegamente irrestritamente em ti (RODRIGUES, 2009, p.134).

Dessa maneira, percebe-se que as mulheres a quem ela se refere foram mulheres sobreviventes dos ataques de Francisco que já foram vítimas uma vez e tornam-se novamente vítimas ao serem hostilizadas e ridicularizadas.

Como também, em relação a *La Casa de Papel*, onde a percepção do criminoso fora totalmente transgredida, importante mencionar que a imagem deste, aqui seria entendida não como um ser merecedor de desdém social ou desprezo em qualquer aspecto, mesmo pois este ser, detentor de dignidade da pessoa humana, devendo esta ser respeitada. Mas seria, a projeção de uma figura honrosa, romantizando este indivíduo, e ao ponto que o romantiza, minimiza a vítima, banaliza a situação ensejada a vida e as perdas que esta teve.

E ainda, sobre o fatídico canibalismo cometido por Jeffrey Dahmer, observa-se muito presente a ideia da espetacularização do acontecimento e transformação de um caso real e assustador como um produto de entretenimento para o público consumidor. A vista disso, constata-se que não foi preservado o direito das vítimas tampouco de suas famílias, que também foram vítimas, e tiveram novamente sua dor exposta por meio de cenas extremamente fiéis aos acontecimentos reais, que as fez reviver seus traumas e sentirem uma dor já sentida antes, assim incorrendo no processo de revitimização.

Como se não fossem suficientes as cenas, os comentários feitos acerca delas por meio dos espectadores ocasiona ainda mais aflição e dor nessas pessoas, tendo em vista que o assassino de seus entes queridos virou objeto de desejo sexual e estava sendo admirado por milhares de pessoas pelas atrocidades que cometeu.

Por conseguinte, diante de tudo que fora exposto e consequentemente analisado, cumpre ressaltar a importância de um tratamento adequado no que tange a figura da vítima,

tanto em âmbito institucional, isto é, nas instituições de saúde, jurídicas e administrativas, como também em ambiente social e midiático, com a forma que as pessoas enxergam a figura do criminoso, sendo fator que vai contra um ideal de dignidade da pessoa humana, qual seja o Estado como garantidor de direitos inerentes ao ser humano de modo a objetivar a dignidade, compreendendo portanto, o respeito a privacidade da vítima, o seu direito ao esquecimento, e sem dúvidas o respeito a ela em razão de sofrimento já perpassado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Fala-se até mesmo, em relação norma positivada em âmbito internacional, no que diz respeito à previsão de direitos e da dignidade humana, como também em uma questão de fraternidade social, para isso como prevê a Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH (1948), em seu artigo 1º, dispõe que "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade". Perfaz assim, a necessidade de mecanismos institucionais que respeitem a vítima, e ainda de um conhecimento social quanto a tal fenómeno da romantização da figura do criminoso, visando a garantia da dignidade da vítima.

Nesse aspecto, também em prol da dignidade da pessoa humana, cumpre se manifestar acerca do direito ao esquecimento, o qual consiste no direito de não serem expostos em público ou lembradas certas situações ocorridas no passado na vida de uma pessoa, especialmente em situações vexatórias que tragam danos à sua honra e a privacidade depois que decorrido determinado período de tempo (POLITIZE, 2021). Isto pois, contexto atual, especialmente com a internet sendo o principal meio de comunicação, muitos assuntos foram trazidos à tona novamente, tornando o direito ao esquecimento um assunto muito recorrente nos tribunais, sendo assim, o Enunciado nº 531 do CJF da "VI Jornada de Direito Civil" esclarece que "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento." surge para elucidar tal direito tendo como justificativa:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (CJF, 2013, p. 1)

Deste modo, o direito ao esquecimento pode ser utilizado em razão de alguém que cometeu um crime no passado e não quer que isso interfira em sua vida pessoal e no processo

de ressocialização ou de alguém que foi vítima, seja ela direta ou indireta, de uma situação que lhe trouxe sofrimento e não quer lembrar e ter sua dor exposta novamente.

Além disso, os Tribunais Superiores possuem entendimentos divergentes quanto à aplicação do direito ao esquecimento. Em 2013, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) utilizou pela primeira vez este direito, diante de caso envolvendo a TV Globo e a Chacina da Candelária - a qual ocorreu em 1993 - em que a emissora exibiu, em 2006 tanto o nome como a imagem de um dos autores do crime, o qual já havia sido absolvido, em programa que encenava o acontecido, e assim, diante da exposição, este processou a emissora e ganhou a causa (POLITIZE, 2021). Porém, em 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) chegou a concluir que sua aplicação era incompatível com a Constituição. Dessa forma, entende-se que para a aplicação deste direito é necessário uma análise individual de cada caso.

Assim, falar sobre o direito ao esquecimento é como empenhar-se a conciliar o direito à privacidade, à vida privada (art. 12, DUDH; art. 5º, X, CF) e o direito à informação (art. 19, DUDH; art. 5º, XXXIII, CF), isto é, debruçar-se sobre uma análise tênue em que se impossibilita uma aplicação geral, sendo necessário, como versa o entendimento do STF, uma análise individualizada.

Ante o exposto, verificou-se a romantização da figura do criminoso, evidenciada principalmente pelos casos apresentados, a qual pode ser desenvolvida através de causas anteriormente citadas levando então ao processo da revitimização, implicando diretamente nos direitos das vítimas, isto é, ensejando em uma violação de direitos fundamentais e humanos, quais sejam o direito à privacidade e ao esquecimento, em prol da garantia da dignidade humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente trabalho foi analisado de que forma a romantização dos autores de crimes pode afetar as vítimas, sejam elas diretas ou indiretas, causando o processo conhecido por revitimização, e, dessa forma, trazendo à tona novamente lembranças nefastas e sofrimentos contínuos, violando seus direitos. Para tanto, debruçamos a análise acerca das origens que levam parcela da sociedade a admirar e romantizar a conduta de indivíduos que cometeram crimes violentos, os quais seriam na verdade objeto de indignação.

Foi possível averiguar que entre as causas para romantização estão atrelados alguns fatores, como a interseção da ilusão com a realidade, de modo que a afeição por esses indivíduos pode ser explicada como uma ilusão projetada para a realidade, de forma que aquilo que idealizamos quando crianças se materializa em outros indivíduos. Outra possível

explicação é a projeção social da imagem, esta se dá através da forma como aquele indivíduo é visto pela sociedade que pode estar pautada na identificação pelos anseios pessoais de cada um. Ainda nesse sentido, a hibrístofilia também surge como um fator, tal parafilia ocorre de modo que pessoas tendem a desenvolver afeição e atração sexual por indivíduos que cometeram crimes violentos, como estupro e assassinato ou que tenham praticado qualquer fato considerado penalmente como desviante. Por fim, a influência da mídia também pode estar ligada ao processo de romantização, tendo em vista que suas práticas podem direcionar o olhar do espectador e manipular suas opiniões e convicções a respeito do certo e errado.

Posteriormente foram apresentados casos de grande notabilidade na mídia. O primeiro caso analisado foi o do Maníaco do Parque, onde notou-se fortemente a ideia da hibrístofilia, visto que mulheres se apaixonavam por este, mesmo após ter sido condenado a 268 anos de prisão por ter assassinado mais de 7 mulheres e violentado outras.

O segundo caso foi a respeito da famosa série da plataforma de *streaming* Netflix, *La Casa de Papel*, criada em 2017 onde oito criminosos invadem a Casa da Moeda, na Espanha, para assaltar. A série foi um sucesso e os personagens principais cativaram o público, projetados na figura de heróis contra o Governo espanhol e o sistema exposto na trama. Os espectadores foram tão cativados que naturalmente torciam pelos bandidos. Nessa perspectiva, observou-se o fator da mídia e a intersecção da ilusão na realidade, onde o público se identificou e projetou seus desejos nos personagens que tinham como característica a bravura e ir contra o sistema.

O terceiro caso foi o de Jeffrey Dahmer, *serial killer* canibal que ganhou uma série contando sua vida na plataforma de *streaming* Netflix e gerou grande polêmica pela forma que retratou a realidade, distorcendo fatos e causando a comoção do público para com o autor dos crimes, um exemplo de como as práticas midiáticas podem direcionar e manipular o espectador.

Dessa forma, ao final do trabalho foi desenvolvida uma análise e demonstrado de que forma essa glamourização e empatia pelos criminosos pode ser um fator que ocasiona a chamada revitimização. Para tanto, foi traçado o conceito de vítima, sendo esta direta ou indireta e o conceito vitimização primária, secundária e terciária para explicar de que forma se dá a revitimização.

A análise permitiu que fossem evidenciadas de que maneira os casos expostos causaram impactos e tiveram consequências para as vítimas, violando seus direitos, em especial os Direitos Humanos amplamente garantidos. Conclui-se, portanto que, os fatores mencionados podem ser algumas das causas para a romantização e que assim, ao ter seus

agressores glamourizados e suas atitudes aplaudidas, as vítimas podem vir a se sentir novamente violadas e desrespeitadas, tendo seus direitos infringidos, quando na verdade deveriam estar sendo amplamente garantidos e protegidos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. A influência dos órgãos da mídia no Processo Penal: O caso Nardoni, **Revista dos Tribunais**, [s.l.], vol 889/2009, p. 480-505, nov, 2009. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001843f789ac797ceba54&docguid=I788a0c30f25111dfab6f010000000000&hitguid=I788a0c30f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1492&context=91&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 29 nov. 2022.

BASSANI, Priscila Paolla Peyrot. **Narcisismo Patológico e Relações de Poder:** contribuições a partir da teoria do apego. 2019. 39 f. TCC (Graduação) - Curso de Curso de Psicologia, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/5991/TCC%20Priscila%20Paolla%20Peyrot%20Bassani.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Editoração e Publicações, 2017.

BENÍCIO, Jeff. Como explicar atração sexual e interesse amoroso por criminosos como Dahmer. **Terra**, 2022. Disponível em: <https://www.terra.com.br/diversao/entre-telas/como-explicar-atracao-sexual-e-interesse-amoroso-por-criminosos-como-dahmer,b0453a69489d8945d8cac95185ce04406npe4uhn.html> Acesso em: 15 nov. 2022.

BERTOLOTTO, Rodrigo. FÃ-CLUBE DE MATADOR De Charles Manson ao Maníaco do Parque, como explicar a atração e a paixão de mulheres por serial killers. **TAB Uol**, [s.l.], 16 mar. 2021. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/edicao/serial-killers/> Acesso em: 7 nov. 2022.

BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. **A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento**. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142#:~:text=N%C3%A3o%20atribui%20a%20ningu%C3%A9m%20o,finalidade%20com%20que%20s%C3%A3o%20lembrados> Acesso em: 14 jan. 2023.

BRUNS, Erika Patricia Serafim. **A síndrome do amor bandido: hibristofilia: o amor e a prisão de estar em liberdade**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2022. 168 p. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/A_S%C3%ADndrome_do_Amor_Bandido/nWuEEAAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&printsec=frontcover. Acesso em: 1 nov. 2022.

CAMBRIDGE DICTIONARY, 2014. Disponível em:
<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/portugues-ingles/romantizar>. Acesso em: 29 nov. 2022.

CARVALHO, Eurídice Janaína Ferreira de; SANTOS, Marinês Maria dos; RAMIRES, Lídia Maria Marinho da Pureza. **LA CASA DE PAPEL**: um estudo sobre a inversão de valores presente na série espanhola. In: X CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, XX. 2018, Juazeiro. Anais eletrônicos [...] São Paulo: INTERCOM, 2018, p. 1-15. Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2018/resumos/R62-1185-1.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RESOLUÇÃO Nº 243, DE 18 DE OUTUBRO DE 2021. Disponível em:
<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resoluo-n-243-2021.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2022.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2022. Disponível em:
[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559771653/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml1!\]/4/2/2%4051:2](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559771653/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml1!]/4/2/2%4051:2). Acesso em: 12 dez. 2022.

HAUSER, Ester Eliana. et al. **Crimes Passionais**: A romantização da mídia e a tese de defesa da honra em homicídios “por amor” In: XXII Jornada de Pesquisa. 2017. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/7721>. Acesso em: 31 out. 2022

HECKSHER, Nathalia Legora Woitech. **O Processo de revitimização por meio da mídia sobre a vítima de violência sexual**. 2019. 42 f. Monografia (Graduação) - Curso de Bacharelado em Direito, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2019. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/bitstream/fdv/716/1/Monografia%20-%20Nathalia%20Legora%20Woitech%20Hecksher.pdf>. Acesso em: 31 out. 2022.

HEDDEFINIR, Henrique. Final de La Casa de Papel é emocional, político e eletrizante. **Omelete**, 2021. Disponível em: <https://www.omelete.com.br/series-tv/criticas/la-casa-de-papel-final-critica>. Acesso em: 25 nov. 2022.

INFOPÉDIA, 2022. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/romantizar?intlink=true>. Acesso em: 28 nov. 2022.

LAMANNO, Vera Lúcia C.. **Repetição e transformação na vida conjugal**: a psicoterapia do casal. São Paulo: Summus Editorial, 1994. 104 p. Disponível em:
<https://books.google.com.br/books?id=N9EIqKFheMIC&lpg=PA9&ots=0ruu6kdMXq&lr&hl=pt-BR&pg=PA95#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 13 nov. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009, 1528 p. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3238/gilmar-mendes-curso-de-direito-constitucional.pdf>. Acesso em: 29 de nov. de 2022.

MENDES, Jessica Ruana Lima; BITU, Raimunda Vanja Lima. Análise da vitimização da mulher exposta a violência. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, v. 1, ed.

000124, p. 1-13, jun. 2018. Disponível em:

<https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo-revista.pdf>. Acesso em: 20 de nov. de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 29 nov. 2022.

PIFFER, Luciana Cuñarro; BEZERRA, Patrícia Rangel Moreira. **PAIXÃO BANDIDA: Mulheres que amam demais**. In: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, XXI. 2016. Disponível em:

<https://www.portalintercom.org.br/anais/sudeste2016/expocom/EX53-0411-1.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2022.

RODRIGUES, Gilmar. **Loucas de Amor: mulheres que amam serial killers e criminosos sexuais**. Porto Alegre: Ideias A Granel, 2009. 160 p. Disponível em:

https://ler.amazon.com.br/?asin=B099HR4VT9&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 8 nov. 2022.

SAIBRO, Henrique. Jeffrey Dahmer, o canibal americano. **Portal R7**, [s.l.], 11 out. 2022.

Canal Ciências Criminais. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/jeffrey-dahmer-o-canibal-americano/>. Acesso em: 20 nov. 2022.

SANTOS, Betina Machado. O que é o direito ao esquecimento. **Politize**, 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/o-que-e-o-direito-ao-esquecimento/>. Acesso em: 14 jan. 2023.

SERRA, Stefany. Familiares de vítimas de Jeffrey Dahmer criticam série. **Metrópoles**, [s.l.], 13 out. 2022.

Disponível em: <https://www.metropoles.com/entretenimento/familiares-de-vitimas-de-jeffrey-dahmer-criticam-serie>. Acesso em: 20 nov. 2022.

VAZ, Glaucia Mirian Silva. **Microdiagrama do fascínio por assassinos em série: práticas midiáticas e subjetividades**. 2018. 163 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Araraquara, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/154476>. Acesso em: 30 out. 2022.

ZAGO, Adriano Volnei. **Um estudo sobre a Escolha Amorosa de Mulheres Por Homens na Condição de Presidiário**. 2011. 107 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós Graduação em Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em:

https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-21072011-160617/publico/zago_me.pdf. Acesso em: 29 out. 2022.

“FOI ESSE O CRIMINOSO QUE TE ROUBOU?”: O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

"IS THAT THE CRIMINAL WHO ROBBED YOU?": PHOTOGRAPHIC RECOGNITION AS A MEANS OF PROOF IN THE CRIMINAL PROCESS

Recebido em	30/11/2022
Aprovado em	01/12/2022

Juliana Nascimento¹
Máyra Manuely Pinheiro Marçal²
Yuri Ygor Serra Teixeira³

RESUMO

O Código de Processo Penal de 1941 busca, de forma breve e sucinta, elaborar orientações de procedimentos para alcançar a aplicação da sanção nos casos concretos. Nesse sentido, o presente artigo busca analisar a utilização do reconhecimento fotográfico como meio de prova, seguro e eficaz para a apreensão de suspeitos. À vista disso, é necessário observar o cumprimento dos requisitos estipulados no artigo 226 do Código de Processo Penal, caso contrário, poderá incorrer em prejuízo da prisão cautelar do indivíduo. Outrossim, será discorrido sobre a memória no momento de identificação de suspeito e de que forma ela pode influenciar no processo acusatório. E, ainda, debater o perfil das vítimas do judiciário brasileiro, apontando as características das pessoas presas injustamente e os motivos que as levaram para trás das grades por inobservância da lei. Por fim, e não menos importante, apontar a melhor aplicação do reconhecimento fotográfico no Brasil, buscando mudanças no procedimento de reconhecimento fotográfico, com o propósito de diminuir os casos de prisões cautelares desnecessárias. Para isso, utilizou-se do método dedutivo de abordagem e da técnica de pesquisa bibliográfica. Ademais, buscou-se analisar jurisprudências e textos normativos. Assim, concluiu-se que existem alternativas que possibilitam o uso adequado do reconhecimento fotográfico como meio de prova, respeitando os devidos respaldos legais no ato de identificação do suspeito.

Palavras-chave: Código de Processo Penal; reconhecimento fotográfico; prisão cautelar; memória; perfil das vítimas.

ABSTRACT

The Criminal Procedure Code of 1941 seeks, briefly and succinctly, to elaborate procedural guidelines to achieve the application of the sanction in concrete cases. In this sense, the present article seeks to analyze the use of photographic recognition as a safe and effective

¹ Aluna do curso de graduação de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). E-mail: junascimento513@gmail.com.

² Aluna do curso de graduação de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). E-mail: mayramarcal2017@gmail.com.

³ Mestre em Direitos Fundamentais e especialista em Ciências Criminais.

means of proof for the apprehension of suspects. In view of this, it is necessary to observe the fulfillment of the requirements stipulated in Article 226 of the Code of Criminal Procedure, otherwise it may prejudice the individual's precautionary arrest. Furthermore, it will be discussed the memory at the moment of suspect identification and how it can influence the accusatory process. We will also discuss the profile of the victims of the Brazilian judiciary, pointing out the characteristics of the people unjustly imprisoned and the reasons that led them to the bars due to non-compliance with the law. Finally, and no less important, to point out the best application of photographic recognition in Brazil, seeking changes in the procedure of photographic recognition, with the purpose of reducing the cases of unnecessary pre-trial detention. For this, we used the deductive method of approach and the technique of bibliographic research. Moreover, it was sought to analyze jurisprudence and normative texts. Thus, it was concluded that there are alternatives that enable the proper use of photographic recognition as a means of proof, respecting the due legal support in the act of identifying the suspect.

Keywords: Code of criminal procedure; photographic recognition; pre-trial detention; memory; victims' profile.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade abordar o instituto do reconhecimento fotográfico como meio de prova no código de processo penal utilizado no Brasil, onde é efetuado comumente através da exibição de fotografias existentes em álbuns de suspeitos, apresentados pela autoridade policial civil às vítimas ou testemunhas para que indiquem o possível autor do delito. Com essa perspectiva, pretende-se esclarecer: em que medida o reconhecimento fotográfico contribui para a determinação de prisões cautelares desnecessárias? Para tanto, far-se-á, inicialmente, uma análise de algumas noções introdutórias sobre a previsão do instituto do reconhecimento de pessoas no Código de Processo Penal, seu procedimento legal, ressaltando os aspectos mais relevantes, para auxiliar na compreensão do tema que vem a ser debatido ao longo do trabalho.

O tema em observação consiste em um meio probatório utilizado no Brasil, cuja execução deve observar por analogia os procedimentos estabelecidos no art. 226 do Código de Processo Penal, método do reconhecimento pessoal, uma vez que se trata de prova inominada por não possuir expressa previsão legal (BRASIL, 1941). Nesse artigo, o procedimento é descrito de forma que a vítima deve retratar o suspeito, onde o mesmo, após ser identificado, é apresentado com outras pessoas que foram selecionadas para participar do grupo de suspeitos e, posteriormente, ser apontado pela vítima. Cumpre ressaltar que o suspeito pode se recusar a participar deste ato, alegando o direito de não produzir provas contra si.

De acordo com o entendimento dos Tribunais, atualmente o reconhecimento fotográfico por si só não é suficiente para acarretar uma condenação criminal, devendo ser corroborado por outros meios de prova. Por outro lado, segundo decisão proferida no Habeas Corpus 598.886/SC, em que foi relator o Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, se o reconhecimento fotográfico acontecer de maneira ilegal, ou seja, deixando de observar o procedimento disposto no art. 226 do Código de Processo Penal, poderá ser considerado nulo e inutilizado para fins de condenação de um suspeito (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 598.886/SC, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 2020).

Cumprido destacar que as prisões cautelares têm um carácter provisório e ocorrem antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nas fases de investigação ou da ação penal. Subdivide-se em três modalidades: Prisão em Flagrante, sendo aquela na qual o indivíduo é preso em uma situação de flagrante delito; Prisão Temporária, podendo ser decretada durante a primeira fase do processo e possui um prazo legal para o término e Prisão preventiva, sendo aquela que pode ocorrer tanto na fase de investigação quanto no decorrer da ação penal, não possuindo um prazo legal. Contudo, em relação à prisão preventiva, possuindo indícios suficientes para demonstrar autoria, poderá ser efetuada, conforme estabelece o art. 312 do Código de Processo Penal. A problemática existente é clara, dado a todos indivíduos inocentes que são presos em virtude de serem reconhecidos no momento deste procedimento.

Após, serão analisados aspectos relativos a memórias e de que maneira pode influenciar no ato de reconhecimento, sobretudo o fenômeno das falsas memórias, onde as vítimas acreditam que lembram do que ocorreu no momento do fatídico, quando na verdade são lembranças inverídicas. Além disso, será observada a seletividade penal, quais as características das pessoas encarceradas injustamente e, ainda, a consequência que as falhas nesses reconhecimentos podem ocasionar na vida de pessoas inocentes, ou seja, a privação da liberdade.

Nesse contexto, torna-se fundamental o estudo do tema. O objetivo do presente trabalho não é desqualificar o reconhecimento fotográfico no processo penal, mas ressaltar a necessidade de estabelecer um procedimento formal a ser adotado, minimizando os vícios e os erros decorrentes dele. Ademais, verificar como o emocional da vítima, medos e anseios, podem influenciar no meio de prova. Finalmente, averiguar de que forma esse meio probatório pode ser utilizado com outra perspectiva no âmbito judicial, fundamentando-se no estudo de legislações e jurisprudências.

A presente pesquisa foi realizada utilizando procedimento metodológico de revisão bibliográfica, com uso de fontes primárias e secundárias (MARCONI; LAKATOS, 2021). Para isso, a pesquisa foi desenvolvida em três etapas: analisar pesquisas sobre a prisão equivocada por reconhecimento fotográfico; avaliar entrevistas e vídeos online (*Youtube*), dados estatísticos em *sites* para identificar de que forma é feita essa apreensão, livros online; explicar como o reconhecimento fotográfico pode ser utilizado como meio de prova admissível.

2 O LIAME ENTRE A APLICAÇÃO DO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL E A PRISÃO CAUTELAR POR RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

O reconhecimento de pessoas e coisas tem previsão legal nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal de 1941, onde está estabelecido como se deve proceder perante um fatídico que, no momento da ação, não fora possível fazer a captura do suspeito. Nos ensinamentos de Lopes Júnior (2022, p. 224) “O reconhecimento é um ato através do qual alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências.”.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal, em seu artigo 226, estipula que a vítima deve descrever a pessoa que deva ser reconhecida e após esse procedimento a pessoa descrita é colocada ao lado de outras que tiverem qualquer semelhança com o suspeito, ou seja, as pessoas selecionadas para fazer parte do grupo de suspeitos em um reconhecimento fotográfico, são indivíduos com características congêneres, sendo levado em consideração apenas o sentido da visão. A vítima necessita fazer o reconhecimento e a apontar o criminoso (BRASIL, 1941). Caso contrário, segundo o Habeas Corpus 715.396/PI do relator Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), julgado em 02/05/2022, predispõe que se a vítima optar por não fazer a identificação pessoal do suspeito, desobedecendo as formalidades do procedimento previstas no art. 226, poderá ensejar nulidade do ato, exceto se existirem provas nos autos, produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, que atestem a autoria delitiva ao acusado. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 715.396/PI, Relator Ministro OLINDO MENEZES, 2022).

Posteriormente, nos termos do artigo 226, inciso IV, do Código de Processo Penal, será lavrado um relatório pormenorizado a ser assinado pelas autoridades, pela pessoa chamada para identificação e por duas testemunhas presenciais, sob pena de nulidade em caso de inobservância (BRASIL, 1941)

Segundo Lopes Jr. (2022), o suspeito não é obrigado a participar do procedimento de reconhecimento fotográfico, tendo em vista o direito de não produzir prova contra si, ou seja, o acusado pode se negar a participar desse evento e requerer assistência de um advogado público (Defensoria Pública) ou particular. Contudo, se o indivíduo aceitar participar desse meio de identificação, estará sujeito a qualquer tipo de enquadramento legal. Destarte, a investigação criminal, teoricamente, deve ser feita de forma correta, possibilitando o contraditório e a ampla defesa, respeitando, assim, a previsão doutrinária e legal do ordenamento pátrio.

Outrossim, é necessário abordar sobre a indução do reconhecimento por motivos alheios à vontade da vítima. No momento em que ocorre o delito, a vítima entra em estado de choque e muitas vezes não consegue observar as características dos suspeitos, a vestimenta, os objetos utilizados para cometer o delito etc. Nesse sentido, a atividade policial (construção do retrato falado, apresentação do álbum de suspeitos e interrogatório) não pode interferir direta ou indiretamente na identificação do suspeito.

A identificação de suspeitos é configurada conforme a descrição que a vítima realiza na delegacia de polícia. Essa maneira de identificar um suspeito pode se dar de duas formas: por meio do reconhecimento pessoal, quando a vítima reconhece o suspeito na forma presencial na delegacia; por meio do reconhecimento fotográfico, quando o suspeito se recusa a participar do reconhecimento pessoal, na qual exerce seu direito de silêncio. Na ocasião, a vítima descreve o suposto suspeito, fornecendo algumas características que recorda do momento do delito, e algumas pessoas que estão no chamado álbum de fotografia são convocadas a participar do reconhecimento pessoalmente.

A forma como é realizado o reconhecimento fotográfico é apenas um meio que deve corroborar com as investigações, não podendo ser levado como algo concreto, decisivo para a apreensão de um indivíduo. Segundo Lopes Jr. (2022, p.226) “O reconhecimento fotográfico somente pode ser utilizado como ato preparatório do reconhecimento pessoal, nos termos do art. 226, inciso I, do CPP, nunca como um substitutivo àquele ou como uma prova inominada”. Dessa forma, é notória a crítica quanto ao sistema brasileiro, tendo em vista que utiliza-se, comumente, deste formato de reconhecimento para a acusação de inocentes.

No Direito Processual Penal há duas formas de reconhecimento no pessoal: simultâneo e sequencial. No reconhecimento simultâneo, método utilizado no Brasil, indivíduos são apresentados para a vítima no mesmo momento, como se fossem parte de um cardápio. A vítima, então, conturbada e abalada psicologicamente, aponta o suspeito que acha que cometeu o crime. O “achismo” se dá pelo fato de ocorrer o estado de tensão e nervosismo

diante do fatídico, isso faz com que a vítima aja por impulso e permita-se ser influenciada em virtude do choque sofrido. Nesse sentido, a ação causada pelo abalo psicológico da vítima pode desencadear consequências irreparáveis.

Outro método de reconhecimento pessoal é o sequencial. Este, por sua vez, é considerado mais seguro e eficaz na identificação de suspeitos. No momento em que os suspeitos são apresentados, diferentemente do meio simultâneo, cada indivíduo deve ser exibido separadamente e a vítima, após a aparição do suspeito, deve indicar se é ou não a pessoa que cometeu o delito. Dessa forma, conforme pensamento do ilustríssimo Lopes Junior (2022, p. 228), “a psicologia judicial tem apontado para o reconhecimento sequencial como mais seguro e confiável.”

Destarte, para que os indivíduos não sejam privados de liberdade indevidamente, o melhor modelo de reconhecimento pessoal a ser aplicado, segundo a doutrina, seria o sequencial.

3 O CARDÁPIO DE PESSOAS: O “UNIDUNITÊ” QUE PODE CUSTAR A LIBERDADE

O reconhecimento fotográfico no Brasil é um tanto quanto questionável e gera estranheza a alguns pensadores renomados. Esse pensamento se dá em virtude de esse tipo de identificação ser frágil perante uma denúncia de extrema repercussão social e pessoal, que deve ser apurada com cautela, observando os requisitos legais.

Apesar de o reconhecimento, previsto no Código de Processo Penal, ser apenas pessoal, a evolução tecnológica possibilitou a realização comum do reconhecimento fotográfico. Ressalta-se que a produção do reconhecimento efetuado pelo policial é indispensável, em virtude de provocar e auxiliar na identificação da autoria da conduta averiguada. Porém, constantemente é mostrado à vítima o álbum de fotografias ou imagens do computador para que seja apontado o suposto autor do delito.

O reconhecimento fotográfico caracteriza-se como meio de prova sem previsão expressa no Código Processual Penal brasileiro, sendo aceito pela jurisprudência. Ocorre de duas formas, mediante o *show-up* e o álbum de suspeitos. No *show-up*, o risco de falha no reconhecimento é maior (CLARK, 2012), pois é mostrada à vítima ou à testemunha uma foto do suspeito, onde deverá comparar o rosto observado no momento do delito. Desse modo, se a vítima considerar que o suspeito é razoavelmente semelhante à lembrança do autor do crime, o reconhecimento será efetuado. Por se tratar de um método evidentemente sugestivo, que

proporciona riscos no momento do reconhecimento, é indevido (CECCONELLO; STEIN, 2020; CLARK, 2012; WELLINGTON *et. al.*, 2020).

Já o álbum de suspeitos funciona da seguinte maneira: são apresentadas fotos de várias pessoas consideradas “suspeitas”, não há entendimento de que critérios são adotados para que alguém passe a constar nesses álbuns, de forma que a vítima/testemunha deverá apontar o possível autor do delito. Salienta-se que é posto na vítima/testemunha uma sobrecarga cognitiva, na qual deve analisar diversos rostos ao mesmo tempo (MATIDA, 2021).

Ressalta-se que esses termos podem levar a uma confusão no âmbito judicial, onde são utilizados sinônimos de reconhecimento fotográfico. Tal prática é indevida, visto que, no *show-up* é exibido apenas um rosto, podendo ser realizado tanto por foto quanto presencialmente. Da mesma maneira, o álbum de fotografias proporciona um reconhecimento falho, pois faz a utilização indevida de fotos, mostrando-as simultaneamente para a vítima. Apresentam-se como procedimentos que devem ser anulados, pois viabilizam falhas no reconhecimento. Porém, a utilização de fotografias para auxiliar na identificação do suspeito não pode ser descartada.

Portanto, é essencial que, além do reconhecimento pessoal, por fotografias ou apresentação do rosto de um suspeito, sejam apresentadas provas lícitas, capazes de proporcionar uma segurança jurídica, no intuito de evitar ilegalidade na investigação criminal.

4 A FRAGILIDADE DA MEMÓRIA E SUA INFLUÊNCIA NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

O presente capítulo aborda aspectos que envolvem a memória em si, seu conceito, função, conteúdo e classificação, possibilitando melhor compreensão sobre o tema em discussão, além de sua relação com o Processo Penal brasileiro.

Ademais, trata sobre o fenômeno denominado de falsas memórias e sua influência no reconhecimento fotográfico, apontando seus pontos mais relevantes, sobretudo suas formas de ocorrências e posteriores consequências no resultado do processo.

4.1 ASPECTOS DA MEMÓRIA

Para melhor compreensão sobre as falsas memórias, é essencial tratar sobre a atuação da memória. Conforme elucida Izquierdo (2018, p. 1), “memória significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações”. Da mesma forma, o autor esclarece que a aquisição, também denominada de aprendizado ou aprendizagem, é o que possibilita à

memória gravar determinadas coisas. A evocação é a recordação, auxilia na lembrança de um acontecimento passado.

Portanto, o conjunto de memórias é fundamental, pois proporciona a comunicação, aprendizagem e determina a singularidade do ser humano (IZQUIERDO, 2018). A memória é a base de todo ato cognitivo.

Di Gesu (2014, p. 105) esclarece que a memória pode ser definida como “a faculdade de reter as ideias, as impressões e os conhecimentos adquiridos”. Outrossim, a classificação definida, e adotada neste artigo, a qual esclarece que a memória pode ser classificada quanto a sua função, tempo de duração e seu conteúdo (IZQUIERDO, 2018).

Em relação à função, existem dois tipos de memória, tendo como objetivo “gerenciar a realidade”, sendo momentânea e passageira, e de guardar informações quando ocorrer algum fato, observando na memória pré-existente se é relevante fazer uma nova memória dessa informação ou se já consta nos arquivos. Ressalta-se que a memória de trabalho conserva a informação por poucos minutos, possibilitando a realização de atos cognitivos cotidianos. Distingue-se das outras memórias, pois não deixa arquivos. No que se refere ao tempo de duração, a memória poderá ser de curta duração, longa duração e memória remota (IZQUIERDO, 2018)

Quanto ao conteúdo, denominam-se memórias declarativas aquelas que guardam fatos, eventos ou conhecimentos. Subdividem-se em episódicas ou autobiográficas, relacionadas a situações de participação no âmbito pessoal, são aquelas referentes às vivências, e aquelas de fatos mais gerais são chamadas de semânticas. Em síntese, a memória declarativa constitui-se mediante pensamentos cotidianos, ainda que lembre de outras situações, é adquirida e mais facilmente esquecida que outras memórias (BEAR; CONNORS; PARADISO, 2017)

Além disso, existem memórias não declarativas, definidas como procedurais ou de procedimentos, que compreendem as memórias de capacidades motoras, tendo como exemplo andar de bicicleta, saltar, tocar um instrumento etc. É uma memória que depende da execução frequente para ser armazenada, contudo seu esquecimento é mais improvável (IZQUIERDO, 2018).

Outro ponto de importante reflexão é que alguns estudos constatarem que a memória sofre alterações durante o tempo, possibilitando maior fragilidade na conservação de uma lembrança, especialmente na ocorrência de algum abalo. De acordo com Di Gesu (2014), os indivíduos conseguem lembrar de forma clara quando ocorre determinada situação (a tragédia). Porém, com o decorrer do tempo, as pessoas costumam esquecer de determinados

detalhes, conservando somente a memória do fato que a fragilizou. Essa lembrança guarda os detalhes emocionais, logo são os que se mantêm, à medida que o restante desaparece.

Diante desse contexto, é notória a importância de tratar, de forma breve, sobre a memória, uma vez que determina todos os atos cognitivos do ser humano. Além disso, está diretamente relacionado ao Processo Penal brasileiro, dado que necessita da memória das pessoas em diversos âmbitos, por exemplo, para obter esclarecimentos sobre um fato delitivo, realizar uma possível identificação de suspeitos ou na reconstrução fática por intermédio da produção probatória.

4.2 AS FALSAS MEMÓRIAS E SUA INFLUÊNCIA NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

Com base no exposto anteriormente sobre a funcionalidade da memória, torna-se necessário refletir acerca dos ensinamentos de Matida e Cecconello (2021, p. 411) “É preciso considerar o risco das falsas memórias, que podem ser a recordação de informações que não ocorreram, ou o reconhecimento de um inocente como sendo erroneamente autor de um crime.”. Dentro desse contexto, é ilusório supor que a memória atua de forma regular e infalível, pois a fragilidade da memória, ou as falsas memórias, são capazes de induzir qualquer indivíduo ao erro no momento do reconhecimento. Conforme Matida e Cecconello (2021, p.412):

No que refere especificamente à prova de reconhecimento, a preservação do mito da ‘memória-máquina filmadora’ significa aquiescer a falsos negativos e a falsos positivos, isto é, à absolvição de culpados e à condenação de inocentes. De outro lado, compreender as limitações constitutivas da memória humana torna necessária a tomada de uma série de providências no âmbito probatório – seja no que refere à produção, seja no que refere à valoração probatória, seja, finalmente, no que se refere à adoção de uma decisão sobre os fatos.

À vista disso, as falsas memórias são basicamente lembranças inverídicas, se confundem com outras memórias, não podendo determinar se um fato ocorreu realmente. É uma memória ilusória de um acontecimento passado.

Nesse aspecto, é importante evidenciar que as falsas memórias se diferenciam de mentiras. O indivíduo que mente sobre determinado fato está consciente de que não é real. Contudo, na ocorrência das falsas memórias o sujeito acredita na veracidade de suas alegações, uma vez que se confundem com memórias verdadeiras; as falsas memórias possuem informações e episódios que não existiram (STEIN *et al*, 2010).

Conforme leciona Lopes Jr. (2022, p.213):

As falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação.

Esse fato pode acontecer de duas formas: mediante falsas memórias espontâneas e as falsas memórias sugeridas. Ao passo que as falsas memórias espontâneas são enganos decorrentes da própria memória, as sugeridas são capazes de efetuar-se tanto de forma acidental quanto deliberada (por intermédio de indução ou sugestão equivocada). Com o decorrer do tempo, a vítima ou testemunha, ao passar por determinado acontecimento, é invadida por novas informações que podem modificar sua lembrança, levando-a a erros advindos das falsas memórias. “Nossa memória é suscetível à distorção mediante sugestões de informações posteriores aos eventos. Além disso, outras pessoas, suas percepções podem influenciar a forma como recordamos dos fatos” (STEIN *et al*, 2010. p. 26).

Nesse sentido, Damásio (1996, p.292) sustenta que as emoções influenciam a memória, principalmente em eventos que causaram grandes abalos psicológicos às vítimas. Além disso, o testemunho prestado no momento do julgamento, sob efeito de “falsas memórias”, é capaz de reduzir a chance de absolvição de determinado acusado.

Deste modo, afirma Di Gesu (2008, p.225):

Os estudos demonstram não ser o processo mnemônico fidedigno à realidade, isto é, a lembrança não reconstrói o fato tal e qual ocorreu na realidade. A memória, ao ser evocada, apresenta uma síntese aproximativa daquilo que foi percebido. Além disso, as recordações são fortemente influenciadas pela emoção. Com efeito, inegável ser o delito uma forte emoção para aquele que o presencia ou que dele é vítima. O sentimento, nesse contexto, vem a minimizar a observância dos detalhes do acontecimento, ou seja, prejudica aquilo que os depoentes viram e ouviram. Disso tudo resulta a inviabilidade da cisão entre razão e emoção proposta por Descartes. Da mesma forma, a situação fez-nos pensar que a testemunha não pode ser tratada pela legislação processual de forma objetiva, pois inegável que ela narra o fato em primeira pessoa.

À vista disso, após tratar sobre as falsas memórias, é importante relacionar sua influência no momento da realização do reconhecimento fotográfico. Conforme abordado no tópico referente ao reconhecimento fotográfico, sua realização é feita mediante à apresentação de fotografias catalogadas no álbum de suspeitos. Ocorre que, rotineiramente, a vítima é induzida a apontar o indivíduo que mais se assemelha ao autor do delito.

As consequências dessas falsas memórias no momento do reconhecimento fotográfico são inimagináveis e determinantes na vida das pessoas. Diante disso, Loftus (1997) expõe um caso em que indivíduos acusados de abusos foram julgados e condenados, porém, posteriormente, foram recolhidas novas provas que demonstraram que as acusações eram fundamentadas em falsas recordações. Desse modo, são evidentes as implicações que as falsas memórias podem ocasionar na vida de outrem, principalmente quando se trata do assunto no âmbito penal.

Para melhor esclarecer essa problemática, o Fantástico produziu o Experimento Testa, no ano de 2019, com acadêmicos de Direito. Na primeira parte da simulação, um indivíduo entrou correndo na sala de aula e furtou o notebook do professor na frente de todos, retirando-se rapidamente logo depois.

Posteriormente, os estudantes foram informados que estavam participando de um teste de reconhecimento através de fotografias, onde deveriam apontar o indivíduo que cometeu o furto. Porém, antes disso, foram separados em dois grupos: o primeiro recebeu orientações que seguem as normas do departamento de justiça americano, informando que o autor do delito poderia não estar entre as fotos expostas e foi ressaltada a necessidade de ter cautela no momento do reconhecimento, visto que pode causar a condenação de um inocente e o segundo grupo foi orientado de acordo com a legislação brasileira, apenas comunicando que o aluno deveria fazer o papel de uma possível testemunha, indicando o autor de forma objetiva.

Em seguida, obteve-se o seguinte resultado: no primeiro grupo 63% dos alunos alegaram que não se sentiram confiantes para apontar o culpado. Porém, no segundo grupo 76% indicaram equivocadamente o autor e os outros 26% afirmaram que tinham “certeza” de quem era o culpado (G1, 2019).

Logo, o Experimento Testa possibilita a constatação de que o instituto do reconhecimento pessoal não pode ser considerado uma verdade absoluta em relação à identificação do autor do delito, resta evidente a influência das falsas memórias na atuação dos estudantes no momento do reconhecimento. Ademais, foi ressaltada a necessidade de reavaliação dos procedimentos adotados no Brasil, tendo como finalidade minimizar as falhas e as injustiças no reconhecimento fotográfico.

Portanto, considerando a influência das falsas memórias no processo penal e, principalmente, no reconhecimento fotográfico, é inegável que o procedimento informal adotado cotidianamente nas delegacias contribui ainda mais para a continuidade dessa problemática. E por ser fundamental na condenação do acusado, onde são utilizados depoimentos pessoais, especialmente das vítimas, é essencial a adoção de medidas previstas

no Código de Processo Penal que busquem minimizar a ocorrência dessa celeuma, por se tratar de algo que afeta diretamente o resultado do processo.

5 O PREÇO DA (IN)JUSTIÇA: AS PRINCIPAIS VÍTIMAS DO ERRO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

É fundamental discutir e expor as condenações de inocentes decorrentes dos atos de reconhecimento que apontaram o suspeito incorreto.

A acusação de pessoas presas injustamente no Brasil recai, grande parte, sobre indivíduos com características semelhantes, dentre as quais: pessoas negras, com pouco poder aquisitivo, baixo nível de escolaridade etc. Um levantamento feito pelo CONDEGE (Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais) indica que 83% dos presos indevidamente por reconhecimento fotográfico no Brasil são negros (CONDEGE, 2021). Na maioria dos casos, a única prova utilizada para determinar a autoria do delito é o reconhecimento, errôneo, por fotografias.

O sistema punitivo do Estado manda para as cadeias brasileiras, uma quantidade desconhecida de inocentes com o mesmo perfil. Ressalta-se que a informalidade das práticas realizadas por policiais no cotidiano das delegacias, ocasionou o encarceramento em massa de indivíduos, predominantemente negros, fundamentados em um “reconhecimento fotográfico incorreto”.

Segundo Dias (2020, p.351):

Portanto, a regra para corpos negros é a invisibilidade, a inexistência, o não lugar e o único contexto em que os corpos negros são os mais visados é o contexto do sistema penal, que se constitui como o único lugar de pertencimento da população negra. Em suma, os olhos que, via de regra, não nos enxergam são os mesmos olhos que nos vêem tão somente para nos condenar.

A utilização desses álbuns de fotografias é fortemente influenciada pelos estereótipos vinculados a determinados grupos sociais, no qual o homem negro torna-se a visão de “suspeito padrão”, onde a vítima conseqüentemente é induzida a reconhecer quando apontar o culpado. Isto decorre de um racismo estrutural intrínseco no “Estado Democrático de Direito”.

Dessa forma, essa concepção racista verificada no imaginário tanto da sociedade quanto dos agentes estatais, gera um fortalecimento na legitimação do preconceito e da segregação, visto que, assim que o negro é enxergado como suspeito padrão, torna-se admissível o racismo estrutural praticado pela sociedade. A título de exemplo, temos o caso

do Wilson Alberto Rosa, negro, ambulante, que ao chegar na rua onde cotidianamente vendia algumas balas foi “reconhecido” pela vítima como autor do furto que sofreu seis meses antes. A vítima, ao identificá-lo, tirou uma foto e enviou para seu marido via WhatsApp, que, por ser policial civil, o deteve no mesmo dia. O suspeito foi levado à delegacia e reconhecido “sem sombras de dúvidas” pela mulher que o denunciou. Após cinco meses, foi solto por não ter cometido crime algum.

Como leciona Zaffaroni (2015, p. 46), “Por tratar-se de pessoas desvalorizadas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob forma de preconceitos, o que resulta em fixar uma imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos.”. Ou seja, esse estereótipo promove a penalização de determinados indivíduos meramente baseados em seu perfil, tornando-o mais suscetível a uma condenação injusta.

Segundo entrevista da advogada criminalista Fayda Belo para o programa Provoca da TV Cultura (UOL, 2022): “85% das pessoas que foram presas injustamente são negras”, esses dados reportados são de fevereiro de 2022, com base em ações já finalizadas e comprovada a inocência dos acusados. Ou seja, resta evidenciado o estereótipo dos indivíduos acusados injustamente de cometer crimes, a aparência (homens, negros, vestimenta, comportamento, baixo poder aquisitivo), é a principal “coincidência” na prisão por reconhecimento fotográfico.

Em que pese o aumento dos casos de prisões indevidas por reconhecimento fotográfico, na estreia do quadro “Projeto Inocência” no programa Fantástico – Rede Globo – foram apresentados casos de pessoas acusadas injustamente por crimes que não cometeram, onde advogados voluntários que se dedicam a ajudar vítimas de erros judiciais. Na ocasião, os apresentadores da época, Tadeu Schmidt e Poliana Abritta, exibiram um projeto que teve seu início há, aproximadamente, 30 anos nos Estados Unidos, e que conseguiu absolver muitas pessoas, inclusive as que estavam no corredor da morte (EXCLUSIVO..., 2021).

Pessoas acusadas injustamente com características específicas – pobres, negros, que têm menos acesso à justiça, moradores de periferia etc. – tendem a ser potenciais suspeitos e estão mais suscetíveis ao sistema penal brasileiro. O caso de Douglas, um paulista que foi acusado de carregar entorpecentes em uma mochila preta, é um caso emblemático e que ganhou repercussão no Brasil mediante atuação da ONG *Innocence Project*, que funciona há bastante tempo nos Estados Unidos (SÃO PAULO, 2016).

A investigação de suspeitos deve se basear, principalmente, em provas técnicas. Cumpre salientar que a forma de reconhecimento fotográfico é apenas mais um tipo de prova

que deve agregar às demais, não pode ser tida como concreta e muito menos como passível de incriminar um indivíduo. Falar que houve a identificação do suspeito e incriminá-lo sem nenhuma prova robusta é atentar quanto ao direito de defesa de um cidadão. Portanto, é necessário ter cautela ao analisar álbuns de fotografia, fotos de redes sociais e acusar uma pessoa.

Outrossim, é necessário observar, também, a atuação policial no momento de apreensão de suspeitos. Assim como no caso de Douglas, diariamente, milhares de pessoas são coagidas pelos agentes da polícia a assumirem crimes que não cometeram, como, por exemplo, carregar uma mochila com entorpecentes; deixar as digitais em uma arma de fogo etc. No que pese a acusação ser concretizada com a apreensão injusta do suspeito, é cabível mencionar o constrangimento que o indivíduo passa em decorrência desse ato penal infundado, o fato de ser preso já mancha a ficha criminal de uma pessoa.

O *Innocence Project Brasil* (traduzido para o português Projeto Inocência Brasil), criado em dezembro de 2016, tem como objetivo ajudar pessoas acusadas injustamente, que não têm como arcar com custas judiciais, bem como advogados. Desde o momento que foi criado, o Projeto Inocência Brasil obteve êxito em 624 casos, onde pessoas inocentes foram acusadas injustamente por crimes que não cometeram, segundo o *site* do projeto.

Desse modo, a atuação desta ONG no estado brasileiro é de suma importância visto que pessoas que são acusadas injustamente por crimes que não cometerem, nem sempre têm condições financeiras de contratar os serviços de um advogado, enquanto a defensoria pública dos estados, devido à alta demanda, não consegue olhar por todos que necessitam de amparo na defesa. Nesse sentido, os advogados voluntários recebem diariamente casos em que pessoas inocentes são incriminadas e selecionam as demandas que se encaixam nas suas premissas. Portanto, é um trabalho extremamente importante que busca a luta por direitos e a devolução de liberdade para pessoas acusadas injustamente.

5.1 O “MATCH” QUASE PERFEITO: A BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES E O PREÇO DA LIBERDADE

O reconhecimento fotográfico como meio de prova no sistema penal brasileiro, a priori, não deve ser utilizado como única fonte para acusação de um suspeito, pois pode desencadear insegurança jurídica. Nesse sentido, segundo entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito ao Agravo Regimental no Habeas Corpus 598.886/SC do relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, dispõe que apenas a identificação do suspeito por uma fotografia é um elemento

probatório insuficiente para acusar um indivíduo (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 598.886/SC, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 2020).

Somado a isso, o Supremo Tribunal Federal, em decisão recente no AgRg no HC 215160/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/06/2022, afirma que o reconhecimento fotográfico é possível desde que seja corroborado por outros elementos colhidos, possibilitando o contraditório e, portanto, é um meio de prova capaz de decretar a prisão de um suspeito (BRASIL, Superior Tribunal Federal, AgRg no HC 215160/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, 2022).

Destarte, resta evidente que o reconhecimento fotográfico como meio de prova é um instrumento que pode e deve ser utilizado com cautela, conjuntamente com outras provas. Utilizado individualmente, pode ocasionar banalização de reconhecimento equivocado, privando pessoas inocentes de sua liberdade e causando transtornos não só para o indivíduo, como também para sua família.

Outrossim, cabe ressaltar que a prisão através do reconhecimento fotográfico pode ocorrer tanto por meio do álbum de suspeitos, como também por uma foto publicada nas redes sociais da própria pessoa e ser utilizada sem o seu consentimento. Portanto, é necessário prudência no momento de indicar um indivíduo como o suposto culpado pela realização do delito.

Nesse sentido, a indicação de cometimento do delito, por si só, acarreta um dano irreparável na vida de um suspeito, tendo em vista que, ainda que não seja o autor do crime, passa a ser enxergado com outros olhos pela sociedade. Até que se prove o contrário, a pessoa culpada injustamente pelo crime passar a ser vista criminosa, convive com criminosos. Portanto, é de extrema importância que o sistema criminal brasileiro pondere sobre essa forma de prova, devendo observar provas lícitas e complementares para a efetivação da prisão do indivíduo.

6 (RE)PENSANDO A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO RECONHECIMENTO NO BRASIL

Este capítulo destaca a possibilidade da utilização do método intitulado de “alinhamento justo” no ato do reconhecimento fotográfico, indicando quais critérios deverão ser observados para sua ocorrência.

Para melhor demonstração do método em exposição, será apresentado um rol de possíveis medidas de atuação governamental, por meio do Projeto de Lei nº 676/21, que

possui como finalidade reduzir, de maneira considerável, os erros cometidos no reconhecimento de pessoas.

Outrossim, cabe analisar de maneira comparativa a atuação conjunta dos Estados Unidos com o governo e legisladores para com o instituto do reconhecimento, bem como a aplicação desse ato probatório em solo brasileiro.

6.1 A BUSCA PELO ALINHAMENTO JUSTO

A principal condição para que seja realizado um reconhecimento justo, é que este seja feito através de um alinhamento, no qual o suspeito é exibido à vítima ou à testemunha na presença de outras pessoas abertamente inocentes, identificados tecnicamente como *fillers* (CECCONELLO; STEIN, 2020; WELLS, 1978; WELLS *et al.*, 2020).

Além disso, para que o reconhecimento seja efetivo, é necessário que sejam apresentados em torno de 3 a 4 *fillers*, contanto que nenhuma das pessoas se sobressaia em relação às outras e que as pessoas não suspeitas obedeçam à descrição estabelecida pela vítima ou pela testemunha (WOOTEN *et al.*, 2020, WELLS; OLSON, 2003).

Inicialmente, é importante ressaltar que a ocorrência do alinhamento justo depende da observância do critério de ausência de destaque, uma vez que evita apontamentos errôneos no momento do reconhecimento. Desse modo, se houver apenas uma pessoa dentre as participantes do reconhecimento que cumpra a descrição das características dadas pela vítima ou testemunha como possível autor do delito, não será um alinhamento justo, visto que o próprio método de alinhamento gera a possibilidade de um indivíduo inocente ser apontado devido à similaridade. Outrossim, a observância desse critério possibilita que a vítima ou a testemunha compare algumas características distintas dos rostos, de modo que sua escolha será amparada em características múltiplas, e não isoladas (WIXTED *et al.*, 2018).

Em suma, possuir determinadas características não deve tornar, por si só, alguém suspeito de cometer algum crime. Conforme ensina, “O efeito perverso de que a justiça criminal promova meras semelhanças com o culpado a fatores dignos de suspeita é contribuir, no limite, à uma lógica que criminaliza raça e etnia” (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 422). Por isso, é essencial que a Justiça Criminal busque afastar qualquer validação dada a reconhecimentos baseados em estereótipos e discriminações.

A utilização de pessoas sabidamente inocentes (caracterizadas como *fillers*), possibilita um reconhecimento mais eficaz, contribuindo com a investigação policial por dificultar um apontamento falho no momento da seleção do suspeito, pois se um *filler* for reconhecido, não existirá consequência para ele.

No alinhamento justo é essencial que sejam oferecidas instruções adequadas às vítimas e testemunhas. Informar que o autor pode ou não estar entre os rostos é necessário, pois a vítima não se sentirá induzida a reconhecer alguém apenas por obrigação, não reconhecer o autor, dentre os suspeitos, é uma resposta possível (STEBLAY, 2013). Um experimento produzido por Malpaas e Devine (2014) *apud* Lopes Jr (2018), deixa clara a importância desta informação no momento do alinhamento. Na hipótese, onde o autor do delito não estiver presente, os indivíduos que iriam proceder a identificação foram instruídos de que o autor possivelmente estava entre os alinhados. Obteve o seguinte resultado: 78% dos reconhecimentos foram incorretos. Contudo, na simulação em que foram informados da possibilidade de o autor não estar entre os alinhados, houve uma significativa redução de 33% nas identificações indevidas.

Outro critério que deve ser observado é o da ausência de feedback confirmatório (MATIDA; CECCONELLO, 2021). Isso ocorre quando a autoridade policial aumenta a confiança da vítima, dando incentivos positivos por intermédio de comentários, como informar que a vítima indicou o indivíduo que todos pensavam ser o culpado. É fundamental que esse ato seja evitado, uma vez que, ao aumentar a confiança da vítima, o reconhecimento pode ser contaminado com falsas “certezas”.

Com efeito, é improvável que um determinado método possa assegurar que o reconhecimento seja totalmente confiável, porém respeitando esses requisitos, as hipóteses de erros são, realmente, reduzidas. Para demonstrar na prática como poderia ser realizado um alinhamento justo, será tratado sobre o Projeto de Lei nº 676/2021.

6.2 INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NO ÂMBITO DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

O Projeto de Lei nº 676/2021, aprovado pelo Senado Federal, no dia 13 de outubro de 2021, promove mudanças em regras de reconhecimento de pessoas acusadas de crimes. De autoria do senador Marcos do Val, sendo aprovado na forma do texto substitutivo anunciado pelo relator da matéria, o senador Alessandro Vieira, que outorgou uma emenda inteiramente e outras sete parcialmente.

É evidenciado pelo relator que o projeto de lei tem como propósito estabelecer o cumprimento dos procedimentos formais, de modo a dificultar que a vítima seja levada a erro e para averiguar o grau de confiabilidade do reconhecimento. A justificativa do Senador Marcos do Val para a criação do PL fundamenta-se na problemática encontrada hoje no instituto de reconhecimento pessoal adotado pelo judiciário brasileiro.

O Código de Processo Penal, prevê expressamente em seu art. 226, inciso II, que ao realizar um reconhecimento pessoal, dentre outras coisas, a pessoa será colocada “se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança”, para que seja apontado o suposto autor do delito.

O novo texto aprovado propõe algumas mudanças, a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento:

Será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida, com uso de relato livre e sem perguntas abertas, “vedado o uso de perguntas que possam induzir ou sugerir a resposta”; Será perguntada sobre a distância a que esteve do suspeito, o tempo durante o qual visualizou o rosto, bem como as condições de visibilidade e iluminação no local; Será perguntada se algum suspeito lhe foi anteriormente exibido ou se, de qualquer modo, teve acesso ou visualizou previamente alguma imagem deste. (BRASILIA, 2022, online)

Ademais, a única emenda acatada integralmente foi adicionada pelo Senador Luiz do Carmo, a qual determina que, inicialmente, a testemunha ou a vítima será expressamente advertida de que o autor do delito pode ou não estar entre os indivíduos apresentados. Além disso, cumpre destacar que a investigação deverá prosseguir independentemente dos resultados alcançados no momento do reconhecimento.

Outra similaridade encontrada na PL com o método do alinhamento Justo, é a necessidade de *fillers*, no momento do reconhecimento, conforme preceitua o texto, “a pessoa suspeita do crime, que poderá ser reconhecida ou não, deverá ser apresentada com, no mínimo, outras três pessoas “sabidamente inocentes, que atendam igualmente à descrição dada pela testemunha ou pela vítima, de modo que o suspeito não se destaque dos demais” (2022).

O Projeto de Lei também determina que “será lavrado auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais, devendo nele constar declaração expressa de que todas as formalidades previstas neste Código foram cumpridas” (2022). Em caso de descumprimento dessas regras, será inadmissível o uso do reconhecimento positivo como meio de prova ou informação.

Referente ao reconhecimento por fotografia, o texto afirma que deverão ser adotadas todas as cautelas legais previstas no reconhecimento presencial de pessoas. E, além disso, deverão ser respeitadas as seguintes regras:

No caso de reconhecimento positivo, todas as fotografias usadas no procedimento deverão ser juntadas aos autos, com indicação da fonte; Será proibida a apresentação de fotografias ‘que se refiram somente a pessoas suspeitas, integrantes de álbuns de suspeitos, extraídas de redes sociais, restritas a amigos ou associados conhecidos de suspeito já identificado ou de suspeitos de outros crimes semelhantes, bem como a apresentação informal de fotografias por autoridades de polícia judiciária ou de policiamento ostensivo’ (BRASILIA, 2022, online).

Por fim, a proposta considera o alto grau de erros decorrentes dos reconhecimentos por fotografia e, conseqüentemente, estabelece uma regra especial para esse meio de prova: o reconhecimento deverá ser sustentado por “outros elementos externos de prova”, isto é, apenas o reconhecimento de suspeito não será suficiente para a condenação, devendo constar nos autos outros dados e provas.

Outrossim, o texto esclarece que o suspeito terá direito de ser assistido por defensor, constituído ou nomeado, no decorrer do processo de reconhecimento e em caso de absolvição, “a fotografia do acusado deverá ser excluída imediatamente de eventuais registros de identificação de suspeitos” (2022).

Na situação atual, o texto foi remetido à Câmara dos Deputados para análise, as Emendas ocasionam alterações no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para disciplinar o reconhecimento fotográfico de pessoas, possibilitando o reconhecimento através de fotografia (2022).

6.3 (IN)EXISTE POLÍTICA PÚBLICA CAPAZ DE REDUZIR DANOS (OU DORES)?

O número de pessoas presas injustamente no Brasil aumenta cada vez mais. Em que pesem as tentativas de amenizar essa mazela social, o impacto que essas ações geram ainda são considerados mínimos perante o prejuízo na vida social e profissional de uma pessoa. Nesse sentido, resta evidente que essas medidas não surtem efeito como deveriam, o que causa certo descrédito no sistema penal brasileiro. Portanto, é extremamente importante que se formulem medidas de médio à grande impacto, principalmente no que diz respeito às prisões indevidas por reconhecimento fotográfico, no intuito de reduzir os danos ou, ainda, as dores dos indivíduos encarcerados indevidamente.

O retorno à vida fora da prisão, do réu declarado inocente e com sua condenação devidamente anulada, pode até causar um alívio momentâneo, porém as conseqüências que o tempo no cárcere propiciou jamais poderão ser apagadas. Marcas do convívio com outros detentos, humilhações passadas dentro da cadeia e os traumas vividos por familiares não serão esquecidos com facilidade. Nesse sentido, é necessário abordar os danos causados para o

indivíduo privado de liberdade erroneamente pelo Estado em virtude do reconhecimento fotográfico. Diante desses apontamentos surgirão indagações sobre a maneira mais eficaz ou a menos prejudicial ao indivíduo que fora acusado de cometer um crime que não praticou.

Fazendo uma breve comparação com a atuação dos Estados Unidos, por exemplo, a atuação da ONG *The Innocence Project*, juntamente com o Congresso, com legisladores estaduais e líderes locais para aprovar leis e políticas que previnam reconhecimentos errados e facilitem que os assistidos pela organização recebam justiça (ALMEIDA, 2019). No Brasil, não há uma estruturação do Código de Processo Penal em conjunto com legisladores e líderes locais. O que se tem previsto no Código de Processo Penal são apenas 3 (três) dispositivos breves, que dão margem a diversas interpretações das autoridades, gerando grande insegurança jurídica.

Ora, se nos Estados Unidos da América, um país reconhecido mundialmente, que serve de exemplo para diversas nações, que teoricamente tem um sistema criminal mais “evoluído” que o brasileiro, há erro no reconhecimento de pessoas por reconhecimento fotográfico, quem dirá no sistema penal brasileiro, que conta apenas com 3 (três) artigos no Código de Processo Penal.

Apesar de, teoricamente, o sistema penal brasileiro e o Código de Processo Penal estarem defasados, algumas medidas norte-americanas, segundo o *site* da ONG *The Innocence Project* (ALMEIDA, 2019 *apud* EYEWITNESS..., 2022) podem auxiliar na redução de erros originários de reconhecimento de pessoas, senão vejamos:

No alinhamento dos suspeitos para a realização do ato de reconhecimento, quem gerencia esse alinhamento, tipicamente, sabe quem é o suspeito da prática delitiva. Pesquisas mostram que esse gerenciador – frequentemente e despropositadamente – dá sinais para a testemunha ocular acerca da pessoa a ser identificada no ato; No alinhamento dos suspeitos para a realização do ato de reconhecimento, sem instruções de quem gerencia o ato, a testemunha ocular, frequentemente, assume que o autor do crime perpetrado está presente no alinhamento. Isso, geralmente, leva à escolha de uma pessoa sem que haja o levantamento de dúvidas; Ao alinhar os suspeitos para a realização do ato de reconhecimento, quem gerencia a disposição das pessoas ou das fotos a serem reconhecidas pode escolher compor com não-suspeitos cujas características não correspondam à descrição do suspeito do crime feita pela testemunha, ou ainda, que não se pareçam com o suspeito. Isso pode fazer com que o suspeito se sobressaia para a testemunha, por causa da composição do alinhamento. Essa sugestão despropositada pode levar a testemunha ocular a identificar um indivíduo em particular dentre os outros das fotos ou do alinhamento. (tradução livre)

Em que pese a forma apontada como mais correta a ser aplicada pelos Estados Unidos, é necessário fazer uma comparação com a realidade brasileira. O Brasil tem a cultura de somente realizar o alinhamento de suspeitos quando há um suspeito capturado, diferentemente

dos Estados Unidos, que oportuniza a alternativa de não escolher ninguém na hora do reconhecimento.

Outro ponto que deve ser apontado é no que diz respeito às características dos indivíduos apresentados para a realização do reconhecimento. Nos estados norte-americanos, no momento da identificação do acusado, são apresentadas pessoas com diferentes características (altura, cor da pele, cabelo etc.), no intuito de não induzir a vítima ao erro. O que se observa é uma prática totalmente diferente do Brasil, que opta por exibir suspeitos de mesmo porte físico, mesma raça, por exemplo.

É notório que os Estados Unidos da América têm se empenhado em reduzir os erros cometidos no reconhecimento de pessoas. Em decorrência desses erros e buscando amenizar as injustiças realizadas, a ONG *The Innocence Project* e o governo norte-americano apresentaram planos com o objetivo de reduzir tendenciosidade, dentre elas:

O procedimento da dupla cegueira: neste alinhamento, nem quem gerencia o reconhecimento e nem a testemunha ocular sabem quem é o suspeito da prática delitiva. Isso previne que o gerenciador do ato de reconhecimento dê involuntários e despropositados, verbais ou não, sinais que podem influenciar na identificação do suspeito; Instruções: trata-se de uma série de declarações feitas por quem gerencia o ato de reconhecimento para o indivíduo que vai realizá-lo, de modo que ele não se sinta compelido a escolher alguém. Isso também previne a testemunha ocular de olhar para quem gerencia o reconhecimento durante o ato na espera de um retorno acerca da identificação. Uma das instruções recomendadas é no sentido de advertir o reconhecedor de que o suspeito pode ou não estar presente dentre aqueles alinhados; Composição do alinhamento: a fotografia do suspeito utilizada deve ser selecionada de modo que não se chame atenção não razoável para ele. E as fotos dos não-suspeitos ou as pessoas que se enfileirarão junto do suspeito devem ser escolhidas, de modo que o suspeito não se sobressaia dentre as características dos demais. O cumprimento da lei deveria selecionar os não-suspeitos usando uma abordagem combinada que considere as características semelhantes à descrição fornecida pela testemunha ocular e sua semelhança com o suspeito que a polícia encontrou; Declaração de confiança: Imediatamente após o ato de reconhecimento, a testemunha ocular deve fazer uma declaração, em suas próprias palavras, que articule o nível de confiança/certeza que teve na identificação feita; O procedimento deve ser documentado: Idealmente, o ato de reconhecimento deveria ser eletronicamente registrado. Se isso for impraticável, um áudio ou registro escrito deve ser feito (ALMEIDA, 2019 *apud* EYEWITNESS..., 2022, tradução nossa).

O CNJ, segundo matéria do *site* CONJUR, está elaborando uma proposta que visa evitar a propagação de preconceitos e a construção de diretrizes normativas capazes de garantir mudança cultural no reconhecimento pessoal de suspeitos (CNJ..., 2022). Ou seja, até o momento, não há nenhuma previsão legal brasileira vigente com a efetiva aplicação para utilizar nos casos de prisão indevida, o que recai mais uma vez em um sistema penal defeituoso, preconceituoso e precário. Por isso, é fundamental que seja concluída essa proposta para que surta efeito na vida prática.

Conforme ensina, “O controle do crime se converteu atualmente em uma operação limpa e higiênica. Afirma que “a dor e o sofrimento desapareceram dos manuais jurídicos, mas, como é natural, não desapareceram da experiência dos apenados” Ávila (2013) apud Christie (1988). Dessa forma, nota-se que, apesar do procedimento adotado na averiguação de suspeito de um crime não levar em consideração a exposição do indivíduo, o trauma que ele pode desenvolver em razão dessa ação, o acusado, na maioria dos casos, tem dificuldade para superar, seja no âmbito familiar ou na esfera socioeconômica. Assim sendo, é evidente que o sistema judicial brasileiro ainda é omissivo quanto à elaboração de políticas públicas capazes de reduzir danos (dores).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou demonstrar a fragilidade encontrada no procedimento adotado no Brasil no momento do reconhecimento fotográfico, por se tratar de um meio de prova que sofre diversas influências externas, não podendo ser considerado totalmente confiável para determinar a autoria de um crime.

Pelo exposto, constatou-se que o procedimento previsto no art. 226 do CPP não é seguido corretamente, resultando em vícios graves e consequências inimagináveis na vida daqueles que foram reconhecidos de forma errônea (BRASIL, 1941). Ressalta-se que sua inobservância, ainda que existam outras provas lícitas, pode gerar nulidade do procedimento, consequentemente, o suspeito pode ser absolvido da acusação. Existe, portanto, a necessidade de combater tal prática, evitando arbitrariedades, seguindo rigorosamente o procedimento do art. 226 do Código de Processo Penal, prezando pela busca constante de igualdade e redução das injustiças resultantes do descumprimento da legislação penal.

Além disso, foram mencionados alguns casos que ocorreram no Brasil, de pessoas condenadas de forma injusta com base em um reconhecimento fotográfico incorreto e pesquisas que ressaltam quais são as principais vítimas do erro no judiciário brasileiro, demonstrando que este meio de prova é influenciado por estereótipos criados pela sociedade.

Ademais, enfatizou-se os aspectos referentes às falsas memória, visto que cumpre papel fundamental no reconhecimento fotográfico, por ser uma prova cognitiva e dependente da memória, pode perceber-se, novamente, a fragilidade encontrada nesse meio de prova, por se tratar de uma memória ilusória, sendo passível de recordações inverídicas. Ainda, pode ser modificada conforme o grau de emoção suportado pela vítima ou testemunha no decorrer do tempo.

Por conseguinte, abordou-se sobre o *The Innocence Project*, por desempenhar papel fundamental no combate às condenações indevidas, visto que a atuação desta ONG, em parceria com o aparato estatal dos EUA, possibilitou uma reforma no método que vinha sendo realizado no país, revertendo diversas prisões de injustas.

Outrossim, fora discorrido no artigo a importância da elaboração de políticas públicas capazes de aprimorar a aplicação desse meio de prova, com a utilização de um método mais justo e medidas desenvolvidas não apenas por legisladores, mas pelo governo, líderes políticos, visando melhor aceitação deste ato probatório. Por isso, com a devida mudança na esfera judicial brasileira, obedecendo as medidas estipuladas na lei, aplicando o procedimento disposto no art. 226 do Código de Processo Penal de maneira rigorosa, o reconhecimento fotográfico será considerado um meio de prova mais seguro e eficaz para apreensão de suspeitos e, ainda, será possível afastar qualquer posicionamento a respeito de sua fragilidade (BRASIL, 1941).

Conclui-se, portanto, que, em que pese a falta de credibilidade no reconhecimento desse meio de prova utilizado no Brasil, há alternativas para que seja utilizado de maneira correta, não necessariamente sozinho, mas com a devida cautela e respaldo legal no ato de identificação de suspeitos. Dessa forma, resta evidente a urgência em desenvolver diretrizes legais que visem a aplicação correta do procedimento judicial, bem como a atuação dos fiscais da ordem pública para que não haja erro na identificação de suspeitos e injustiças para com indivíduos inocentes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Buentes dos Santos. **Análise crítica acerca do reconhecimento como prova no processo penal**. 2019. 93 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/45732/45732.PDF>. Acesso em: 10 nov. 2022.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal**: a prova testemunhal em xeque. *A Prova Testemunhal em Xeque*. 2013. Disponível em: <https://doceru.com/doc/8n8c88n>. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. . Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASILIA. AGÊNCIA SENADO. (org.). **Projeto de Lei nº 676, de 2021**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147134>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASILIA. AGÊNCIA SENADO. (org.). **Senado aprova mudanças em regras de reconhecimento de acusados; texto vai à Câmara Fonte: Agência Senado.** 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/13/senado-aprova-mudancas-em-regras-de-reconhecimento-de-acusados-texto-vai-a-camara>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASILIA. SENADOR MARCOS DO VAL. (comp.). **PROJETO DE LEI Nº 676, DE 2021.** 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8935888&ts=1650305164149&disposition=inline>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 215.160.** Impetrante: Denir Almeida Silva. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 13 de junho de 2022. Diário de Justiça, Brasília-DF, 15 de junho de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761342987>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 597.206.** Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 08 de setembro de 2020. Diário de Justiça, Brasília-DF, 14 de setembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001731486&dt_publicacao=14/09/2020. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 598.886.** Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 27 de outubro de 2020. Diário de Justiça, Brasília-DF, 18 de dezembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001796823&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 715.396.** Impetrante: João Gonçalves Alexandrino Neto. Rel. Min. Olindo Menezes. Brasília, DF, 02 de maio de 2022. Diário de Justiça, Brasília-DF, 06 de maio de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=HABEAS+CORPUS+715396&b=DTXT&p=true&tp=T>. Acesso em: 30 nov. 2022.

CECCONELLO, W. W.; STEIN, Lilian Milnitsky. Previniendo injusticias: cómo la psicología del testimonio permite comprender y prevenir el falso reconocimiento de un sospechoso. **Avances en Psicología Latinoamericana**, [S. l.], v. 38, n. 1, p. 172-188, 2020. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/apl/article/view/6471>. Acesso em: 27 out. 2022.

CLARK, Steven E.. Costs and Benefits of Eyewitness Identification Reform. **Perspectives On Psychological Science**, [S.l.], v. 7, n. 3, p. 238-259, maio 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1745691612439584>. Acesso em: 14 out. 2022.

CNJ elabora resolução para mudar cultura no reconhecimento pessoal de suspeitos. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-14/cnj-elabora-resolucao-mudar-cultura-reconhecimento-pessoal>. Acesso em: 14 nov. 2022

CULTURA.Uol. "NO Brasil, 85% das pessoas presas injustamente são negras", revela a advogada Fayda Belo. [S.I.], 2022. Disponível em:

https://cultura.uol.com.br/entretenimento/noticias/2022/02/22/3266_85-das-pessoas-que-foram-presas-injustamente-sao-negras-revela-a-advogada-fayda-bello.html. Acesso em: 06 out. 2022.

DIAS, Camila Cassiano. “**Olhos que condenam**”: Uma análise autoetnográfica do reconhecimento fotográfico no processo penal. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 47, n. 148, Junho, pg. 329 - 356, 2020. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1153>. Acesso em: 28 out. 2022.

DUPRET, Cristiane. **Projeto De Lei 676/21 Regula O Reconhecimento De Suspeito Por Vítimas E Testemunhas**. 2022. Disponível em: <https://www.direitopenalbrasileiro.com.br/projeto-de-lei-676-21-regula-o-reconhecimento-de-suspeito-por-vitimas-e-testemunhas/>. Acesso em: 12 nov. 2022.

EXCLUSIVO: 83% dos presos injustamente por reconhecimento fotográfico no Brasil são negros. [S.I.] 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/02/21/exclusivo-83percent-dos-presos-injustamente-por-reconhecimento-fotografico-no-brasil-sao-negros.ghtml>. Acesso em: 19 out. 2022.

EXPERIMENTO testa: reconhecimento de suspeitos é um procedimento confiável? [S.I.] 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2019/05/05/experimento-testa-reconhecimento-de-suspeitos-e-um-procedimento-confiavel.ghtml>. Acesso em: 22 out. 2022.

EYEWITNESS Identification Reform: Mistaken Identifications are the Leading Factor in Wrongful Convictions, INNOCENCE PROJECT. Disponível em: <https://innocenceproject.org/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

GESU, Cristina Carla di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2008. 258 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1903/1/000409724-Texto%2bParcial-0.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

GUARAGNI, Fábio André; TANAKA, Carolline Mayumi. Falsas Memórias no Processo Penal: A Incidência de Falsas Memórias na Prova Testemunhal. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 2, n. 59, p. 181 - 209, abr. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4086/371372401>. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v2i59.4086>. Acesso em: 01 nov. 2022.

IZQUIERDO, Ivan Antonio. **Memória**. 2018. Disponível em: <https://statics-submarino.b2w.io/sherlock/books/firstChapter/35694723.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553620520/epubcfi/6/8\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcatalogafica.xhtml\]!/4/6/1:19\[077%2C1-6\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553620520/epubcfi/6/8[%3Bvnd.vst.idref%3Dcatalogafica.xhtml]!/4/6/1:19[077%2C1-6]). Acesso em: 27 out. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela.** 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela#_ftnref1. Acesso em: 22 out. 2022.

MATIDA, Janaina. **O reconhecimento de pessoas não pode ser porta aberta à seletividade penal.** 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoas-nao-porta-aberta-seletividade-penal>. Acesso em: 22 ago. 2022.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William. **Outra vez sobre o reconhecimento fotográfico.** 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-01/limite-penal-outra-vez-reconhecimento-fotografico#_ftnref9. Acesso em: 31 out. 2022.

MATIDA, J.; CECCONELLO, W. W. **Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 409, 2021. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506>. Acesso em: 27 out. 2022.

MEDEIROS, Flavio Meirelles. **Artigo 226º CPP – Procedimento do reconhecimento de pessoas.** 2020. Disponível em: <https://flaviomeirellesmedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/1114293416/artigo-226-cpp-procedimento-do-reconhecimento-de-pessoas>. Acesso em: 12 nov. 2022

MELO, T. M.; DA SILVA, V. V. ; DE CARVALHO, G. B. V.; DA SILVA, R. A. M. . As Condenações por Reconhecimento Fotográfico e a Influência da Seletividade Racial no Sistema Punitivo Brasileiro. **Confluências | Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Niterói, v. 24, n. 1, p. 72-87, 1 abr. 2022.

RELATÓRIOS indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico. [S.I] 2021. Disponível em: <http://condege.org.br/arquivos/1029>. Acesso em: 01 nov. 2022.

RIBEIRO, Igor. Fantástico apresenta quadro "Projeto Inocência" e emociona público com condenados inocentes. **Youtube, 28 de jul. 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=spJ3hNjyF1c>. Acesso em: 06 out. 2022.**

SÃO PAULO. Dora Cavalcanti. **Innocence Project Brasil.** 2016. Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org/>. Acesso em: 18 out. 2022.

SENADO aprova mudanças em regras de reconhecimento de acusados. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-13/senado-aprova-mudancas-regras-reconhecimento-acusados>. Acesso em: 12 nov. 2022.

STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas Memórias.** 2010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788536321530/pageid/2>. Acesso em: 20 out. 2022.

VASCONCELOS, Caê. **Por que tantos negros são alvo de prisão injusta com base em reconhecimentos.** 2020. Disponível em: <https://ponte.org/por-que-tantos-negros-sao-alvo-de-prisao-injusta-com-base-em-reconhecimentos/>. Acesso em: 31 out. 2022.

TRABALHO ANÁLOGO A ESCRAVIDÃO E A ANÁLISE DO CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE VS BRASIL

WORK SIMILAR TO SLAVERY AND THE ANALYSIS OF THE CASE
BRAZIL VERDE FARM WORKERS VS BRAZIL

Recebido em	01/12/2022
Aprovado em	05/12/2022

Natalia Bentes¹
Jean Lucas Barbosa²
Luiza Henriques Fonseca³

RESUMO

O presente estudo possui como objetivo demonstrar o impacto da sentença dos trabalhadores do Caso da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil no Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, elucidando se os magistrados deste Tribunal realizam a referência a esta condenação em suas decisões no período de 2017 até 2022, uma vez que a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos se deu no ano de 2016. O artigo utilizou-se de ferramentas normativas e a decisão da CorteIDH de 2016 como marco inicial, para assim tratar sobre o presente trabalho; salientando-se também que se utilizou o método dedutivo, baseado em pesquisas bibliográficas e documentais sobre o tema, e sobre quais ferramentas podem ser usadas para a diminuição dos labores análogos à escravidão. Elucidando a importância do respeito à dignidade da pessoa humana e dos direitos trabalhistas na seara laboral, como normas que os resguardam, e a importância da CF/88 (Constituição Federal), da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), bem como os Direitos Humanos, como normas garantidoras.

Palavras-chave: Trabalho análogo a escravidão; CorteIDH; trabalho forçado; condenação; ferramentas de combate.

ABSTRACT

The present study aims to demonstrate the impact of the judgment of the workers of the farm Brasil Verde vs Brasil in the Regional Labor Court of the 8th Region, elucidating whether the magistrates of this Court make reference to this conviction in their decisions in the period

¹ Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora da graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). E-mail: natalia.bentes@cesupa.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0163-2408>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7841149596245216>.

² Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Estagiário da Companhia Docas Pará. E-mail: jlbarbosa.cdp@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6586745107472394>.

³ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Estagiária do escritório jurídico Fonseca Brasil. E-mail: luizahenf@gmail.com. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/4308632432823680>

from 2017 to 2022, since Brazil's conviction by the IDH Court took place in 2016. The article used normative tools and the 2016 IDH Court decision as a starting point, in order to deal with the present work; also emphasizing that the deductive method was used, based on bibliographical and documentary research on the subject, and on which tools can be used to reduce labor analogous to slavery. Elucidating the importance of respect for human dignity and labor rights in the labor field, as norms that protect them, and the importance of CF/88 (Federal Constitution), CLT (Consolidation of Labor Laws), as well as Human Rights , as guaranteeing norms.

Keywords: Labor analogous to slavery; CorteIDH; forced labor; conviction; combat tools.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisará os impactos da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) dentro do TRT-8 em decisões de matéria de trabalho análogo a escravidão, para que o combate ao trabalho escravo seja eficaz, tendo em vista que ainda é um problema social que deve ser resolvido de maneira mais célere possível em cooperação com órgãos jurídicos e fiscalizadores.

Com a análise da referida condenação do Brasil em 2016 pela CorteIDH no Caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, caso este, onde o Brasil foi condenado pelo motivo de trabalho análogo a escravidão que ocorria na referida fazenda, foi uma conquista significativa para aqueles trabalhadores que sofreram situações lastimáveis ali, bem como para a sociedade. Porém dentro do TRT-8 não se encontra de forma explícita uma referência abarcando este caso da análise, sendo que este de forma clara, abarca um tema de muita presença dentro do referido tribunal, que é o trabalho análogo à escravidão; de certa forma quando não se tem um posicionamento claro fazendo uma analogia com uma condenação de suma importância, estimula que haja uma potencialização deste crime sem que os responsáveis assumam as devidas responsabilizações.

Entretanto, o desafio do referido órgão é alto neste quesito pelo aumento significativo de práticas de trabalho análogo a escravidão nos anos de 2021 e 2022, mas deve-se como já citado, existir uma cooperação entre os órgãos, para que não exista uma sobrecarrega, e, assim, potencializar o combate a exploração do trabalhador, usando ferramentas que evitam e suprimem situações como as que ocorreram na fazenda Brasil verde. Tendo isso em vista, no decorrer do tempo foram adquiridas grandes conquistas como mecanismos contra a exploração e o trabalho forçado, como a lei áurea declarada em 1888, abolindo a escravidão erradicando a normalidade de tratar uma pessoa negra como mercadoria, e desde esta conquista houve outras, como a criação dos direitos humanos, da corteIDH, bem como

instrumentos normativos como a consolidação das leis de trabalho (CLT), DECRETO LEI 5.452, de 1º de maio de 1943 e Constituição Federal de 1988, nos quais estes foram usados como marco inicial que possibilitaram que os direitos da pessoa humana, ou seja sua dignidade e direitos trabalhistas venham ser assegurados, e quem venha a praticar a referida infração seja responsabilizado por tal, como no caso que está em análise no presente trabalho.

Tendo isto em vista, o artigo discorre também acerca de até onde é a linha limite do que é um trabalho escravo e se o mesmo é presente na sociedade contemporânea, e sobre o que é um trabalho considerado digno, e se o mesmo existe de forma pura e prática na sociedade. E a importância da justiça do trabalho no combate contemporâneo da exploração indevida do trabalhador, e as ferramentas utilizadas pela mesma para aplicá-las de forma mais eficiente nos dias atuais, a fim de buscar a proteção destes dentro do ordenamento jurídico com a intenção de dirimir as consequências destas práticas abusivas, bem como quais soluções existentes para suprir a potencialização de trabalho em situações degradantes.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, baseado em pesquisas bibliográficas e documentais sobre o tema, para analisar de que forma a condenação do Brasil no caso da fazenda Brasil verde impactou nas decisões do TRT-8 e se o trabalho análogo a escravidão ainda persiste, bem como se existe ferramentas para a diminuição de crimes desta natureza, pois o mesmo viola princípios fundamentais presentes tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) quanto na CLT, além da violação à dignidade do trabalhador.

Tendo isso em vista, ao realizar a pesquisa acerca da aplicação da sentença da fazenda Brasil verde vs. Brasil no TRT da 8ª Região, utilizou-se da ferramenta encontrada no site do Tribunal, chamada “consulta de julgados”, no qual operamos todas as sentenças em que o E. Tribunal condem por trabalho análogo a escravidão no período de 2017 até o ano de 2022, uma vez que a sentença do caso fazenda Brasil verde X Brasil foi publicada no ano de 2016.

Desta forma, o texto encontra-se dividido em cinco itens, além da introdução e considerações finais.

O primeiro item analisa o caso da fazenda Brasil verde e quais as violações foram cometidas na medida em que apresenta os artigos infringidos justificando-os. O segundo item aborda sobre o trabalho digno discorrendo sobre seus direitos fundamentais, bem como o terceiro item busca analisar o trabalho análogo a escravidão, mostrando em que estado pode-se afirmar tal trabalho. Dito isso, destaca-se o quarto item, no qual aborda as decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, em que tem por finalidade discorrer se houve alguma referência em suas decisões acerca da condenação do Brasil no caso da fazenda Brasil

verde nos anos de 2017 até 2022. Por fim, o quinto item expõe a exploração do trabalhador e os desafios da justiça do trabalho e os mecanismos de combate à exploração, discorrendo sobre quais ferramentas e seus efeitos reais. Em conclusão, o último item apresenta as considerações finais deste trabalho.

2 O CASO “TRABAJADORES DE LA HACIENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL”

No caso abordado, qual seja dos trabalhadores da fazenda Brasil Verde, nota-se o seguinte assunto central de trabalho escravo nos quais aqueles que eram submetidos a tal situação com promessa de uma vida melhor, e ao chegarem na fazenda se depararam com uma realidade que não condizia com o que fora “acordado”.

Ao chegar na fazenda encontrava-se um ambiente ermo, sem higiene alguma, e com a obrigação de trabalhar por mais de 12 horas por dia, com intervalos de 30 min, folgando apenas 1 dia na semana. Onde o trabalhador nesta situação não podia sair, pois a partir do momento que entrou adquiriu uma dívida, na qual nem o mesmo sabia.

O medo estava presente, pensamentos de fuga eram vividos todos os dias, mas dentro da fazenda havia pessoas armadas e “gatos”, nos quais os mesmos os ameaçavam dizendo que se caso houvesse alguma fuga seriam mortos. Diante de tal situação em 1988 foram declaradas várias reclamações junto à polícia federal e ao conselho de direitos humanos, expondo que na fazenda havia prática de trabalho escravo e que havia acontecido o desaparecimento de dois jovens.

Em 1996 o MPT auditou a fazenda e em 1997 dois trabalhadores afirmaram que trabalhavam no lugar, porém conseguiram fugir e contaram acerca do que passaram para a polícia. Todo o trâmite foi feito pelo MP (Ministério Público), que entrou com uma ação contra o “gato” e o gerente da fazenda por trabalho escravo, tráfico de trabalhadores, atentado à liberdade do trabalho e o dono da fazenda por frustrar direitos trabalhistas garantidos por lei.

Mesmo com tudo isso, a justiça arquivou por dois anos a ação, após isso houve um conflito, pois os juízes não se declaram competentes para tal caso, até que chegou ao STJ que disse que tal competência era do âmbito federal.

Em 2008 foi declarada ação penal extinta. A corte entendeu que o estado não agiu forma correta, por não dar a devida atenção que era necessária no caso, por não estar junto da polícia federal, e não agiu de forma ativa afim de extinguir neste caso o problema que estava sendo previsto, que era o de escravidão.

A corte pede que o estado mediante sua não observação da maneira correta faça reparação. Pois pela sua não observação e por não conseguir resolver, foi considerado responsável pelo tal.

A corte interamericana dos direitos humanos emitiu uma sentença contra o Brasil pela violação do artigo 6.1 da Convenção Comitê de Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1, 3, 5, 7, 11, 22 e 19 e pelas garantias previstas nos artigos 8.1, 25, e 2.

Art. 6º Proibição da escravidão e da servidão:

6.1 - Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

Analisando o caso, a fazenda Brasil verde praticou isso de forma exacerbada, de maneira que os indivíduos que iam para a fazenda “trabalhar”, adoeciam por trabalhos excessivos e pela má alimentação fornecida, e os mesmos não podiam nem se quer fugir pelo medo e temor de morrer, visto que eram ameaçados caso tentassem fazer isto. É o que mostra os fatos, onde trabalhadores foram alojados em galpões cobertos de plástico e palha com uma "total falta de higiene"; vários trabalhadores eram portadores de dermatoses, não recebiam atendimento médico e a água não era adequada para consumo; todos os trabalhadores tiveram sofreram ameaças, inclusive com armas de fogo, e os trabalhadores declararam que não podiam deixar a fazenda. Ele também controlou a prática de escondê-los. 81 pessoas foram encontradas.

Isto ocorreu quando houve uma auditoria dentro da fazenda Brasil verde por uma segunda vez, visto que da primeira já havia sido constatado questões irregulares de acordo com as leis trabalhistas. Em 1996, o Grupo de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho (MPT) auditou a Fazenda e apurou a existência de irregularidades como a falta de cadastro de funcionários e condições contrárias às regulamentações trabalhistas.

Diante disso ainda nota-se mais ainda a questão de situações precárias para chegar à Fazenda, os trabalhadores tiveram que viajar vários dias de ônibus, trem e caminhão. Em relação ao trem, eles descreveram que dividiram o espaço com animais.

Além disso, tiveram que se hospedar em um hotel, ao qual se endividaram. Ao chegarem à Fazenda, os trabalhadores perceberam que o que era oferecido não era verdade, Eles também os forçaram a entregar seus certificados de trabalho (CTPS) e a assinar documentos em branco, prática conhecida de inspeções anteriores. A dieta era insuficiente, repetitiva, de má qualidade e descontados de seus salários. A rotina diária de trabalho era de

12 horas ou mais, com intervalo de meia hora para o almoço e apenas um dia de folga por semana.

Em virtude dessas condições, os trabalhadores adoecem regularmente, mas não recebem atenção médica. Além disso, para receber o salário, eles tinham que cumprir uma meta de produção, o que era difícil de alcançar, por isso alguns não receberam o pagamento pelos seus serviços. Os trabalhos foram realizados sob ordens, ameaças e vigilância armada. O desejo gerado acima de fugir, porém, da vigilância, da falta de salário, da localização isolada da fazenda e seus arredores com a presença de animais selvagens, impediram-no.

Dito isso, fica claro de acordo com os fatos que o trabalho escravo era presente, pois as pessoas ali presentes eram tratadas como mercadorias sob posse daqueles que tinham o domínio dos trabalhadores e onde estes não podiam sair a não ser viver sob essas condições e a servidão também. Qual significado de servidão? “Quanto à servidão, a Corte Interamericana considera que esta expressão do artigo 6.1 da Convenção deve ser interpretada como "a obrigação de realizar trabalho para outros, impostas por meio de coerção, e a obrigação de viver na propriedade de outrem, sem a possibilidade de alteração dessa condição”.

Assim, o desacordo com os direitos humanos e o seu tratado, indo totalmente de encontro ao artigo 6.1 da convenção interamericana, os fatos apresentados ressaltam sua violação e que o estado deveria proteger, mas não o fez.

No mais, à luz do Artigo 1º da convenção americana sobre direitos humanos que se trata da obrigação de respeitar os direitos também foi violado como podemos ver:

Art. 1º Obrigação de respeitar os direitos:

1.1 - que os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

No texto do caso escolhido consta que as coisas eram compartilhadas pelos 85 trabalhadores resgatados em 2000 e estima que o Estado não considerou a vulnerabilidade desses trabalhadores, em virtude da discriminação com base na a posição econômica a que estavam submetidos. Portanto, ele conclui que o Brasil é responsável pela violação do artigo 6.1 da Convenção Americana, em relação ao Artigo 1.1 do mesmo instrumento, produzido no âmbito de uma situação de discriminação situação estrutural histórica devido à posição econômica dos 85 trabalhadores identificados na a sentença,

Com uma posição econômica inferior, a justiça não analisou da maneira que deveria, simplesmente pelo fato de que como descrição diz que o estado não reconheceu a vulnerabilidade dos 85 trabalhadores, assim indo totalmente de encontro com o artigo 1.1 da Convenção Americana sobre direitos humanos.

O Artigo 3. da convenção americana sobre direitos humanos, discorre sobre direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, como se analisa art. 3º - toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, ou seja, sobre o fato de que toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, não teria sido violado, uma vez que o Tribunal considera que os dois elementos fundamentais para definir uma situação de escravidão são o status ou condição de um indivíduo e o exercício de qualquer um dos atributos do direitos de propriedade, ou seja, que o escravizador exerça poder ou controle sobre a pessoa escravizado a ponto de anular a personalidade da vítima.

Portanto, ao determinar o nível de controle necessário para considerar um ato como escravidão, pode ser equiparado à perda da vontade ou a uma diminuição considerável autonomia pessoal. Tendo isso em mente, quando uma pessoa está exposta dessa maneira a escravidão, o controle evidencia-se a perda de sua autonomia de escolha e assim a perda dos seus direitos e personalidade, já que agora o mesmo seria tratado como mera mercadoria.

Na medida em que o artigo 5º da convenção americana sobre direitos humanos, resguardando a integridade da pessoa humana como se mostra:

Art. 5º do direito à integridade pessoal:

5.1 - Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral

5.2 - Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes.

5.3 - Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Dito isso, os trabalhadores da fazenda verde brasil foram submetidos a tudo o que viola este artigo. Eram presos, ameaçados, ficavam doentes pela má alimentação, eram privados de sua liberdade de ir e vir, sem dignidade que é garantido pela CF, nota-se que procedimento realizado pelo Ministério do Trabalho em relação à visita de 2000 após a referida fiscalização, foi ajuizada ação civil pública na Justiça do Trabalho, contra o proprietário, ressaltando que se pode concluir que a Fazenda Brasil Verde manteve trabalhadores em sistema prisional privado; o trabalho foi caracterizado em regime de escravidão; e a situação se agravou no trato com os trabalhadores rurais, analfabetos e não esclarecidos, que foram submetidos a condições de vida degradante.

Os trabalhadores foram submetidos a extenuantes horas de trabalho sob ameaças e violência, vivendo em condições degradantes. Da mesma forma, os trabalhadores não tinham a perspectiva de poderem sair daquela situação devido a presença de guardas armado; a restrição de sair do Tesouro sem pagar a dívida adquirida; a coerção física e psicológica por gatos e guardas de segurança, e medo de retaliação e morte na selva em caso de fuga.

Com estas afirmações, o artigo supracitado foi totalmente violado com todas as características presentes, cerceamento de liberdade, integridade física, psicológica e moral totalmente infringidas, além de tratos cruéis como vistos acima em um lugar totalmente ermo e degradante com sentimento de medo constante.

O artigo 7º da convenção americana sobre direitos humanos dispõe acerca da liberdade pessoal da pessoa, onde ninguém pode ser privado de sua liberdade física, é o que consta:

Art. 7º do direito à liberdade pessoal:

2 - ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas e

3 - ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrário.

No caso em questão, não havia tal liberdade, já que os trabalhadores da fazenda brasil verde eram mantidos em situação de trabalho escravo. “o Ministério Público Federal (MPF) entrou com uma ação contra o "gato" e o gerente da Fazenda, pelos crimes de trabalho escravo, atentado à liberdade do trabalho e tráfico de trabalhadores, O Tribunal considera que os trabalhadores estavam sujeitos ao controle efetivo do gatos, administradores, guardas armados da fazenda e, em última instância, também de seu dono; de forma a restringir sua autonomia e liberdade individual; e vii) o ambiente de coerção existente na referida fazenda, que eles não foram autorizados a mudar sua situação e recuperar sua liberdade. Por tudo isso, o Tribunal concluiu que a situação verificada na Fazenda Brasil Verde em março de 2000 representava uma situação de escravidão.

Todos esses fatos apresentados demonstram que a liberdade foi infringida, não dando o portador da mesma um direito que lhe é garantido como bem jurídico, o seu direito de ir e vir; na qual estavam sujeitos a total situação de escravidão e trabalho escravo, onde é proibida de acordo com a convenção da escravatura de 1926,

A proibição da escravidão é considerada uma norma peremptória do direito internacional (*jus cogens*) e acarreta obrigações erga omnes, ou seja, não depende da vontade individual de um estado, como melhor elucidada Bentes, Alves (2018):

Deve-se entender que uma norma ser considerada *jus cogens* não significa dizer apenas que ela é obrigatória a todos os Estados, pois as normas internacionais também são, mas o que as diferenciam é que um Estado ou alguns Estados que estejam insatisfeitos com tal norma não podem derogá-la. Assim, o *jus cogens* é um direito obrigatório e inderrogável, que restringem a autonomia dos Estados, submetendo-os aos ditames da ordem pública internacional

Da mesma forma, tanto o Brasil quanto a maior parte dos estados da região são signatários dos dois principais tratados internacionais sobre o assunto: a Convenção da Escravatura de 1926 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da escravatura em 1956.

Observa-se que sua proibição absoluta e universal se consolida no direito e a definição deste conceito não mudou substancialmente desde a Convenção de 1926: “Escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual o exercem os atributos de direitos de propriedade ou alguns deles”.

Em relação aos dois elementos da definição de escravidão tradicional, ou bem móvel (estado ou condição de um Individual; exercício de um ou mais atributos do direito de propriedade) verifica-se que: i) de a Convenção de 1926, o comércio de escravos é equiparado à escravidão para fins de proibição e sua eliminação; ii) a Convenção Suplementar de 1956 estendeu a proteção contra a escravidão também por “instituições e práticas análogas à escravidão”, como a servidão por dívida, servidão de gleba, entre outros, além de especificar a proibição e obrigações dos Estados em relação ao tráfico, e iii) o Estatuto de Roma e a Comissão de Direito Internacional acrescentou o “exercício das atribuições do direito de propriedade no tráfico de pessoas” para a definição de escravidão. (Resumo oficial emitido pela corte interamericana de direitos humanos, 2016, p. 4)

Do desenvolvimento do conceito de escravidão no direito internacional e da proibição estabelecido no artigo 6 da Convenção Americana, a Corte observa que este conceito evoluiu e não está mais limitado à propriedade sobre a pessoa. A este respeito, o Tribunal considera que os dois elementos fundamentais para definir uma situação de escravidão são: i) o status ou condição de um indivíduo e ii) o exercício de qualquer um dos atributos do direitos de propriedade, ou seja, que o escravizador exerça poder ou controle sobre a pessoa escravizado a ponto de anular a personalidade da vítima.

O artigo 11º da convenção americana sobre direitos humanos vem discorrer acerca da honra e da dignidade da pessoa humana como melhor se dispõe:

Art. 11. Proteção da honra e da dignidade:

11.2 - Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Fato esse que cabe até citar a CF, carta maior e mais importante do estado que disserta acerca da dignidade da pessoa humana que está previsto no artigo 1º III da Constituição Federal que tem como primícias as necessidades primordiais de cada indivíduo, na qual as mesmas são garantidas em lei.

Vislumbra-se em concordância com a CF, a convenção americana em seu artigo 11 disserta acerca da dignidade e o seu reconhecimento além do respeito à honra que está previsto no artigo 5º X da CF, que diz que é um direito inviolável. Ao analisar essas premissas, nota-se a violação por parte do estado de não fazer o acompanhamento devido e da fazenda Brasil verde, por limitar e até zerar todas as garantias básicas dos trabalhadores que viviam ali.

No texto conta que os trabalhadores foram alojados em galpões cobertos de plástico e palha com uma "total falta de higiene"; que vários trabalhadores eram portadores de dermatoses, não recebiam atendimento médico e a água não era adequada para consumo; iii) todos os trabalhadores tiveram sofreram ameaças, inclusive com armas de fogo, e iv) os trabalhadores declararam que não podiam deixar a fazenda. Ele também controlou a prática de escondê-los. "81 pessoas foram encontradas." Nota-se a total falta de dignidade na qual os mesmos viviam, e suas honras violadas de maneira que os mesmos tinham que se sujeitar a toda condição pelo medo da morte.

O artigo 22 da Convenção americana foi infringido, na medida em que o mesmo se trata de circulação e residência da pessoa humana como se expõe:

O Art 22. Do direito de circulação e de residência:

22.1 - Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.

Diante dos fatos e analisando o artigo violado, ele diz que o indivíduo pode circular de maneira livre pelo território, porém no caso em questão nota-se bastante a palavra "medo de fugir" fugir é quando você não quer está em um lugar e quer ir para outro de maneira escondida, para não ser pego, visto que os trabalhadores sofriam diretamente com ameaças de morte, como suas garantias eram frustradas, a única solução era este pensamento pela situação que viviam naquele lugar degradante; dito isso no artigo 5º da CF em seu inciso XV dispõe

sobre o direito de ir e vir é um direito fundamental e o mesmo não pode ser cerceado, além do previsto na convenção americana em seu artigo 22.1 como supracitado.

Analisando os fatos em questão, medo de retaliação e morte na selva em caso de fuga, potencializado pela condição de vulnerabilidade dos trabalhadores, que se encontravam em sua maioria analfabeta, de uma região muito distante do país, que não conhecia o entorno da Fazenda Brasil Verde e foram submetidos a condições de vida desumanas. Diante destes fatos o artigo foi completamente violado.

Vislumbramos no presente caso a violação do artigo 19 da convenção americana sobre direitos humanos no que tange aos direitos da criança:

Art. 19 Dos direitos da criança:

19 - Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

O Tribunal afirma que os fatos demonstram que Antônio Francisco da Silva foi submetido a trabalho infantil, e que o Estado, uma vez tomado conhecimento da situação de violência e escravidão a que a criança foi submetida, e a possibilidade de outras crianças estavam no mesmo estado, bem como a gravidade dos fatos em questão, deveriam ter adotado medidas que ponham fim à situação e garantam a reabilitação e inserção estatuto social da criança, bem como garantir o seu acesso ao ensino básico e, caso tenha sido possível, à formação profissional.

Portanto, considera que o Estado violou o artigo 6.1, também em relação ao artigo 19 do mesmo instrumento em relação ao Sr. da Silva. Diante disso do artigo supracitado diz que o estado tem que proteger o menor com medidas de proteção devida, pois toda criança tem esse direito, porém o mesmo não foi respeitado, onde o estado não agiu da maneira devida que se espera, assim violando o artigo 19 da convenção americana de direitos humanos.

Por fim constatou-se a violação dos artigos 8 e 25 da Convenção americana sobre direitos humanos, como se vislumbra abaixo:

Art. 8 Das garantias judiciais:

8.1 - Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Art. 25 Da Proteção Judicial

25.1 - Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer

outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Tais artigos se relacionam da seguinte maneira, o 1 diz que toda pessoa deve ser ouvida pela justiça e ter um prazo razoável para o juiz garantir seus direitos no que tange a natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza, no caso em questão analisamos a questão trabalhista violada, já que todos os direitos que esse direito garante foi violado.

Em 1996, o Grupo de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho (MPT) auditou a Fazenda e apurou a existência de irregularidades como a falta de cadastro de funcionários e condições contrárias às regulamentações trabalhistas. , o Ministério Público Federal (MPF) entrou com uma ação contra o "gato" e o gerente da Fazenda, pelos crimes de trabalho escravo, atentado à liberdade do trabalho e tráfico de trabalhadores; e contra o proprietário do imóvel rural por frustrar direitos trabalhistas; a incompetência *ratione materiae* no alegado violações de direitos trabalhistas e diante de todos esses fatos a justiça ao invés de prestar a garantia no tempo razoável como o artigo da convenção estipula, não o fez.

Em 1999, o tribunal federal autorizou a suspensão condicional por dois anos do processo contra o dono da Fazenda, em troca da entrega de seis cestas básicas a uma entidade caridade.

Em 2001, em relação aos outros dois réus, o juiz federal declarou a incompetência para julgar o processo, por isso os autos foram encaminhados à Justiça estadual, que em 2004 foi declarado incompetente. Em 2007, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a jurisdição competente para o crime de trabalho escravo era a federal. “Em 2008, foi declarada a ação penal extinta.” Postergou não dando a atenção devida ao caso, até que a mesma virou ação penal extinta. O caso do artigo 25 se encaixa completamente, pois com a falta do devido acompanhamento do processo e sua atenção, o recurso não foi rápido, e o mesmo não protegeu os direitos fundamentais infringidos, que foram direito à liberdade, dignidade, vida e etc. “os processos iniciados em virtude da fiscalização de 15 de março de 2000.

Em consequência, a Corte estabelece que no presente caso havia a obrigação de atuar com a devida diligência, o que era excepcional devido à situação particular de vulnerabilidade em que os trabalhadores se encontravam e à extrema gravidade da situação denunciada, e que essa obrigação não foi cumprida pelo Estado. Com base no exposto, a Corte conclui que o Estado violou a garantia judicial de diligência e garantia judicial dentro de um prazo razoável,

previsto no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento dos 43 trabalhadores resgatados durante a fiscalização de 23 de abril de 1997, identificados por a Corte.

Além disso, o Tribunal observa que nenhum dos procedimentos de que recebeu informação determinou qualquer tipo de responsabilidade pelos comportamentos relatados, nem foi um meio para obter reparação pelos danos causados às vítimas, pois em nenhum dos processos, foi realizado um estudo aprofundado de cada questão levantada. De forma similar, estabeleceu que a aplicação da prescrição constituiu um obstáculo para a investigação dos fatos, determinação e punição dos responsáveis e reparação das vítimas, apesar do caráter de crime de direito internacional que os fatos denunciados.

O Tribunal também considera que a falta de ação e punição destes fatos podem ser explicados em virtude de uma normalização das condições para as quais pessoas com certas características foram continuamente submetidas ao máximo pobres e descobriram que as vítimas da inspeção de 2000 compartilhavam essas características que os colocam em situação de vulnerabilidade. Portanto, o Tribunal conclui que o Estado violou o direito à proteção judicial previsto no artigo 25 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1 (1) e 2 do mesmo instrumento, em prejuízo para: a) os 43 trabalhadores resgatados durante a inspeção de 1997 e identificados pelo Tribunal, e b) os 85 trabalhadores resgatados durante a auditoria de 2000 e identificados pelo Tribunal.

3 DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO

O direito ao trabalho é fundamental para a saúde mental, física e psíquica do ser humano. Caracterizado como um dos pilares da vida humanista a fim de certificar a sua subsistência, uma vez que garante a remuneração justa, assegurando o direito à informação, cidadania e individualidade. Dito isso, passamos a análise psicológica e constitucional do direito ao trabalho digno.

Neto e Cavalcante (2019) esclarecem em sua obra a perspectiva **psicológica e constitucional** do direito ao trabalho digno, analise:

A **Psicologia** é a ciência que aborda os fenômenos e as atividades mentais. O campo de estudo é o comportamento humano, avaliando-se os processos mentais de uma pessoa, condicionantes das suas atitudes e condutas. O homem, como parte do sistema de produção, atua na concretização de bens e serviços, logo, os estudos científicos, quanto à adaptação do trabalhador na função que exerce e no meio ambiente de trabalho, são importantes. É vital a humanização dos processos de produção, havendo a perfeita interação meio

ambiente de trabalho e trabalhador, como forma de otimização da economia, resguardando-se a dignidade e a saúde física e psíquica do ser humano. (NETO e CAVALCANTE, 2019, p. 152)

Os direitos sociais previstos no ordenamento **constitucional** são normas de ordem pública, logo são invioláveis e inarredáveis pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista. O art. 1º, IV, CF, estabelece os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por sua vez, o caput do art. 170 assegura que a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa. Em face da conjugação desses dispositivos, torna-se evidente que o trabalho humano e a livre-iniciativa são os fundamentos da ordem constitucional econômica. (NETO e CAVALCANTE, 2019, p. 188)

É nesse sentido que se posiciona o direito ao trabalho digno, como matriz de conquista de recursos para a sua sobrevivência, e, conseqüentemente, sua vida.

Ocorre que o conceito de trabalho digno está além do trabalho legal, o trabalho digno compreende pelo respeito do empregado e de toda a sociedade pelo cidadão trabalhador, proporcionando um salário em valor meritório e justo para satisfazer e cumprir suas necessidades e de sua família, além da admiração em seus valores imateriais, como a intimidade, a vida privada, a honra e imagem.

Ainda, Brito Filho (2020), expõe que trabalho decente é aquele em que são respeitados os direitos mínimos do trabalhador, necessários à preservação de sua dignidade.

Portanto, o trabalho digno necessita de respeito para com o tratamento pessoal em relação à pessoa do trabalhador. Seja com relação ao seu indivíduo, quer em relação às condições em que o indivíduo esteja sujeito no local de trabalho. A materialização do trabalho digno somente será possível quando toda a sociedade honrar e admirar o trabalhador.

4 DO TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO

Em conformidade com o art. 149 do Código Penal Brasileiro, o trabalho análogo a escravidão é aquele em que ocorre devido a submissão do trabalho coagido, no qual configura-se restrições a locomoção, mediante ameaça e cerceamento físico, psicológico e moral. Ou seja, caracteriza-se o trabalho análogo a escravidão por meio da constrição dos direitos humanos e, bem como, dos direitos a dignidade do trabalhador.

Para compreender esse estado, de acordo com Camargo de Melo (2003) as condições degradantes de trabalho estão relacionadas com as péssimas condições de trabalho e remuneração, indicando, como exemplo, a submissão a condições precárias de trabalho pelo inadequado fornecimento de boa alimentação e água potável, sem a existência de condições mínimas para o labor.

Dessa maneira, trazendo como exemplo fático da relação de trabalho degradante e dignidade da pessoa humana, utiliza-se o caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, que provocou a primeira condenação do Brasil em matéria de trabalho escravo no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Em primeiro lugar, sabe-se que o trabalho escravo está tipificado em esfera internacional, nas convenções da OIT, na Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como no nosso ordenamento jurídico supremo (Constituição Federal de 1988) e tipificado no art. 149 do Código Penal Brasileiro.

Acontece que mesmo diante de tantas regulamentações a respeito do caso, o Brasil veio a ser condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil verde em razão do trabalho análogo a escravidão.

A partir dessa primeira condenação em contexto internacional sobre o trabalho análogo a escravidão, a corte estabeleceu uma série de premissas para que seja configurado o trabalho análogo à escravidão, dos quais devem ser ponderados:

- a) restrição ou controle da autonomia individual; b) perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa; c) obtenção de um benefício por parte do perpetrador; d) ausência de consentimento ou de livre arbítrio da vítima, ou sua impossibilidade ou irrelevância devido à ameaça de uso da violência ou outras formas de coerção, o medo de violência, fraude ou falsas promessas; e) uso de violência física ou psicológica; f) posição de vulnerabilidade da vítima; g) detenção ou cativo; i) exploração

Nesse sentido, a sentença estabeleceu que o Brasil deve realizar o controle de convencionalidade interno, devendo praticar e utilizar as normas internacionais. Dessa forma, uma vez assinado o tratado internacional, o país deverá dispor dessas regras, a fim de aplicar as normas estabelecidas no tratado. Sendo assim, o Estado tem o dever de assumir a responsabilidade da aplicação e seguir com as devidas mudanças necessárias no ordenamento jurídico a fim de que os juristas entendam e apliquem pelo mesmo entendimento.

Contudo, após análise realizada nos Tribunais Regionais do Trabalho Brasileiro, depreende-se que a utilização da sentença do caso da Fazenda Brasil Verde é rasa. Uma vez que, mesmo após a condenação do Brasil à esfera internacional, os tribunais mantêm a postura de acobertar o caso, deixando de utilizá-lo e operar em seu cotidiano, mesmo que o caso fazenda Brasil verde esteja estreitamente ligado ao cotidiano jurídico brasileiro.

5 DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO E A AUSENTE UTILIZAÇÃO DA SENTENÇA DO CASO FAZENDA BRASIL VERDE X BRASIL

Nesta seção serão analisadas todas as decisões proferidas pelo E. Tribunal Regional da 8ª Região em que o empregador fora condenado a título de trabalho análogo à escravidão no período de 2017 até o ano de 2022, por intermédio da ferramenta encontrada no site do Tribunal, chamada de consulta de julgados, a fim de estudar e analisar o posicionamento dos magistrados.

Ao analisarmos as sentenças, destacamos que apesar de o Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região dispor sobre a súmula 36 a fim de uniformizar os entendimentos a respeito do trabalho degradante, em momento algum utiliza-se a decisão internacional do Caso da Fazenda Brasil Verde.

Nesse sentido, foram analisados todos os julgados do TRT da 8ª região em que expressam a maneira como os magistrados utilizam a legislação para julgar os processos relativos ao trabalho degradante e análogo a escravidão.

A vista disso, destaco determinados acórdãos proferidos pelo Egrégio Tribunal Regional da 8ª Região nos anos de 2017, 2019, 2021 e 2022. Ou seja, após a sentença proferida pela corte IDH em 2016, a fim de comprovar a ausência do controle de convencionalidade do Tribunal nas decisões relativas ao trabalho análogo a escravidão.

No ano de 2017 a 4ª Turma proferiu decisão condenando o empregador ao trabalho em condições degradantes, conforme o processo de número 0000274-67.2017.5.08.0115. Como pode ser analisado, a turma aplicou somente a Constituição Federal de 1988 como norma para condenar a reclamada, examine:

A imposição de condições de trabalho degradantes é medida que afronta, diretamente, a dignidade da pessoa humana, a qual se constitui em fundamento do próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º, III da CF/1988), e destoa ainda do sistema de proteção ao trabalho previsto constitucionalmente, sobretudo no que concerne à busca pela redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII da CF/1988).

Dessa forma, diante da manutenção de condições degradantes de trabalho, verifica-se o ato ilícito das reclamadas, eis que descumpriram as normas garantidoras da saúde e segurança do trabalho.

Nesse sentido, o Tribunal manteve a mesma fundamentação no ano de 2019, adicionando apenas a súmula 36 do E. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, quando a presidência julgou procedente o pedido de dano moral por trabalho degradante no processo de número 0000536-73.2019.5.08.0106. Observe:

A imposição de condições de trabalho degradantes é medida que afronta, diretamente, a dignidade da pessoa humana, a qual se constitui em fundamento do próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º, III da CF/1988), e destoa, ainda, do sistema de proteção ao trabalho previsto na constituição, sobretudo no que concerne à busca pela redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII da CF/1988).

Dessa forma, diante das condições degradantes de trabalho, verifica-se o ato ilícito da reclamada, eis que descumpriu as normas garantidoras da saúde e segurança do trabalho.

Ademais, também estão presentes o nexo causal e os danos morais, consubstanciados na exposição a condições precárias de trabalho em nítida ofensa à honra, à dignidade e à higidez física do reclamante, de modo que cabível o deferimento da indenização por danos morais.

*Face ao exposto, não se verifica qualquer contrariedade à **súmula 36 deste E. Regional**. Diante de tais circunstâncias, considero irrepreensível o posicionamento do MM juízo de primeiro grau, devendo a reclamada indenizar o autor pelos danos morais sofridos.*

Em relação ao quantum indenizatório, considero o dano de natureza leve (artigo 223-G da CLT) e fixo a indenização em 3 vezes o salário contratual (R\$1.240,00, conforme o TRCT que acompanha a inicial), Assim, provejo o apelo patronal quanto a este aspecto e reduzo a indenização de R\$-5.000,00 para R\$-3.720,00.

Dessa forma, a fundamentação da Constituição Federal se manteve no ano de 2021, quando a 3ª turma determinou a condenação do empregador ao pagamento de danos morais por trabalho degradante, utilizando a CF/1988 e o art. 186 do Código Civil, conforme processo de número 0000544-16.2020.5.08.0106. Examine:

*A **Constituição Federal de 1988** estabeleceu como um dos direitos e garantias fundamentais do cidadão a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, assegurando o direito à indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de tal violação, na forma do disposto no **art. 5º, X**, do mesmo diploma legal. O **art. 186 do Código Civil**, que versa sobre a base legal para a responsabilidade civil e o correspondente dever de indenizar, dispõe que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*

Por fim, destaca-se a recente decisão do processo de nº 0000068-62.2022.5.08.0120 da 1ª turma do TRT da 8ª região, em que os relatores fizeram o uso da súmula 36 do E. TRT da 8ª Região, bem como da nossa Constituição Federal a fim de condenar o empregador:

*Em nossa **Carta Magna de 1988** encontram-se insculpidos os direitos e garantias dos indivíduos, a necessidade de preservação de sua dignidade, protegendo-lhe a honra, a imagem, a vida privada, a intimidade,*

assegurando-lhe o direito à indenização pelo dano material ou moral, no art. 5º, incisos V e X.

*Por conseguinte, além do repúdio social, aquele que transgredir os direitos da personalidade, causando dano a outrem, atrai para si a obrigação de reparar a lesão moral ou material provocada. A **Súmula 36 da jurisprudência do E. TRT da 8ª Região** registra que: O trabalho degradante é aquele executado em condições inteiramente inadequadas ao trabalho, sem observância de quaisquer normas de segurança, medicina, saúde e higiene do trabalho. Considera-se trabalho em condições análogas à de escravo o que submete o trabalhador a trabalho forçado, jornada extenuante, condições degradantes, restrições de locomoção, privação de seus documentos (art. 129 do Código Penal) Na sequência, prescreve a referida Súmula que: Em ficando demonstrada a ocorrência de qualquer das três hipóteses, considera-se caracterizada a violação ao princípio da dignidade humana e a ofensa aos direitos mínimos dos trabalhadores, cabendo a responsabilização do empregador por danos morais, independentemente de outras provas, porque ocorrem in re ipsa.*

(...)

No caso vertente, o contrato de trabalho do reclamante esteve vigente no período de 10/8/2020 a 13/2/2022, na função de auxiliar de apoio agrícola. Nesse desiderato, e em observância aos limites impostos pelo obreiro na inicial, entendo justo e razoável a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R \$20.000,00 (vinte mil reais).

Conforme visto ao norte, os magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região utilizam o conceito de trabalho análogo a escravidão, mais conhecido como trabalho em condições degradantes, a fim de condenar a reclamada responsável. Entretanto, deixa de utilizar a decisão internacional, e conseqüentemente, algo primordial, a ausência de aplicação do controle de convencionalidade; controle este que compatibiliza as normas de direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país, como melhor ilustra Mazzuoli (2011):

Controle da convencionalidade significa falar em compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. Significa, também, falar em técnica judicial de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais de direitos humanos. (MAZZUOLI, 2011, p. 23)

Desta forma, nota-se que a não utilização do controle de convencionalidade pelos órgãos competentes acarreta em uma negligência, uma vez que estas entidades são encarregadas de garantir a aplicação do controle de convencionalidade explícito ao norte.

6 EXPLORAÇÃO DO TRABALHADOR BEM COMO OS DESAFIOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO E OS MECANISMOS DE COMBATE

No Brasil vive-se uma constante exploração indevida do trabalhador, colocando o mesmo em situações degradantes, principalmente em lugares de difíceis acessos e onde não há a devida fiscalização da entidade competente.

Salienta-se que no dia 13 de maio de 1888, foi estipulada a chamada lei áurea, que visava abolir a escravidão que anteriormente era tido como normal, como questão de comércio de negros e labores forçados, uma conquista social para aquelas pessoas que ali sofriam demasiadamente durante anos.

No decorrer dos anos, mais precisamente no século XX foram estipulados normas internacionais que definiram proibições, tanto se tratando de escravidão quanto ao labor forçado; normas estas que são imprescindíveis nos dias atuais, são elas: 1) a Convenção nº 29, da organização internacional do trabalho, onde esta teve o comprometimento de acabar com todo trabalho forçado e obrigado em todas as suas formas; 2) a Convenção nº 105, da organização internacional do trabalho comprometendo-se a eliminar o labor forçado em todas as suas áreas, ou seja, buscando erradicar a exploração forçada de trabalho; 3) Não pode deixar de citar a convenção americana sobre os direitos humanos conhecida também como pacto de San Jose da Costa Rica, sendo este aquele que vem como instrumento normativo para suprimir o trabalho forçado bem como a escravidão, proibindo tais práticas.

Porém todas estas normas e outras, não foram o suficiente para suprimir o trabalho análogo à escravidão, e a exploração exponencial do trabalhador ao trabalho forçado e degradante. A escravidão é um assunto e fato que se vive contemporaneamente nos dias atuais, com números que chegam a impressionar, como melhor esclarece Durço (2017):

Como demonstram os dados do Ministério do Trabalho, os quais revelam que foram deflagradas 143 operações de fiscalização em todo o Brasil somente no ano de 2015, sendo encontrados 1010 trabalhadores em condições análogas às de escravo, com a lavratura de 2748 autos de infração, totalizando o pagamento de indenizações no montante de R\$3.175.477,49 (três milhões, cento e setenta e cinco mil, quatrocentos e setenta e sete reais e quarenta e nove centavos). (DURÇO, 2017, p. 12)

Um dado mais recente é de que neste ano de 2022 no período entre janeiro e julho, foram resgatados exatamente 1.178 trabalhadores em situações análogas a escravidão, na qual os referidos foram encontrados em 242 ações da Detrae (divisão de fiscalização para erradicação de trabalho escravo) modalidade esta do Ministério do Trabalho. A referida operação ocorreu em cooperação com outros órgãos como MPF (ministério público federal), Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Ministério Público do trabalho, e defensoria

pública da união, porém mesmo com todo esforço e resgates como visto nos dados acima, este número ultrapassa o ano de 2019 (1.131), o ano de 2020 (936) e se aproxima do ano de 2021 (1.959).

Dito isso evidencia-se demasiadamente um crescimento nas práticas do trabalho onde o trabalhador é colocado em situações forçadas de trabalho e análogas a escravidão. No caso em questão, a cooperação entre as entidades é de suma importância, pois a justiça do trabalho mesmo sendo o órgão competente para julgar causas trabalhistas, o trabalho análogo à escravidão precisa de um esforço de todos para suprimir estas práticas, pois não pode-se apenas cobrar de um órgão e responsabiliza-lo para fiscalizar e julgar da melhor forma possível, mas sim buscar ferramentas e soluções com cooperação com outras entidades para fazer valer a lei e as convenções existentes que combatem o referido tema. Como expõe Durço (2017):

Esses dados mostram como é grave a realidade de exploração do trabalhador no Brasil, devendo ser veementemente combatida através de uma atuação conjunta entre a Polícia Federal, os auditores fiscais do trabalho e os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário. Para combater de forma eficaz essa exploração, é importante que os representantes de tais entidades tenham conhecimento acerca dos conceitos existentes sobre o tema. (DURÇO, 2017, p. 12).

Pelo exposto acima se verifica que no decorrer do tempo veio existindo a cooperação entre as entidades, a fim de atingir um bem maior que é suprimir o labor forçado, porém com os dados supracitados, mesmo com essas ações em cooperação entre os órgãos fiscalizadores, não está tendo o devido resultado esperado, a diminuição destas práticas, como visto em 2022 1.178 trabalhadores resgatados em situação de trabalho análogo a escravidão.

Porém todo problema existe uma solução, na qual tem-se ferramentas imprescindíveis para o combate à exploração do trabalhador em situações análogas a escravidão, na qual citaremos 3 de vários importantes, mas que consideramos estes imprescindíveis.

A primeira que pode-se citar é o GEFM (grupo especial de fiscalização móvel) mecanismo de combate muito importante no quesito de acabar com o trabalho escravo, pois interrompe a prática ilegal, resgata as vítimas e colhe provas para que haja a responsabilização visando a punição dos responsáveis da prática ilegal; além disto essa ferramenta conta com a participação de procuradores da justiça do trabalho tendo estes uma participação sistemática na mesma.

A segunda ferramenta de combate e de suma importância é a lista suja que está previsto em portaria interministerial que inclui os nomes dos responsáveis que praticaram o ato ilegal de colocar seus trabalhadores em situação análoga a escravidão, salienta-se que seus nomes são incluídos após suas defesas administrativas em primeira e segunda instâncias. Aqueles que estão na lista suja permanecem na lista por dois anos, como melhor explica Alessi, Zocchio, Harari, Dallabrida, Rossi e Barba (2022):

Os empregadores – pessoas físicas e jurídicas – permanecem listados, a princípio, por dois anos. Eles podem optar, contudo, por firmar um acordo com o governo e serem suspensos do cadastro. Para tanto, precisam se comprometer a cumprir uma série de exigências trabalhistas e sociais. (Alessi; Zocchio; Harari, Dallabrida, Rossi, Barba 2022).

Como visto, a lista suja é um ótimo mecanismo para combater o trabalho forçado e escravo, potencializando o trabalho digno.

A terceira ferramenta vem como um meio jurídico, nas quais são as ações civis públicas ou coletivas de modo que a justiça do trabalho vem empenhando um papel de suma importância aplicando a casos assim penalizações severas no que tange a pecúnia ou seja, multas e indenizações pelos danos, nos quais foram causados ao trabalhador. Mesmo que estas reparações não venham apagar a experiência indubitavelmente péssima na qual o trabalhador sofreu trabalhando de forma precária, é um avanço significativo para prevenir novos casos semelhantes.

E, para concluir, vale ressaltar como uma ferramenta ao combate a estas práticas ilegais de exploração indevida do trabalhador o *Compliance*, como melhor explica Cruz (2020):

O *compliance* pode ser compreendido como um conjunto de regras, normas e procedimentos implementados no âmbito da empresa, com o objetivo de cumprimento (i) de um padrão ético desejável na sociedade; (ii) das normas e legislação interna e internacional aplicáveis, inclusive das organizações internacionais; (iii) das normas internas de conduta e postura da empresa, com foco preventivo. Ou seja, trata-se de uma opção contemporânea de gestão e de administração da empresa em consonância com os padrões éticos estabelecidos social e corporativamente, balizada pela legislação vigente. (CRUZ, 2020).

Desta forma verifica-se a tecnologia possibilitando a diminuição de práticas semelhantes por outras empresas, criando regimes e recomendações a serem seguidas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os aspectos apresentados, o presente trabalho tem como finalidade a demonstração do caso dos trabalhadores da fazenda Brasil verde, fazendo uma breve análise do caso e mostrando quais violações foram cometidas expondo quais instrumentos normativos foram infringidos, na medida em que foi feito um estudo do referido caso a fim de tratar sobre o trabalho digno, bem como os requisitos para a configuração do trabalho análogo a escravidão e que medida a justiça trabalhista vem tomando em consequência deste; Porém vislumbramos que apesar de muito relevante, o presente caso não é devidamente utilizado em decisões que condenam o empregador a título de trabalho análogo a escravidão.

Destacamos o E. Tribunal Regional da 8ª Região, usando o método de pesquisa dentro do site do Tribunal no período de 2017 a 2022. Após análise de todas as decisões proferidas pelo tribunal e no período descrito ao norte, constata-se a ausência de controle de convencionalidade com a sentença, uma vez que em nenhum momento o Tribunal sequer cita a condenação proferida pela CorteIDH.

Desta forma tendo em vista os aspectos apresentados, a Justiça do trabalho tem um grande desafio juntamente com outros órgãos fiscalizadores, nos quais estes devem trabalhar em conjunto, com as ferramentas existentes de combate a exploração do trabalhador, na qual uma destas ferramentas existentes é o instrumento normativo que regula as leis de trabalho, (CLT), na qual foi criado por DECRETO LEI 5.452, de 1º de maio de 1943, na qual a mesma foi estabelecida para proteger os direitos do trabalhador na esfera laboral no que diz respeito aos seus serviços prestados resguardando seus direitos e deveres nos quais prestam a um empregador. Sendo assim, concluímos que é importante demonstrar que a CLT está diretamente conectada com a dignidade do trabalhador, a fim de que trabalhem nas melhores condições laborais e que o empregador siga conforme estabelecido em lei. Tendo isso em mente os órgãos responsáveis não podem ter o privilégio de tratar tal assunto subsidiariamente, pois sabe-se dos crescentes números de denúncias, como também de resgates, na qual como já mostrado, em 2021 e 2022 foram picos altos de pessoas em condições de trabalho análogo a escravidão, expondo que não trata-se apenas de direitos fundamentais trabalhistas infringidos, mas da dignidade da pessoa humana, devendo imprescindivelmente potencializar mais aplicações de combate ao trabalho análogo a escravidão.

Por fim concluiu-se que as ferramentas existentes ao combate do labor forçado devem ser aplicadas com mais frequência e afinco, com o pensamento de que o direito a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF/88) não pode ser infringido; assim como o trabalho, na

qual deve ser digno, em condições que o proporcione, sempre resguardando a dignidade da pessoa humana e os direitos de trabalho que a mesma venha a exercer.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. ZOCCHIO, Guilherme. HARARI, Isabel. DALLABRIDA, Poliana. ROSSI, Marina e BARBA, Mariana. **Nova ‘lista suja’ do trabalho escravo inclui empregadores que receberam auxílio emergencial**. Repórter Brasil, 2022. disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2022/04/nova-lista-suja-do-trabalho-escravo-inclui-empregadores-que-receberam-auxilio-emergencial/> Acesso em: 23/11/2022

BENTES, Natalia Mascarenhas Simões. ALVES, Ana Caroline de Souza. **NORMAS JUS COGENS E CRIME CONTRA HUMANIDADE: O CASO HERZOG VS. BRASIL**. Revista de Direitos Humanos em perspectivas, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 23 - 44, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/5081>. Acesso em: 30 de nov. 2022.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho escravo: caracterização jurídica**. Brasil, LTr, 2020.

BULL, Hedley. **A sociedade anárquica**. São Paulo: Ed UNB, 2002.

CIDH, corte interamericana de direitos humanos: **Caso trabalhadores da fazenda Brasil verde vs. Brasil**, 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_318_por.p

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil** Sentencia de 22 de agosto de 2017, p. 72)

CRUZ, Camila. **Como combater o trabalho escravo contemporâneo**. BSSP blog, 2020. Disponível: <https://www.bsspce.com.br/blog/como-combater-o-trabalho-escravo-contemporaneo/> Acesso em: 23/11/2022

NETO, Francisco Ferreira Jorge. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho** – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

DURÇO, Leonardo Rezende. **Os desafios da justiça do trabalho no combate à exploração do trabalhador rural no século XXI: uma análise do caso Fazenda Brasil Verde**. 30 f. Trabalho apresentado ao I Concurso de Monografias da Biblioteca do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região – Escola Judicial, Belo Horizonte, 2017.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **A dignidade da pessoa humana, o dano moral e o direito do trabalho**. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva (coord.). 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELO, Luis Antônio camargo de. **Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo**. Revista do Ministério Público do Trabalho, São Paulo, LTr, n. 26, p. 15, set. 2003

MORGENTHAU, Hans. **Política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz**. São Paulo: Ed UNB, 2003.

PAULUZE, Thaiza. **Mais de mil pessoas são resgatadas de trabalho análogo à escravidão neste ano no Brasil, em Sao Paulo foram 119 trabalhadores**. G1.globo, 2022. Disponível em:<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/07/29/mais-de-1-mil-pessoas-sao-resgatadas-de-trabalho-analogo-a-escravidao-neste-ano-em-sp-foram-119-trabalhadores.ghtml>. Acesso em: 21/11/2022.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

PARÂMETROS DE RESPONSABILIZAÇÃO ESTABELECIDOS PELO SIDH FRENTE ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS NO CASO DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO, EM MINAS GERAIS

LIABILITY PARAMETERS ESTABLISHED BY IAHRs AGAINST HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN THE CASE OF THE DISRUPTION OF FUNDÃO DAM IN MINAS GERAIS

Recebido em	01/12/2022
Aprovado em	06/02/2023

David Antônio Vergolino Magno¹
Felipe dos Santos Souza²
Rafaela Teixeira Sena Neves³

RESUMO

O rompimento da barragem de Fundão em Minas Gerais foi uma calamidade sem precedentes, um dos maiores exemplos de desrespeito aos Direitos Humanos por parte de empresas no contexto brasileiro, intensificado pela leniência do próprio Estado. Este trabalho busca abordar o posicionamento do SIDH e aplicar seu entendimento no caso fático. Utilizando como base o informe de 2019 da REDESCA, entendeu-se, por meio de pesquisas fáticas e acadêmicas, que o Estado brasileiro assim como as empresas envolvidas na catástrofe diretamente desrespeitaram o entendimento interamericano quanto à responsabilidade de ambas de protegerem os Direitos Humanos, tanto antes como após o rompimento da barragem.

Palavras-chave: Direito Internacional; SIDH; Direitos Humanos ; empresas transnacionais ; fundão.

¹ Aluno do curso de graduação Bacharelado em Direito, turma DI9NA, email: david18060214@aluno.cesupa.br. Matrícula nº 18060214.

² Aluno do curso de graduação Bacharelado em Direito, turma DI9NA, email: david18060214@aluno.cesupa.br. Matrícula nº 18060214.

³ Doutora em Direito pela UFPA (2021). Visiting scholar at Human Rights Institute of Columbia University in the City of New York (2019); Global Legal Studies of Wisconsin University (2018-2019); Forsythe Family Program on Human Rights and Humanitarian Affairs of University of Nebraska/Lincoln (2019); Universidad Iberoamericana Ciudad de México (2018); PUC RIO (2017) e na FGV SP (2017). Mestra em Direito pela UFPA (2016). Successfully attended in the Academy on Human Rights and Humanitarian Laws Program of Advanced Studies on Human Rights and Humanitarian Law of the American University Washington College of Law (2015). Pesquisadora Visitante da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2015 e 2019). Bacharela em Direito pelo CESUPA (2014). Professora do Programa de Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do CESUPA e do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA. Advogada.

ABSTRACT

The failure that occurred in the Fundão Dam, Minas Gerais, was a calamity associated with the mineral business of which Brazil has never experienced before. It stands as one of the greatest examples of Human Rights violations in the country, made worse by the State's leniency. This research approaches to apply the IACHR's understanding on the concrete case. Using REDESCA's 2019 inform as basis for the thesis, as well as factual and academic research, it was concluded that both the State of Brazil as well as the businesses involved in the tragedy directly disrespected the inter american understanding regarding the duty of both parties to assure and protect Human Rights, before and after the dam's failure.

Keywords: International Law; IACHR; Human Rights; transnational companies; fundão.

1 INTRODUÇÃO

O Sistema interamericano dos direitos humanos foi uma das maiores inovações no âmbito de defesa de direitos humanos nas Américas, unindo seus países-membro com uma promessa de respeito aos direitos do homem e do cidadão. Contudo percebe-se uma enorme falha quanto a efetiva aplicação de medidas protetivas e punitivas para aqueles que os violam, sobretudo quando se tratando de empresas transnacionais como violadores.

Nesse contexto, coloca-se em enfoco a tragédia do rompimento da barragem de Fundão, em Minas Gerais, que foi uma catástrofe em todos os sentidos da palavra, devastando os distritos de Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo, contaminando a bacia do Rio Doce com lama (que prejudicou dezenas de municípios mineiros e capixabas) e tirando a vida de 19 pessoas.

Tal evento não só foi um dos maiores desastres ambientais brasileiros, mas também uma das maiores quebras de Direitos Fundamentais já ocorridos no país, uma vez que a empresa responsável, a Samarco S.A (que por sua vez pertence às empresas Vale S.A e BHP Billiton Brasil LTDA), não foi devidamente punida pelos danos que causou advindos de sua negligência, ou sequer ofereceu medidas reparatórias adequadas para as consequências geradas após o rompimento, assim como o próprio Estado Brasileiro, que até os dias atuais não foi capaz de dar o auxílio devido às vítimas da catástrofe.

Esta pesquisa tem como objetivo explorar o caso acima sintetizado, relacionando-o com os direcionamentos do SIDH e seus órgãos especializados - a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos - analisando pesquisas acadêmicas sobre o tema, trazendo à tona reportagens e dados fáticos para expor as claras violações aos Direitos Humanos cometidas pelo Estado e pelas empresas, assim como,

questionando se a abordagem do ente internacional é adequada para garantir a devida punição dos culpados e não repetição de tragédias deste tipo.

Para embasar a pesquisa, foi utilizada a metodologia de revisão bibliográfica (MARCONI; LAKATOS, 2002), assim como o informe de 2019 emitido pela Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais do CIDH (REDESCA), intitulado **Empresas e Direitos Humanos: Parâmetros Interamericanos** (tradução nossa), onde o ente interamericano expõe pontos e deveres que empresas e Estados devem seguir para garantir o respeito aos direitos humanos.

Tal informe pode ser visto como fundamental, e ao se analisar os pontos, critérios e deveres trazidos por ele no tange às ações de Estados e empresas frente a salvaguarda dos direitos humanos, uma percepção mais fecunda e apurada se tem sobre o que pode ser feito em relação à casos fáticos tais quais o de Mariana.

Assim, analisa-se na pesquisa em que medida o sistema interamericano estabelece parâmetros para a responsabilização do Estado brasileiro e das empresas envolvidas na tragédia relativa ao rompimento da barragem de Fundão, em Minas Gerais, embasando-se nos métodos acima explicitados.

2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

2.1 A FORMAÇÃO, ESTRUTURA E O OBJETIVO DO SIDH

O SIDH (Sistema interamericano dos direitos humanos) iniciou-se formalmente com a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem na Nona Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá em 1948 (CIDH, 1969).

É formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão ou CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgãos especializados da Organização dos Estados Americanos (ou Organization of American States, OAS), com atribuições fixadas pela Parte II da Convenção Americana de Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em homenagem ao local onde ocorreu a primeira a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em 1969, que por sua vez foi essencial para firmar o entendimento que todos as nações participantes têm a obrigação de repudiar todo e qualquer desacato aos direitos humanos, tentando assim juntos criar uma América mais humana (CIDH, 1969).

Pode-se dizer que o SIDH “foi o primeiro instrumento internacional de Direitos Humanos em que a matéria foi tratada de uma maneira geral” (VELOSO, 2007, p. 106).

Estas diversas inovações na área da proteção ao direito do homem e do cidadão foram impulsionadas, principalmente, pelos horrores cometidos pelos governos fascistas durante a segunda guerra mundial, que tão impactantes foram a ponto de despertar na humanidade a necessidade de maior proteção dos direitos humanos, para evitar que tal barbárie se repetisse (WEIS, 2010, p. 80).

O sofrimento humano advindo da guerra abriu os olhos da maioria das nações “para a necessidade do restabelecimento dos paradigmas jusnaturalistas” (WEIS, 2010, p. 80), objetivando de forma geral a construção do bem comum de todos os seres humanos, para enfrentar de frente as doutrinas que pregavam a desigualdade dos homens como verdade.

Assim, percebe-se que o SIDH veio com uma proposta revolucionária, pregando a união dos países-membros para que haja uma luta conjunta contra as violações de seus respectivos cidadãos, vindo impulsionada por diversas tragédias do passado, com o intuito de não permitir que tais desacatos a dignidade e a vida humana se repetissem devido a complacência dos Estados.

A CIDH é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. É integrada por sete membros independentes que atuam de forma pessoal e tem sua sede em Washington, D.C. Foi criada pela OEA em 1959 e, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, instalada em 1979. A CIDH veio, inicialmente "com a função de investigar a alegada violação maciça de direitos humanos pela Revolução Cubana [...]" (WEIS, 2010, p. 156).

A Corte Interamericana, por sua vez, é uma das três cortes regionais de proteção dos direitos humanos, juntamente com a Corte Européia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. É uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é aplicar e interpretar a Convenção Americana. A Corte Interamericana exerce uma função contenciosa, na qual se encontra a resolução de casos contenciosos e o mecanismo de supervisão de sentenças; um papel consultivo; e a função de emitir medidas provisórias (CORTE IDH, 1969).

A Corte IDH é composta por sete juízes, cuja escolha é feita pelos Estados Partes da Convenção, em sessão da Assembleia Geral da OEA, de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados. Além disso, é válido dizer que a Corte IDH possui medidas provisórias, previstas no artigo 63.2 da Convenção que a Corte, caso perceba que a vítima sofrerá dano irreparável caso não sejam tomadas medidas imediatas, podendo até agir de ofício se perceber que a intervenção imediata é necessária (RAMOS, 2022).

É interessante mencionar, também, que o artigo 65 da Convenção Americana de Direitos Humanos possibilita à Corte Interamericana de Direitos Humanos a inclusão dos casos em que o Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças no seu relatório anual à Assembleia Geral da OEA, o que significa que caso um Estado-membro descumpra ou se omita de cumprir as medidas decretadas pela Corte, a mesma tem meios para impor a medida judicial (RAMOS, 2022).

Resumidamente, a Corte IDH pode ser descrita como uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (CORTE IDH, 1969). Assim, a corte é o órgão que pode efetivamente julgar, condenar e impor sanções aos Estados que aceitam a sua jurisdição.

Para melhor promoção e observância dos direitos humanos, em 1990, a CIDH iniciou um processo de criação de Relatorias Temáticas, cuja atuação tem por foco atender grupos especialmente expostos à violação de direitos humanos seja por situações de vulnerabilidade, seja pelo histórico de discriminação alvejados. Por meio dessas relatorias, a CIDH pretende melhor sistematizar seus trabalhos frente a esses grupos vulneráveis (OAS, 2022).

Das treze Relatorias criadas vale o destaque, no âmbito da temática empresas e direitos humanos, para a Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA). Em 2017, tal Relatoria deu início a seus trabalhos com a nomeação do Relator sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA), com destaque para o acréscimo dos direitos ambientais. Segundo o Secretário Executivo, Paulo Abrão, a criação desta relatoria é o resultado do esforço de vários grupos de ativistas sociais e coincide com as aspirações dos Estados membros (OAS, 2022).

É notável que a relatoria cria a possibilidade para novos padrões interamericanos serem construídos e assim, conseqüentemente, atualiza a agenda temática da CIDH de modo a ampliar seu alcance social, fato este que assegura o maior impacto no âmbito prático e melhor protege os interesses destes grupos expostos a maior risco à violação de direitos humanos (OAS, 2019).

É digno de destaque o fato que a CIDH aprovou, em novembro de 2019, um informe elaborado pela REDESCA que estabelece os parâmetros interamericanos sobre direitos humanos e empresas, intitulado *Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*, o qual pretende responder às demandas sociais pela responsabilização de empresas quando violarem direitos humanos, em uma clara tentativa de garantir que os direitos intrínsecos a todos os homens possam alcançar aqueles que são vitimizados por

empresas multinacionais que se utilizam da má-fé para abusar dos cidadãos das américas (REDESCA; CIDH, 2019).

2.2 AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS POR PARTE DE EMPRESAS E O INÍCIO DO ENTENDIMENTO INTERAMERICANO

Nos últimos anos, as discussões têm se intensificado na comunidade internacional, mormente no que diz respeito à violação de direitos humanos face às atividades de empresas. Em 2011, inaugurou-se uma nova etapa no âmbito das Nações Unidas, com a aprovação dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, mediante a Resolução A/HRC/RES/17/4 de 6 de julho de 2011. Após isso, com a criação de um grupo de trabalho para divulgar e implementar esses princípios. Esses marcos retratam o engajamento da ONU com a temática empresas e direitos humanos (OAS, 2018).

Logo em 2015, o SIDH demonstrou não estar alheio a estes problemas, promovendo diversas ações no intuito de dar tratamento regional ao tema. Nesse desiderato, o SIDH quer contribuir para que os Estados membros desenvolvam políticas internas e externas, com vistas a determinar que as empresas, em âmbito doméstico, respeitem os direitos humanos e, quando os violarem, efetuem a devida reparação às vítimas. Dentre referidas ações, destaca-se inicialmente o reconhecimento reiterado por seus órgãos de que, em determinadas circunstâncias, os Estados podem ser responsabilizados internacionalmente por atos violadores de direitos humanos cometidos por particulares, o que inclui as empresas (OAS, 2018).

Um exemplo direto de ações que têm contribuído para o avanço na discussão dialógica da temática empresas e direitos humanos são as audiências e sessões públicas realizadas pela CIDH, por meio da REDESCA. Essas audiências ocorrem perante os comissionados e conta com a participação de representantes da sociedade civil, organizações de defesa dos direitos humanos, representantes dos Estados membros e experts nos temas abordados (OAS, 2018).

Cumprir destacar a audiência ocorrida nos 167 Período de Sessões (tradução nossa), em Bogotá, Colômbia, em fevereiro de 2018, ocasião em que as organizações requerentes da audiência conseguiram enfatizar a necessidade de reformas legislativas no âmbito interno dos Estados, com o objetivo de garantir a responsabilização das empresas por violações a direitos humanos, bem como a efetiva reparação às vítimas (OAS, 2018).

Os requerentes teceram considerações sobre os fortes impactos ocasionados pelas atividades de empresas transnacionais e postularam a CIDH o desenvolvimento de um

arcabouço normativo que propicie mecanismos de efetiva responsabilização dessas empresas por danos causados. Enunciou-se mais uma vez o terceiro pilar dos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, em uma abordagem empenhada em estabelecer mecanismos que permitam a efetiva reparação às vítimas (OAS, 2018).

3 ANÁLISE FÁTICA: O ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO, EM MINAS GERAIS

3.1 CONTEXTO E DESDOBRAMENTOS DA TRAGÉDIA

No dia 5 de novembro de 2015 ocorreu o rompimento da barragem de Fundão, localizada no Complexo Industrial de Germano, em Mariana/MG e administrada pela empresa Samarco S.A, a qual pertence às mineradoras Vale S.A e BHP Billiton Brasil LTDA – sendo estas consideradas as maiores mineradoras do mundo. Além de acarretar a morte de 19 pessoas e um abortamento, a tragédia trouxe consigo outros incontáveis danos de natureza material e moral à comunidade do entorno, dos quais, pode-se evidenciar aqueles de caráter ambiental (CTJ/UFMG; CdH/UFMG; GEDI/DH, 2018).

A fim de promover a reparação dos danos causados pela tragédia, foi assinado um acordo – Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC) - por alguns agentes, dos quais destacam-se: as empresas responsáveis pelo desastre, a União e os estados de Minas Gerais e do Espírito Santo. A partir dele, foram instituídas a Renova, fundação de direito privado - a qual é mantida e controlada pelas referidas empresas – e as instâncias de caráter fiscalizador, tais como o Comitê Inter federativo e as Câmaras Técnicas. Vale ressaltar, no entanto, que as tratativas que visam reparar os danos causados pelas empresas, não tem por característica marcante a participação das comunidades atingidas, o que não propicia a elas, por exemplo, a tomada de decisões efetivas no que tange à problemática em voga (CTJ/UFMG; CdH/UFMG; GEDI/DH, 2018).

Em entrevista concedida ao projeto **Em Discussão** da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), a professora de Direito da referida instituição e coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Socioambientais (GEPSA) Souza (2021, online) afirma que:

A situação atual das pessoas atingidas é de profunda insegurança em relação à reparação a que têm direito. Infelizmente os acordos feitos pelas mineradoras responsáveis pelo desastre não vêm sendo cumpridos, o que resultou em uma ‘reparação’, iniciada em 2021 sob a coordenação do ‘Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão’ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O problema é que não é muito promissor reparar com quem não cumpre os pactos que faz. Além disso, as pessoas atingidas mais uma vez não estão participando das

negociações para o novo acordo e também não podem contar com uma assessoria técnica, pois as entidades escolhidas pelas Comissões de Atingidos ao longo da Bacia do Rio Doce, em processo coordenado pelo Fundo Brasil de Direitos Humanos, ainda não foram contratadas por inércia do Poder Judiciário.

Nesta esteira, é possível destacar que, ao serem ouvidas, em audiência pública realizada em 29 de março de 2022, em Mariana, pessoas atingidas pela tragédia reivindicaram certos pontos a respeito do processo de repactuação dos acordos da bacia do Rio Doce. A esse respeito, pode-se destacar:

- a substituição do Auxílio Financeiro Emergencial pelo programa Rio Doce Sem Fome (gerido de maneira independente das mineradoras);
- a implantação do Fundo Popular – o qual visa promover a autossustentabilidade, além da superação de desigualdades de cunho econômico e social;
- a criação de um fundo social a fim de se promover a aplicação de políticas públicas em áreas relevantes;
- a criação de um programa voltado à saúde da população atingida;
- um novo modelo de indenização individual que garanta a reparação dos danos de forma justa;
- a contratação de Entidades de Assessorias Técnicas independentes;
- a descontaminação e requalificação das regiões atingidas pela lama tóxica;
- o fim da Fundação Renovar visando uma nova maneira de governança no que tange à implementação dos acordos. (CÁRITAS/MG, 2022).

3.2 GRUPOS MAIS ATINGIDOS PELA TRAGÉDIA

3.2.1 Mulheres

Segundo a análise do Centro de Estudos Sobre Justiça de Transição da UFMG (CJT/UFMG) em parceria com a Clínica de Direitos Humanos da UFMG (CdH/UFMG) e o Grupo de Estudos em Direito Internacional dos Direitos Humanos (GEDI/DH) (2018), a partir de dados do Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), as mulheres são aquelas que mais sofrem com os impactos negativos no que tange às instalações de barragens, incluindo o caso da Samarco (CJT/UFMG; CdH/UFMG; GEDI/DH, 2018).

No que diz respeito a este último, verifica-se que as empresas e a Fundação Renova não reconhece o trabalho das mulheres. Cita-se aqui, que muitas delas eram autônomas e obtinham seus rendimentos a partir de atividade informais ou para o autoconsumo de suas

famílias. Acerca disso, observou-se que, especialmente aquelas inseridas em um contexto rural, foram classificadas como não sendo possuidoras de renda própria, o que enseja, por exemplo, remunerações inferiores às pagas a homens (CJT/UFMG; CdH/UFMG; GEDI/DH, 2018).

A partir disso, nota-se que nesta nova conjuntura, as mulheres passam a ser tidas como dependentes dos seus parceiros, por exemplo, no cartão de auxílio financeiro emergencial. Este fato desencadeia, por vezes, transformações relacionais dentro dos núcleos familiares, uma vez que, observa-se um rearranjo da estrutura de suprimento. Estas mudanças têm corroborado para o agravamento de problemas conjugais, os quais desencadeiam, por vezes, divórcios e casos de agressão doméstica (CJT/UFMG; CdH/UFMG; GEDI/DH, 2018).

3.2.2 Povos Indígenas

Dentre os povos indígenas atingidos pela tragédia da barragem de Fundão, destaca-se o povo Krenak. A partir da cosmologia deste grupo, o Rio Doce, chamado por eles de Uatú, é considerado sagrado, e é tido como um parente próximo. Deste modo, a tragédia representou a morte de Uatú, fazendo com que os Krenak ficassem de luto. Ademais, para além do aspecto religioso, o Rio servia para eles como fonte de água e de atividades voltadas à pesca. Frisa-se também, que os programas desenvolvidos pela Fundação Renova não levaram em consideração aspectos tradicionais de consulta do referido povo (CTJ/UFMG; CdH/UFMG; GEDI/DH, 2018).

3.2.3 Pessoas idosas

Destaca-se também as pessoas idosas como um dos grupos mais impactados pela tragédia de Mariana. Isto porque, estes, devido a morosidade do processo de reparação, temem não estarem mais vivos a ponto de usufruir do reassentamento a ser promovido. Além disso, cita-se o fato de haver um número considerável de casos de depressão entre estes indivíduos, o que se dá, sobremaneira, por conta do deslocamento destes para os centros urbanos (CTJ/UFMG; CdH/UFMG; GEDI/DH, 2018).

3.2.4 População rural

É possível verificar que mesmo antes da tragédia em análise, já podiam ser observadas violações aos direitos humanos em relação às comunidades rurais. Cita-se aqui o racionamento e a contaminação, a partir das atividades de mineração, dos recursos hídricos utilizados por esses grupos, os quais – compostos em grande parte por indivíduos

hipossuficientes – foram submetidos aos desdobramentos das atividades comerciais das empresas mineradoras sem serem previamente consultados (CTJ/UFMG; CdH/UFMG; GEDI/DH, 2018).

Após a tragédia, além dos danos materiais causados a esses indivíduos, especialmente no que diz respeito às suas propriedades e aos seus meios de trabalho, nota-se que há também uma dimensão social a ser analisada. Isto porque, muitos deles precisaram partir para eixos urbanos a fim de realizarem atividades laborais, o que promove uma quebra daquilo que estes estavam habituados. Somando-se a isso, cita-se a fato de que as comunidades em questão passaram a enfrentar problemas relacionados à saúde por conta dos rejeitos tóxicos oriundos do desastre, o que transcende as mazelas humanas e escancara também todo um desarranjo ambiental que impacta profundamente toda a comunidade e a biosfera do entorno (CTJ/UFMG; CdH/UFMG; GEDI/DH, 2018).

4 PARÂMETROS DE RESPONSABILIZAÇÃO A PARTIR DO SISTEMA INTERAMERICANO

4.1 POSICIONAMENTO DA CIDH FRETE AO CASO

Em 8 de junho de 2016, na cidade de Santiago, no Chile, a tragédia de Mariana relativa ao rompimento da barragem de Fundão foi levada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Na presente oportunidade, após o término da audiência, o promotor Guilherme Meneghin do MP de Minas Gerais, solicitou que se abrisse um processo por parte da CIDH diante da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Visava-se com isso a apuração das denúncias que foram feitas durante a audiência, especialmente àquelas que versavam sobre o rompimento da barragem (G1, 2016).

Em resposta a isso, a AGU, junto ao departamento de Direitos Humanos do Itamaraty, defendeu o acordo assinado entre a União e os Estados impactados com as empresas envolvidas na tragédia. A mencionada instituição ressaltou as vantagens presentes nas cláusulas frente à outras soluções. Além disso, a AGU declarou que o Congresso Nacional estava aberto à discussões a respeito de propostas legislativas referentes à temática de licenciamento ambiental. Alegou ainda que, no referente encontro, não houve nenhuma decisão por parte da CIDH no que tange ao caso e que o Estado brasileiro ainda poderia apresentar novos esclarecimentos futuramente (G1, 2016).

Posteriormente, em 6 de novembro de 2018, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos esteve presente no Estado de Minas Gerais, mais precisamente na Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), objetivando com isso, ter acesso às demandas de parte dos

atingidos pela tragédia de Mariana. A expectativa da defensora pública estadual Mariana Sobral - também presente no encontro - era de que as supracitadas demandas constassem no relatório que estava sendo desenvolvido pela CIDH, à época (SÉCULO DIÁRIO, 2018).

Em relação ao relatório supramencionado, este foi publicado em 12 de fevereiro de 2021 e teve por temática a **Situação dos Direitos Humanos no Brasil**. Acerca dele, destaca-se o fato de que não houve uma abordagem específica a respeito do caso da barragem de Fundão (OEA, 2021).

Não obstante à não especificidade deste relatório com relação ao caso em análise, pode-se inferir que alguns parâmetros cabíveis à situação em voga foram reforçados. Acerca do documento, é possível destacar, por exemplo, o dever do Estado em combater à impunidade no que diz respeito à afrontas aos direitos humanos que são salvaguardados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CIDH, 2021).

No que se refere a um posicionamento mais específico da Comissão em relação à tragédia de Mariana, a CIDH publicou um relatório no qual expôs seu parecer no que tange ao referido acontecimento e a respeito de outras inúmeras demandas apresentadas durante a visita dela ao Brasil.

No tocante ao caso em voga, a Comissão enfatizou, no referido documento, a importância de o Estado ser responsável pela proteção dos direitos humanos dos indivíduos frente às violações ocorridas em seu território, inclusive por aquelas decorrentes da atuação de empresas. Essa proteção consiste no dever estatal em adotar medidas para prevenir e investigar tais violações, punir quem for responsável por elas, além de se comprometer com a adequada reparação dos danos gerados por essas afrontas, dentro destes contextos (CIDH, 2018).

Quanto às empresas mineradoras, a CIDH destaca que estas são responsáveis pela gestão dos resíduos tóxicos relativos à barragem afetada e que, baseadas no pressuposto de respeito aos direitos humanos, estas devem reparar as vítimas impactadas de forma adequada, promover a mitigação dos danos decorrentes da atividade empresarial, além de agir diligentemente, inclusive na antecipação de riscos aos direitos humanos, tomando medidas para que não haja a afronta destes (CIDH, 2018).

Apesar das considerações da CIDH, destaca-se que isso não foi observado adequadamente, por exemplo, por parte das empresas mineradoras, a saber, a Vale S.A. Isto porque, além de haver considerável inconformidade por parte dos atingidos envolvidos na tragédia de Mariana no que se refere à reparação dos danos sofridos por eles, não houve a preocupação da referida empresa em evitar que novos casos do tipo viessem a ocorrer, um

exemplo disso foi o rompimento da Barragem de Brumadinho em janeiro de 2019, a qual estava sob a administração da mencionada mineradora (RIBEIRO; LATINE, 2019).

Neste contexto, após o rompimento da barragem de Brumadinho, a CIDH fez um comunicado de imprensa em Janeiro de 2019 (No. 019/19), no qual manifestou seu profundo pesar em relação ao novo ocorrido, o qual supera o primeiro - de Mariana – em termos de magnitude (OEA, 2019).

Nesta esteira, para além de reforçar o dever do Estado e das empresas quanto ao compromisso que estes agentes devem ter frente à proteção dos direitos humanos, no comunicado, ficou expressa preocupação com a possível flexibilização no que diz respeito às concessões de licenças no setor de mineração no Brasil. Acerca disso, afirmou-se:

A REDESCA recorda que a CIDH já indicou que as obrigações do Estado no tema incluem ‘o dever de prevenção de violações aos direitos humanos, ou seja, aplica-se desde antes de autorizar uma atividade ou de conceder permissões, assim como durante a implementação e no ciclo de vida do projeto analisado, mediante medidas de supervisão e fiscalização’. Acrescenta-se que em ambas as tragédias se encontra envolvida a mesma empresa de mineração, Vale S.A., situação que o Estado deverá ter em conta no momento de determinar as responsabilidades e ações correspondentes, incluída a reparação integral às vítimas por parte da empresa (OEA, 2019, online).

É importante frisar que, à época, a REDESCA avaliou que existiam até 45 barragens em condições semelhantes de risco no quesito de segurança, enfatizando a necessidade que o Estado e as empresas têm em prestar contas de modo efetivo frente às inobservâncias de suas obrigações quanto à questão dos direitos humanos, inclusive no que se refere ao aspecto ambiental (OEA, 2019).

Afirma-se então, a partir da realidade fática, que é pertinente o supramencionado posicionamento da Comissão no que tange à passividade estatal frente aos abusos cometidos por grandes mineradoras. A partir do destaque da similaridade das tragédias e da não retificação do modelo de empreendimento entre um desastre e outro, é possível inferir que empresas como a Vale S.A, pelo fato de possuírem um grande poderio econômico, podem contar com uma possível leniência do Estado quanto às suas formas de atuação (RIBEIRO; LATINE, 2019).

Em vista disso, faz-se necessária uma avaliação para além das perspectivas de recomendações feitas por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Destarte, torna-se imprescindível uma análise dos parâmetros estabelecidos pela Corte IDH no que tange ao assunto, a respeito do qual, o caso em análise se refere.

4.2 PARÂMETROS ESTABELECIDOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

4.2.1 Jurisdição Contenciosa

Em primeiro plano, cabe ratificar as jurisdições de caracteres contencioso e consultivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Quanto à primeira prerrogativa, infere-se que a Corte possui competência para conhecer casos contenciosos desde que o Estado demandado, por meio de declaração unilateral, tenha conferido reconhecimento à jurisdição dela (RAMOS, 2022).

Nesta esteira, versa o artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos que o aceite expresso da jurisdição obrigatória da Corte, deve ser feito por um Estado membro da Convenção, por intermédio uma declaração específica. Dito isto, importa dizer que o Brasil, no ano de 1992, fez a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e em 1998, fez o reconhecimento da jurisdição contenciosa de caráter obrigatório da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir deste marco, tornou-se possível que o país seja processado e julgado pelo referido tribunal (RAMOS, 2022).

A Convenção Americana de Direitos Humanos preconiza que cabe unicamente aos Estados partes e à CIDH o processamento de Estados diante da Corte Interamericana. Isto quer dizer que o polo passivo – o qual pode ser julgado – é sempre um Estado, não cabendo à Corte o julgamento de pessoas (RAMOS, 2022).

Dentro desta perspectiva, cita-se que a mencionada Corte possui relevante jurisprudência no que diz respeito à casos que podem servir de parâmetro para uma possível responsabilização do Estado Brasileiro no que se refere às violações observadas na tragédia de Mariana.

Dá-se aqui especial destaque a casos envolvendo comunidades indígenas e o meio ambiente. Cita-se, em primeiro plano, o caso *Yakye Axa vs Paraguai*, a respeito do qual a Corte imputou, por exemplo, ao Estado – por este não prezar pela propriedade de caráter ancestral do referido povo - tanto a indenização das vítimas por danos de perspectiva imaterial quanto a obrigação de fazer no que tange à realização de ações e obras tais como um fundo de desenvolvimento comunitário e o provimento de bens e serviços básicos. Além disso, ficou incumbido ao Estado à adequação da legislação interna ao que versa a Convenção Americana (ALEIXO; ANDRADE, 2016).

Outro exemplo a ser citado diz respeito ao caso *Povo Suramaka vs Suriname* (que se referia aos efeitos negativos como a inundação das terras da comunidade em análise por conta

da construção de uma hidroelétrica). No tocante ao caso, cita-se parte do que afirmou a Corte (CORTE IDH, 2007 *apud* ALEIXO; ANDRADE, 2016, p. 292):

[...] primeiro, o Estado deve assegurar a participação efetiva dos membros do povo Saramaka, de acordo com seus costumes e tradições, em relação a todo projeto de desenvolvimento, investimento, exploração ou extração (doravante denominado 'projeto de desenvolvimento ou de investimento') que seja realizado dentro do território Saramaka. Segundo, o Estado deve garantir que os membros do povo Saramaka se beneficiem razoavelmente do projeto realizado dentro de seu território. Terceiro, o Estado deve garantir que não outorgará nenhuma concessão dentro do território Saramaka a menos e até que entidades independentes e tecnicamente capazes, sob a supervisão do Estado, realizem um estudo prévio de impacto social e ambiental.

É possível notar, que os precedentes observados da Corte IDH não se restringem ao aspecto material, mas, levam em consideração, sobretudo, o aspecto imaterial no que tange à cosmovisão e às práticas culturais dos povos indígenas. Acerca desses e de outros casos semelhantes, Aleixo e Andrade (2016, p. 292) afirmam: "A Corte IDH, em todos esses casos, reconhece de maneira reiterada o dever dos Estados não só de indenizar pecuniariamente os danos sofridos, mas, igualmente, das obrigações de fazer, de forma a adotar políticas públicas e promover adequações legislativas".

Quanto à reparação integral das vítimas, esta não se restringe aos aspectos materiais, mas também se estende aos direitos de quem foi impactado pelos danos. A esse respeito, afirmam Pinheiro *et al.* (2019, p. 10):

O conceito de reparação integral mobilizado pela Corte IDH inclui tanto a restituição material como a restituição de direitos. Este conceito também é compartilhado pela ONU na Resolução 60/147, intitulado "Princípios básicos e diretrizes sobre o direito das vítimas de graves violações dos padrões internacionais de direitos humanos e violências graves do Direito Internacional Humanitário para interpor recursos e obter reparos", de dezembro de 2005.

Dito isto, pode-se fazer uma alusão ao povo Krenak, o qual, como referido anteriormente, foi altamente impactado pela tragédia do rompimento da barragem de Fundão. Sendo o Estado Brasileiro responsável pela salvaguarda dos direitos humanos, este não deve eximir-se de suas responsabilidades quanto à efetiva reparação do Povo Krenak, deixando-a sob total encargo das empresas envolvidas na tragédia. Isto porque, resta claro que houve falhas por parte do ente estatal quanto à fiscalização e às concessões feitas ao empreendimento (ALEIXO; ANDRADE, 2016).

4.2.2 Jurisdição Consultiva

Para além do aspecto contencioso da Corte, nota-se que esta possui uma jurisdição Consultiva, a qual, nas palavras de Ramos (2022, online) é definida como:

A Corte IDH pode emitir pareceres consultivos (também chamados de opiniões consultivas), sobre a (a) interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos (mesmo os tratados universais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos etc.) e sobre a (b) compatibilidade entre qualquer lei interna e os mencionados instrumentos internacionais.

Podem solicitar pareceres consultivos sobre a interpretação da Convenção e outros tratados de direitos humanos aplicáveis nos Estados Americanos: (i) Estados-membros da OEA, (ii) Comissão IDH (que possui pertinência universal, podendo pedir parecer sobre qualquer dispositivo da Convenção qualquer tratado de direitos humanos incidente nos Estados Americanos), (iii) outros órgãos da OEA com pertinência restrita a temas de direitos humanos de sua atuação.

Por sua vez, a pedido de um Estado membro da Organização, a Corte IDH poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Dentro desta seara, é possível destacar o posicionamento da Corte IDH em relação, principalmente, aos aspectos ambientais, a respeito dos quais, os Estados assumem papel imprescindível em relação à preservação destes. Partindo-se dessa premissa, é possível citar que a Corte Interamericana em sua Opinião Consultiva nº 23 de 2017 destaca a responsabilidade do Estado no que se refere ao meio ambiente. Dá-se o enfoque, no referido parecer, ao fato destes agentes terem o dever de garantir a prevenção à danos ambientais relevantes. Para tanto, é necessário que eles, dentre outras iniciativas, regularizem e fiscalizem as atividades, façam requisições e análises de estudos relacionados aos impactos ambientais dos empreendimentos, além de promoverem um plano de caráter contingente, procurando sempre atenuar danos de ordem significativa. Ademais, os Estados têm a responsabilidade imperativa de colaboração mútua, o que significa dizer que estes não devem impor óbices ao cumprimento do que versa a Convenção Americana de Direitos Humanos em matérias ambientais (RIBEIRO; LATINE, 2019).

Há de se destacar também que, segundo a Corte, é dever estatal a notificação e negociação frente aos demais Estados afetados por danos. Para além disso, destaca-se o chamado de dever de procedimento, o qual versa sobre o acesso à informação a respeito de atividades que podem vir a gerar possíveis danos ambientais. A esse respeito, cita-se o que alude a Corte (2017, apud RIBEIRO; LATINE, 2019, p. 19):

241. [...] Os estados tem a obrigação de garantir: (i) o direito ao acesso a informação relacionada com possíveis afetações ao meio ambiente, consagrando o artigo 13 da Convenção Americana [...]; (ii) o direito a participação pública das pessoas sob sua jurisdição, consagrando o artigo 23.1.a da Convenção Americana, na tomada de

decisões e políticas que podem afetar o meio ambiente [...]; (iii) o acesso à justiça, consagrado nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação as obrigações estatais para a proteção do meio ambiente [...] (tradução livre).

Quanto à realidade fática, nota-se que o Estado brasileiro, certamente foi omissivo no que se refere a muitas das disposições previstas pela Corte, isto porque, não houve um efetivo plano para desarticular empreendimentos de mesma natureza da barragem de Fundão. Por conta disso. Tragédias como a de Brumadinho, em 2019, vieram à tona, causando terríveis consequências sociais e ambientais, sobretudo.

4.2.3 Efeitos das decisões da Corte IDH

Entendendo-se a Corte Interamericana como um agente de proteção da Convenção Americana de Direitos Humanos, é perfeitamente possível afirmar que as decisões e entendimentos proferidos sintetizam aquilo que é defendido pelo Sistema Internacional de Direitos Humanos. Nesta esteira, afirmam Moraes e Britto (2021, p. 858-859):

Nesse contexto, para além dos conteúdos dos artigos, 62.3 e 64 da CADH, surge a noção de que o Tribunal, tanto em sua jurisdição contenciosa quanto consultiva, é o intérprete autêntico e último do corpus iuris interamericano, a interpretação das disposições regionais de direitos humanos produz, além de ‘res judicata’ – com efeito entre partes – ‘coisa interpretada’ (res interpretata), efetivamente com efeitos erga omnes e, portanto, obrigatório para todos os Estados que reconheceram sua competência

Dentro desta perspectiva de obrigatoriedade, entende-se, portanto, que esta pode se dar de duas maneiras, sendo a primeira quando um Estado é condenado pela Corte e precisa se adequar internamente às disposições dela, e a segunda, quando, mesmo não estando no polo passivo de um caso, um Estado tem o dever de seguir o que dispõe a interpretação da Corte, uma vez que esta disposição torna-se vinculante à totalidade dos Estados membros do SIDH, observando-se então, a eficácia erga omnes das decisões do referido tribunal. (MORAES; BRITTO, 2021).

4.3. Relatório da REDESCA de 2019

Em 2019, a REDESCA publicou um informe que têm por título *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Nele são estabelecidos alguns posicionamentos por parte da CIDH no que tange à salvaguarda dos direitos humanos no contexto de atuação das empresas, destacando-se também os deveres estatais para que essa proteção se dê de forma adequada.

A respeito do informe, Moraes e Britto (2021, p. 868) afirmam:

O informe em questão, além de apresentar a visão do Sistema Interamericano sobre o tema Direitos Humanos e Empresas, indica por quais caminhos a Corte IDH irá seguir em sua jurisprudência, o que já pode ser visto nas decisões abordadas anteriormente. Assim, pode-se considerar que o informe também apresenta efeitos erga omnes em todos os países parte do SIDH, de forma que os Estados devem observá-lo para a aplicação de políticas internas e legislações domésticas, bem como para o controle de convencionalidade, de forma a evitar que sejam condenados pela Corte por violações de direitos humanos perpetradas por empresas.

Diante da impossibilidade de condenação direta das empresas pela Corte IDH, por não serem consideradas formalmente sujeitos de direito internacional, a alternativa que se verifica é a obrigação dos Estados parte de garantir o respeito aos direitos humanos por estes entes privados, diante da necessidade de observância do informe e da jurisprudência da Corte. Destarte, se pretende que os Estados apliquem uma responsabilização adequada às empresas quando estas violarem direitos humanos em seus territórios, garantindo uma remediação efetiva às vítimas.

Dito isto, destacar-se-ão adiante alguns dos principais pontos abordados pelo referido documento.

4.3.1 Os critérios fundamentais previstos pela REDESCA e as violações dos Direitos Humanos no caso fático

O informe da REDESCA de 2019 aponta diversos “critérios fundamentais”, para guiar esforços normativos para lidar com problemas relacionados a empresas transnacionais no quesito de infrações a Direitos Humanos. Apesar da importância de todos os critérios, alguns em especial são notáveis quando se fala da tragédia de Mariana (REDESCA, 2019).

O primeiro deles é o da *Centralidad de la persona y de la dignidad humana*, que afirma que:

A dignidade humana é inerente a todas as pessoas e constitui a base sobre a qual os direitos humanos são desenvolvidos. Ou seja, a dignidade humana é o fundamento para a construção dos direitos das pessoas como sujeitos livres e iguais em dignidade e direitos. O campo empresarial e dos direitos humanos deve assumir essa centralidade, uma vez que o valor da dignidade humana representa o eixo dinâmico e interpretativo de todo o sistema de proteção dos direitos humanos, o que implica buscar assegurar que toda decisão aplique o princípio *pro persona* em a fim de alcançar o resultado que melhor proteja os seres humanos e menos limite a realização de seus direitos fundamentais. (REDESCA, 2019, p. 37, tradução nossa.)⁴

⁴ No original: La dignidad humana es inherente a todas las personas y constituye la base sobre la que se desarrollan los derechos humanos, es decir, fundamenta la construcción de los derechos de las personas como sujetos libres e iguales en dignidad y derechos. El ámbito de empresas y de derechos humanos debe hacer suya esta centralidad, en tanto la calidad de la dignidad humana representa el eje dinamizador e interpretativo de todo el sistema de protección de los derechos humanos, lo que implica la búsqueda de asegurar que en toda decisión

É de longe o critério mais prejudicado na tragédia, uma vez que os cidadãos de Mariana, trabalhadores da barragem ou não, tiveram suas vidas irreparavelmente alteradas depois do desastre, o que certamente prejudicou sua dignidade e limitou severamente a realização de seus direitos fundamentais.

Uma reportagem de 2021 na Folha de São Paulo ilustra o quão danoso foi a tragédia para as vidas dos civis, intitulada “Seis anos depois, reparação por tragédia em Mariana tem 85 mil ações na Justiça”, a matéria traz a história de Paulo Mendes, um dos ex-moradores do distrito de Bento Rodrigues (que foi completamente soterrado pela lama), ainda luta na justiça para receber por horas paradas, uma vez que o trator que ele usava para produzir, que pertencia ao seu finado Pai (que foi morto na tragédia), foi irreparavelmente danificado na tragédia (AUGUSTO, 2021). Não se pode dizer que a Samarco respeitou a dignidade de vítimas como Paulo Mendes, ou sequer se preocupou com a centralidade de seus direitos inerentes.

Outro critério de importância para o caso fático é o do **Direito a um ambiente saudável** (tradução nossa)⁵, que é autoexplicativo. É função do Estado e das Empresas manter em mente os impactos ambientais que suas atividades podem ter, sempre visando preservar o meio ambiente, tanto para si quanto para a coletividade, assim como tomar todas as medidas possíveis para visar o equilíbrio ecológico para garantir saúde e sustentabilidade. (REDESCA, 2019)

Após a tragédia, foram apontados diversos casos de doenças respiratórias e de pele, contaminação ocasionados pelos metais pesados e pela lama advinda do rompimento da barragem.

A reportagem da BBC News Brasil, feita em 2019, demonstra que muitos dos afetados sofrem anos depois do rompimento da barragem com diversos problemas de saúde advindos do ocorrido, mas não recebem qualquer tipo de apoio do culpado, a Samarco. A reportagem é apropriadamente intitulada “Tragédia de Mariana: Vítimas da lama sofrem com doenças de pele e respiratórias por contaminação por metais pesados e temem nunca ser indenizadas pela Samarco”, nela uma das vítimas, Andrea Domingos e o filho, Nicolas, não recebem contrapartida financeira da mineradora para arcar com o tratamento apesar de terem tido diagnóstico positivo para doenças relacionadas ao rompimento da barragem. (MOTA, 2019)

se aplique el principio “pro persona”, en aras de alcanzar el resultado que mejor proteja al ser humano y menos limite la realización de sus derechos fundamentales..

⁵ No original: Derecho a un medio ambiente sano.

Outro dos critérios, nomeado pelo relatório como *Prevención y debida diligencia en materia de derechos*, diz-se que:

No contexto dos negócios e dos direitos humanos, a devida diligência não se trata apenas de ações exigidas do Estado, como amplamente desenvolvidas pelos órgãos do sistema interamericano para garantir os direitos humanos e proteger as pessoas das violações de seus direitos. Também deve incluir a devida diligência quanto aos direitos humanos, que os Estados devem exigir das empresas no âmbito interno, que constitui um processo de gestão contínua que uma empresa deve realizar “à luz de suas circunstâncias (como o setor em que atua, o contexto em que exerce a sua atividade, a sua dimensão e outros fatores) para cumprir a sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos”. Nesse sentido, o fato de não realizar um processo de due diligence adequado, o Estado ou as empresas podem afetar a grau de participação de cada agente nos impactos adversos sobre os direitos humanos e a posterior atribuição de responsabilidade por tais atos. Então a devida diligência em direitos humanos está na raiz do estabelecimento de sistemas e processos eficazes de direitos humanos, para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas dos danos que causam, aos quais contribuem ou com quais empresas e Estados estão relacionados. (REDESCA, 2019, p. 37-38, tradução nossa).⁶

Percebe-se, com argumentos previamente apresentados, que este quesito fundamental também foi ferido pela empresa, uma vez que ela claramente foi negligente quanto à possibilidade do rompimento, conforme o pesquisador Bruno Giovanni Mazzola afirma em sua tese de doutorado. Segundo o pesquisador:

[...] as evidências para tal foram surgindo no andamento dos processos, tais como a construção diferente do projeto original, reformas sem projetos, materiais inadequados que foram utilizados em sua construção, estar desde 2012 sem um responsável técnico para a barragem, não ter um sistema adequado para o monitoramento das condições da barragem, não ter um manual de operações atualizado, bem como a ineficácia do seu PAEBM (MAZZOLA, 2018, p. 168-169.).

Contudo, talvez a maior das falhas da Samarco tenha sido com o próximo dos critérios apontados no relatório, o da **Responsabilidade e efetiva reparação** (tradução nossa)⁷,

⁶ No original: En el contexto de empresas y derechos humanos, la debida diligencia no sólo se refiere a las acciones exigidas al Estado ampliamente desarrolladas por los órganos del sistema interamericano con objeto de garantizar los derechos humanos y proteger a las personas de violaciones a sus derechos. También comprende la debida diligencia en materia de derechos humanos que los Estados deben exigir a las empresas en el plano interno, la cual constituye un proceso continuo de gestión que una empresa debe llevar a cabo “a la luz de sus circunstancias (como el sector en el que opera, el contexto en que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos”⁹². En ese sentido, el hecho de no llevar a cabo un proceso adecuado de debida diligencia desde el Estado o las empresas puede afectar el grado de participación de cada agente en los impactos adversos sobre los derechos humanos y la subsecuente atribución de responsabilidad por tales hechos. Entonces, la debida diligencia en materia de derechos humanos se ubica en la raíz del establecimiento de sistemas y procesos de derechos humanos efectivos, para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas por los daños que causan, a los cuales contribuyen o con los cuales las empresas y los Estados están relacionados.

⁷ No original: Rendición de cuentas y efectiva reparación

principalmente na parte de efetiva reparação, conforme as diversas reportagens já previamente citadas comprovam (REDESCA, 2019).

Ora, com tudo já exposto anteriormente, não fica difícil entender como a empresa falhou em seguir tal critério. Mas, de primórdio, transcreve-se *in verbis* a tradução do critério:

A obrigação de investigar, sancionar e fornecer reparação adequada para violações de direitos humanos podem surgir não só de tratados de direitos dos quais um Estado é parte, mas também de acordos consuetudinários direito internacional e o próprio ordenamento jurídico interno dos Estados. Nesse contexto, a CIDH e sua REDESCA enfatizam a exigência de que os mecanismos, políticas ou quadros normativos implementados no campo das empresas e dos direitos humanos combatem a impunidade e visam evitar repetição de atos lesivos por meio de autoridades estatais e empresas responsabilização, incluindo o acesso efetivo à justiça, criminal, sanções administrativas, civis ou outras, conforme o caso, e reparação para as vítimas à luz das normas internacionais sobre o assunto. Por isso, a REDESCA destaca o papel fundamental da independência, imparcialidade e capacidade efetiva dos sistemas de justiça para lidar com essas situações. (REDESCA, 2019, p. 38, tradução nossa.)⁸

Não há como dizer que houve justiça no caso concreto, uma vez que o Governo do Brasil, mesmo percebendo que o rompimento da barragem foi um dos maiores desastres socioambientais no setor de mineração, não tomou medidas severas para punir a responsável. A empresa, por sua vez, também não tomou as medidas devidas antes da construção da barragem (preventiva) e depois do desastre, para auxiliar devidamente as vítimas (reparativa). Tamanha é a apatia do ente nacional pelas vítimas que recentemente, ainda com muitas vítimas do desastre desabrigadas e sofrendo do dano colateral dos erros da empresa, a Samarco foi autorizada a ampliar a atividade na região de Mariana, a qual ainda explora. (CARTA CAPITAL, 2022).

Os outros critérios apontados pela REDESCA no informe, como por exemplo a Transparência e Acesso à Informação (tradução nossa)⁹ e a Extraterritorialidade (tradução nossa)¹⁰, apesar de importantes e indiretamente relacionados com o caso fático a ser analisado, crê-se que não tenham tanto impacto quanto os apontados acima.

⁸ No original: La obligación de investigar, sancionar y reparar adecuadamente violaciones a los derechos humanos puede dimanar no sólo de los tratados internacionales del que un Estado sea parte en materia de derechos humanos, sino del derecho internacional consuetudinario y el propio ordenamiento jurídico interno de los Estados. En ese marco, la CIDH y su REDESCA subrayan el requerimiento de que los mecanismos, políticas o marcos normativos implementados en el ámbito de empresas y derechos humanos combatan la impunidad y estén dirigidos a evitar la repetición de hechos lesivos en el futuro a través de la rendición de cuentas de las autoridades estatales y las empresas, incluyendo el acceso efectivo a la justicia, la sanción penal, administrativa, civil o de otra índole, según sea el caso, y la reparación adecuada de las víctimas a la luz de los estándares internacionales en la materia. Para ello, la Relatoría Especial subraya el rol clave de la independencia, imparcialidad y efectiva capacidad de los sistemas de justicia para hacer frente a estas situaciones.

⁹ No original: Transparencia y acceso a la información.

¹⁰ No original: Extraterritorialidad.

4.3.2 Obrigações internacionais dos Estados no contexto de atividades empresariais à luz dos padrões interamericanos

O informe de 2019 da REDESCA institui obrigações internacionais dos Estados, no contexto de atividades empresariais as quais devem ser guiadas pelos padrões interamericanos. Neste contexto, o referido documento destaca as atividades empresariais ou econômicas e a obrigação dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos. Nessa esteira, destacam-se quatro deveres estatais no que tange à salvaguarda dos direitos humanos em relação às atividades empresariais (REDESCA, 2019).

4.3.2.1 Deveres estatais no que se refere à proteção dos Direitos Humanos

O primeiro dos deveres estatais trazidos à tona pelo informe de 2019 da REDESCA diz respeito à prevenção às violações dos direitos humanos. A ideia de se garantir os direitos humanos é derivada da premissa de prevenção às violações desses direitos. A esse respeito, a Corte Interamericana entende que a prevenção se dá a partir do uso de medidas legais, políticas, administrativas e culturais que visem a promoção da salvaguarda dos direitos humanos e a não violação destes. Deste modo, destaca-se o papel do Estado na perspectiva de impor sanções (àqueles que violam os direitos humanos) tanto no aspecto criminal – eventualmente - quanto na perspectiva de reparação aos afetados (REDESCA, 2019).

Destaca-se também o dever de fiscalizar o gozo efetivo dos direitos humanos no contexto das atividades empresariais. Dentro deste contexto, atribui-se ao Estado o dever imperativo de fiscalização de atividades praticadas direta ou indiretamente por entes ligados a ele. Cita-se aqui o entendimento jurisprudencial interamericano, o qual considera que o Estado não só é responsável pelos atos ou omissões de seus próprios agentes no que tange à prestação de serviços públicos, como também se responsabiliza por atos e omissões de entes privados que, em seu nome ou não, prestam serviços de natureza pública aos indivíduos (REDESCA, 2019).

Diante do ocorrido em Mariana, e depois em Brumadinho (analisado aqui subsidiariamente), é possível afirmar que, uma vez que o Estado foi omissivo quanto à prevenção de um novo ocorrido de mesma natureza do primeiro e quanto à fiscalização do gozo efetivo dos direitos humanos no que tange ao âmbito das atividades de empresas, este também deve ser considerado responsável pela tragédia, visto que não tomou as medidas cabíveis para, por exemplo, evitar um novo desastre. Fato este que elucida o não cumprimento dos deveres citados pelo referido agente.

É possível citar também o dever de regular e adotar disposições de direito interno na estrutura de atividades empresariais e direitos humanos. Esta perspectiva versa sobre a adequação das normas de direito interno dos Estados àquilo que preconiza a Convenção Americana. Para que isso se concretize, normas e práticas internas que de algum modo ratifiquem violações aos direitos humanos devem ser suprimidas. Para tanto, é necessário que além do marco legal, haja um aparato institucional que permita que os regulamentos existentes possam ser efetivados a fim de que o referido dever seja cumprido (REDESCA, 2019).

Por fim, é possível citar o dever de investigar, punir e garantir o acesso aos mecanismos de reparação efetiva no campo das empresas e direitos humanos. Entendido pela CIDH e pela REDESCA como um dos três pilares fundamentais dos princípios orientadores das Nações Unidas, o acesso à justiça protagoniza-se como um dos principais elementos de salvaguarda dos direitos humanos. Desta senda, cabe ao Estado o papel de oportunizar à coletividade o acesso, de forma efetiva, aos mecanismos jurisdicionais que visem coibir práticas relativas às violações dos direitos humanos (REDESCA, 2019).

Infere-se, em relação caso em análise, que os supramencionados deveres não foram observados adequadamente pelo Estado. No que diz respeito às disposições de direito interno, é possível constatar que, apesar de a legislação brasileira ser considerada de vanguarda em muitos aspectos, especialmente o ambiental, o poderio econômico de grandes empresas e a relação estatal com elas, por vezes, evidencia certa passividade do Estado em ir de encontro aos interesses dessas grandes corporações. A respeito disso, Ribeiro e Latini (2019, p. 8), destacam:

Atualmente, o Estado brasileiro arrecada por meio do ANM (Agência Nacional de Mineração) Royalties dos minerais extraídos em seu solo. Afinal, são considerados patrimônios Naturais do Brasil e, por meio de licitações, o Estado permite que empresas façam o serviço de extração dos mesmos, contudo uma parcela do produto extraído é revertida para o Estado.

Ao se analisar, por exemplo, o lucro líquido da Mineradora Vale S.A relativo ao ano de 2021, observa-se que este correspondeu à R\$ 121,2 bilhões, tendo um aumento de 353% em relação ao ano anterior (CNN Brasil, 2022). A esse respeito, deduz-se que a manutenção de modelos que gerem riscos de violação aos direitos humanos e uma reparação ineficaz das vítimas de tragédias nas quais empresas como a Vale são responsáveis, são fatores que só tendem a reforçar à impunidade dos atos destes agentes, corroborando para o contínuo crescimento da rentabilidade destes às custas, em parte, de ofensas aos direitos humanos.

Relacionando o aspecto econômico ao último dos deveres preconizados pelo informe da REDESCA de 2019, depreende-se, especialmente no que tange à punibilidade, que uma efetiva punição das empresas por parte do Estado no que tange às violações dos direitos humanos é essencial. Caso isto não venha a acontecer da forma devida, o *status quo* que permite, e até certo ponto, estimula violações aos direitos humanos, tende a se manter.

Nota-se que no Sistema Interamericano e na jurisprudência da CIDH e da Corte IDH aquilo que versa sobre o alcance e o conteúdo da obrigação de investigar, punir e reparar encontra-se amplamente desenvolvido. Segundo estes direcionamentos, qualquer pessoa que teve algum dos seus direitos humanos violados tem por prerrogativa a obtenção do devido esclarecimento dos fatos referentes à infração e o consequente estabelecimento de responsabilidades, o qual será obtido por meio de investigações e sentenças (REDESCA, 2019).

4.3.3 Grupos mais vulneráveis: correlação ao caso concreto

O informe da REDESCA faz especial menção a alguns grupos mais vulneráveis no que se refere às violações dos direitos humanos. A respeito destes, destaca-se aqui àqueles mais pertinentes à análise do caso em voga, a saber: as mulheres, os indígenas, as populações do campo e as pessoas idosas. (REDESCA, 2019).

A respeito das mulheres, o informe atribui ao Estado um papel fundamental em relação à proteção dos direitos humanos delas dentro do contexto das atividades empresariais, isto porque, estas, historicamente, têm sido vítimas de discriminação e violência de gênero e da não equidade de tratamento em relação aos homens. Sendo assim, cabe ao Estado a necessidade de incorporação obrigatória de uma perspectiva de gênero para que, neste cenário, as mulheres possam ter suas particularidades respeitadas dentro das relações de negócio (REDESCA, 2019).

Quanto aos povos indígenas às populações do campo, o informe preconiza que, em relação aos primeiros, deve-se haver estruturas políticas que garantam a eles o acesso à participação da vida pública. Uma vez que estes têm particularidades singulares no aspecto social e cultural, estas devem ser salvaguardadas, especialmente aquelas que envolvem a relação destes povos com o seu território (REDESCA, 2019).

Com relação às populações camponesas, o documento menciona a **Declaração sobre os Direitos dos Camponeses e outras Pessoas que Trabalham no Meio Rural** a qual foi aprovada pela ONU e que deve ser levada em conta em relação às atividades empresariais. A respeito do referido documento, é possível destacar que este evidencia a particular relação que

estas comunidades têm com os recursos naturais que servem de subsistência para elas. Ademais, destaca-se a importância da participação e de uma comunicação pautada na boa-fé sobre atividades que venham impactar a realidade delas, de sorte que, estas possam ter acesso à estudos sobre os impactos ambientais ao meio ambiente, e ao usufruto das benesses dessas atividades (REDESCA, 2019).

Por fim, destaca-se o papel essencial que o Estado tem na garantia do gozo dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais de pessoas idosas. A esse respeito, tendo-se em vista os inúmeros abusos sofridos por essas pessoas, e as muitas vulnerabilidades associadas a elas, é dever do Estado garantir que este grupo possa ser protegido e direcionando a um caminho de não discriminação e efetivação dos direitos basilares (REDESCA, 2019).

Em relação ao caso em análise, observa-se, como já citado anteriormente, que inúmeras pessoas dos grupos supracitados foram altamente impactadas pelo Rompimento da barragem de Fundão e até os dias atuais elas têm pleiteado pela devida reparação dos seus danos, a qual está longe de se tornar uma realidade.

4.3.4 Recomendações

Quanto aos Estados e às empresas, o informe preconiza, em relação ao primeiro, recomendações como rever e adequar a legislação interna em relação ao contexto da atuação empresarial frente à salvaguarda dos Direitos humanos. Para isso, é necessário que se façam estudos para a constatação de normas com maior relevância neste aspecto, além de possíveis lacunas na regulação, servindo isso de ponto de partida para uma reformulação regulatória, a partir do relatório em análise. Além disso, destaca-se a recomendação relativa à adoção de uma legislação impositiva quanto às disposições vinculativas a respeito do dever de devida diligência no que tange aos direitos humanos, levando-se em conta o tamanho da empresa, o risco do setor, a vulnerabilidade das populações em estado de afetação ou de risco, etc. (REDESCA, 2019).

Quanto às empresas, pode-se destacar o papel que estas têm em desempenhar políticas e procedimentos adequados de devida diligência no que tange às questões envolvendo os direitos humanos. Esta preocupação deve se estender às mais diversas áreas de operação destas. Como pressupostos, enfatiza-se a transparência a boa-fé, e o acesso às informações. Dentro este panorama, muitas outras recomendações são feitas aos Estados, às Empresas e até mesmo a outros atores dentro da OEA. Dito isto, depreende-se que o cerne delas é enfatizar o protagonismo destes agentes frente à construção de um cenário no qual os direitos humanos possam ser devidamente protegidos. (REDESCA, 2019).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo propôs-se a debater os parâmetros de responsabilização preconizados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que tange, especificamente, à tragédia da Barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. Nesta seara, para além de uma relevância restrita, é nítido que a referida análise também pode servir como embasamento para outras abordagens, tanto para aquelas referentes à atuação de grandes mineradoras, quanto para uma visão mais generalizada das atividades empresarial e estatal frente ao contexto de violações aos direitos humanos.

Dito isto, é possível afirmar que a análise de um caso específico a partir de revisão bibliográfica mostrou-se muito eficaz, especialmente por conta vasto e riquíssimo arsenal de referenciais técnicos, os quais só ratificam a pertinência que a temática em voga tem dentro do cenário atual.

Diante disso, quanto à problemática em análise, verifica-se, apesar de existirem, com relação à efetiva proteção dos direitos humanos, muitos entraves nacionais - os quais perpassam por questões políticas e econômicas, por exemplo - que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos não tem estado alheio a essas questões, uma vez que vem consolidando um entendimento cada vez mais incisivo e aprofundado no que tange a elas.

Nesta esteira, observa-se, no entanto, que muito daquilo que é abordado pelo SIDH em caráter de recomendação encontra certas limitações quanto à aplicabilidade, especialmente quando há, em dos lados, um ente com altíssimo poderio financeiro.

Desta sorte, atribuindo-se um papel protagonista à figura do Estado, a perspectiva de condenação deste ente por parte da Corte IDH surge como um fato altamente provável, caso não haja uma mudança sistemática e generalizada na forma em como os direitos humanos são protegidos dentro do âmbito nacional, especialmente no que se refere a desastres como os de Mariana.

Por fim, reitera-se a importância de trabalhos que versem sobre essa temática para que haja, não somente uma maior conscientização coletiva sobre o tema, mas, sobretudo, a apropriada reparação das inúmeras vítimas desta de tragédia, a adequada punição dos responsáveis por ela e o desenvolvimento de efetivos planos de prevenção para que casos como este não voltem a se repetir.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Letícia Soares Peixoto; ANDRADE, Pedro Gustavo Gomes. O rompimento da barragem em Mariana: Impactos na comunidade indígena Krenak à luz da jurisprudência interamericana. **Revista Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 32, n. 2, p. 283 – 296, 2012. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/a4895c626e82448fc67ce561948aabc1.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2022.

AUGUSTO, Leonardo. Seis anos depois, reparação por tragédia em Mariana tem 85 mil ações na Justiça. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 5 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/11/seis-anos-depois-reparacao-por-tragedia-em-mariana-tem-85-mil-acoes-na-justica.shtml>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

BARRETO, Maria Laura(org.). **Mineração e Desenvolvimento Sustentável: desafios para o Brasil**. Rio de Janeiro: CETEM, 2001.

CÁRITAS. Barragem de Fundão: impactos persistem depois de seis anos do rompimento. **UFOP.br**, 2021, Disponível em: <https://ufop.br/noticias/em-discussao/barragem-de-fundao-impactos-persistem-depois-de-seis-anos-do-rompimento> . Acesso em 12 de 2022.

CARTA CAPITAL. Samarco é autorizada a ampliar atividade na região de Mariana. **Carta Capital**. São Paulo, 16 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sustentabilidade/samarco-e-autorizada-a-ampliar-atividade-na-regiao-de-mariana/>. Acesso em 26 de maio de 2022.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 10 de maio de 2022.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. **Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA)**, 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2022.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Observaciones Preliminares de la Visita in loco de la CIDH a Brasil**, 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPesp.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos Direitos Humanos no Brasil**, 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2022.

CORTE IDH. ¿Qué es la Corte IDH?, **Corte IDH**, 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm. Acesso em: 10 de maio de 2022.

CTJ/UFGM; CdH/UFGM; GEDI/DH. Resposta conjunta ao questionário de consulta para elaboração do relatório “empresas e direitos humanos: parâmetros interamericanos”, 2018. Disponível em <https://cjt.ufmg.br/wp-content/uploads/2018/06/CJT3b-CdH3b-GEDI-DH.-Question%C3%A1rio-%E2%80%9CEmpresas-e-Direitos-Humanos%E2%80%9D.compressed-1.pdf>. Acesso em 11 de abril de 2022.

G1. Rompimento da barragem de fundão é levado à comissão da OEA. **Globo Minas Gerais**, 8 de jun. de 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/06/rompimento-da-barragem-de-fundao-e-levado-comissao-da-oea.html>. Acesso em: 29 de maio de 2022.

GUIMARAES, Fernanda. Lucro da Vale atinge R\$ 121,2 bilhões em 2021, alta de 353% ante 2020. **CNN Brasil**, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/lucro-da-vale-atinge-r-1212-bilhoes-em-2021-alta-de-353-ante-2020/>. Acesso em: 08 de maio de 2022.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: http://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india/view. Acesso em: 12/06/2022

MAZZOLA, Bruno Giovanni. **Da gestão dos stakeholders à licença social para operar: o caso do desastre de Mariana**. 2018. Tese (Doutorado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-13072018-152431/pt-br.php>. Acesso em: 27 de maio de 2022.

MORAES, Patrícia Almeida de; BRITTO, Marcella Oldenburg Almeida. O envolvimento de empresas em violações de direitos humanos e os impactos das decisões da Corte Interamericana. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 855 – 870, 2021.

MOTA, Camilla. Tragédia de Mariana: Vítimas da lama sofrem com doenças de pele e respiratórias por contaminação por metais pesados e temem nunca ser indenizadas pela Samarco. **BBC News Brasil**. São Paulo, 10 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47120719#:~:text=Foi%20o%20imunologista%20que%2C%20em,tomou%20conta%20de%20Barra%20Longa..> Acesso em: 15 de maio de 2022.

OAS. A Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) da CIDH faz um chamado à sociedade civil, à academia e outros atores interessados para que enviem informação sobre a situação dos DESCAs na região. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/269.asp>. Acesso em: 09 de abril de 2022.

OAS. **Audiencias Públicas, Reuniones de Trabajo, Actividades Promocionales y Reuniones Bilaterales**, 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/041a.asp>. Acesso em 09 de abril de 2022.

OAS. **Cuestionario de consulta para la elaboración del informe: Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos**, 2018. Disponível em:

<http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/2018/CuestionarioEmpresasDDHH-ES.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2022.

OAS. **Thematic Rapporteurships and Units**, 2022. Disponível em: <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/rapportheurships.asp>. Acesso em: 09 de abril de 2022.

OEA. A CIDH Publica Seu Relatório Sobre A Situação Dos Direitos Humanos No Brasil E Destaca Os Impactos Dos Processos Históricos De Discriminação E Desigualdade Estrutural No País. Site Organização dos Estados Americanos, 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2021/050.asp>. Acesso em 29 de maio de 2022.

OEA RECEBE DENÚNCIA CONTRA SAMARCO/VALE-BHP. *Século Diário*, 2018. Disponível em: <https://www.seculodiario.com.br/meio-ambiente/oea-recebe-denuncia-contrasamarco-vale-bhp>. Acesso em: 29 de maio de 2022.

OEA. Relatoria Especial Desca Da Cidh Expressa Profunda Preocupação Pela Tragédia Humana, Ambiental E Trabalhista Em Brumadinho (Minas Gerais) Brasil E Pedre Reparação Integral Das Vítimas. **Organização dos Estados Americanos**, 2019. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/019.asp>. Acesso em 29 de maio de 2022.

OLIVEIRA, André. Comissão Interamericana denuncia Brasil à OEA por tragédia em Mariana. **El País**. São Paulo, 07 de junho de 2006. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/07/politica/1465319140_029773.html. Acesso em: 26 de maio de 2022.

PINHEIRO, Francine Damasceno *et al.* **O Direito à Reparação Integral dos atingidos por barragens de rejeitos e o avanço das políticas para evitar novos desastres: reflexões a partir do caso da Samarco em Mariana/MG**. Grupo de Pesquisa da Assessoria Técnica e Educacional aos atingidos por barragens, 2019. Disponível em: https://diamantina.cedeplar.ufmg.br/portal/download/diamantina-2019/D18_451.pdf. Acesso em: 29 de maio de 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTOS DE REINVINDICAÇÃO SOBRE A REPACTUAÇÃO DOS ACORDOS DA BACIA DO RIO DOCE. **A Sirene**, 2022. Disponível em: <https://jornalasurene.com.br/justica/2022/04/06/pontos-de-reivindicacao-sobre-a-repactuaodos-acordos-da-bacia-do-rio-doce>. Acesso em: 12 de abril de 2022.

RAMOS, André de Carvalho. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, 2022. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/533/edicao-1/corte-interamericana-de-direitos-humanos#:~:text=A%20Corte%20Interamericana%20de%20Direitos%20Humanos%20\(Corte%20IDH\)%20%C3%A9%20competente,um%20Estado%20ratifique%20a%20CADH](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/533/edicao-1/corte-interamericana-de-direitos-humanos#:~:text=A%20Corte%20Interamericana%20de%20Direitos%20Humanos%20(Corte%20IDH)%20%C3%A9%20competente,um%20Estado%20ratifique%20a%20CADH). Acesso em: 29 de maio de 2022.

RIBEIRO, Beatriz Camargo; LATINI, Isadora Fernanda. A Atuação do Estado Brasileiro Diante das Tragédias da Empresa Vale: Possível Condenação na Corte Interamericana de

Direitos Humanos In: **ANAIS DO SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO**, 9., 2019, Jacarezinho, PR. **Artigos...**Jacarezinho, PR: UENP, 2019, p. 05 – 24. Disponível em: <https://siacrid.com.br/repositorio/2019/responsabilidade-do-estado.pdf#page=5>. Acesso em 29 de maio de 2022.

VELOSO, Pedro Augusto Franco. Efetivando o Sistema Interamericano: os procedimentos para acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o trâmite até a Corte. *In*: OLIVEIRA, Márcio Luís (Coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**: interface com o Direito Constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS DO FUTEBOL NO BRASIL

REMARKS ON LEGAL REGIME OF SOCCER CORPORATIONS IN BRAZIL

Leonardo Costa Norat¹
Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff²
João Paulo Mendes Neto³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo geral identificar como o regime jurídico da Sociedade Anônima do Futebol (SAF) se forma sob a perspectiva das regras estruturais do Direito Societário, especificamente sobre o ordenamento societário, o empresarial e o patrimônio especial. Para tanto, será analisada a natureza jurídica da SAF e seu enquadramento nas regras societárias, para, em seguida, explorar os dispositivos da Lei 14.193/21 sob os ordenamentos estruturais especial, a fim de indicar suas confluências e especificidades diante da Lei 6.404/76, Lei de Sociedades por Ações (LSA), bem como apresentar interpretações sobre as previsões estudadas. Adotou-se o método dedutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A hipótese é de que a Lei 14.193/21, embora seja norma especial, possui consonância com as disciplinas estruturais do Direito Societário, o que possibilita a análise e adequação de institutos jurídicos, conforme o âmbito de aplicação da lei, de acordo com os ordenamentos societário, empresarial e do patrimônio especial. Isso se deve ao fato de que a SAF, enquanto um subtipo societário de Sociedade Anônima, é regulada pela Lei 6.404/76. Disso decorre que deve observar, mormente nas disciplinas do fim social, do conflito de interesses, dos deveres e direitos dos acionistas, e atribuições dos administradores, e responsabilidades, a LSA.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa Financiando Direitos (CNPq-UFPA). Membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB/PA. Belém/PA, Brasil. E-mail: leonardonorat.adv@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9454-2892>. ID Currículo Lattes: 6090823978887757.

² Doutora e Mestre pela Universidade de São Paulo. Professora no curso de graduação em Direito e Professora na Pós-Graduação da Universidade Federal do Pará (UFPA). Membro da Rede de Pesquisa Junction Amazonian Biodiversity Units Research Network Program (JAMBU-RNP). Coordenadora do Grupo de Pesquisas Financiando Direitos; @financiandodireitosgp. Belém/PA, Brasil. E-mail: lumascff@yahoo.com.br. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7146-0600>. ID Currículo Lattes: 5719163147143385.

³ Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), com área de concentração em Direito Tributário Constitucional. Graduado pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Especialista em Direito Tributário e em Direito Processual Tributário. Advogado. Sócio do Escritório Mendes Advocacia e Consultoria S/S, desde 2017. Coordenador de Pós-Graduação lato sensu em Direito – CESUPA. Presidente e Fundador da Associação dos Advogados Tributaristas do Estado do Pará – AATP (2018-2019). Presidente da Comissão Especial em Direito Empresarial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2019). Ex - Conselheiro Titular no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF em Brasília-DF (2019-2020). Belém/PA, Brasil. E-mail: jpauloneto@cesupa.br. ID Currículo Lattes: 6388281659257480.

Palavras-chave: Sociedade Anônima do Futebol; Sociedade Anônima; ordenamento societário; ordenamento empresarial; ordenamento do patrimônio especial.

ABSTRACT

The present work has the purpose to identify how the legal regime of soccer corporations (sociedades anônimas do futebol - SAF) is molded under the perspective of structural rules of Corporate Regulation (corporate, business and special patrimony systems). For that purpose, will be analyzed the legal nature of SAF and its casting into the corporate law, willing to explore the dispositions of Law 14.193/21, under the structural corporate regulation, intending to indicate the confluence and specific dispositions in comparison to Law 6.404/76, Corporate Law, and to presentate interpretations about the dispositions analyzed. Was adopted the deductive method, sustained at bibliography and documental technics. The hypotesis is that the Law 14.193/21, although being special norm, has confluence with the structural dispositions of Corporate Regulation, what enables adequacy of legal institutes, according to the scope of application of the law, in accordance with the corporate, business and special patrimony regulations. This is due to the fact that the SAF, as a corporate subtype of Corporation, is regulated by Law 6.404/76. It follows that it must observe, especially in the disciplines of the corporate purpose, the conflict of interests, the duties and rights of the shareholders, and attributions of the managers, and responsibilities, the LSA

Keywords: Soccer Companies; Corporations; corporate regulation; business; special patrimony regulation.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 14.193/21 estabeleceu o regime jurídico das sociedades anônimas de futebol (SAF) e dispôs uma série de regramentos específicos que abarcam tanto as entidades originárias das SAFs – aí compreendidos os clubes, associações civis (art. 1º, §1º, I), e as pessoas jurídicas originais, sociedades empresariais dedicadas ao fomento e à prática do futebol (art. 1º, §1º, II), quanto às companhias que venham a ser criadas.

A intenção do legislador foi criar um sistema apto a adaptar o Direito à complexidade das relações envolvidas no campo social futebolístico, de maneira a formar e impulsionar o mercado do futebol.

Diante desse quadro, o presente artigo tem como objetivo geral identificar como o regime jurídico da Sociedade Anônima do Futebol (SAF) se forma sob a perspectiva das regras estruturais do Direito Societário, notadamente no que se refere aos ordenamentos societário, empresarial e do patrimônio especial

Para tanto, será analisada a natureza jurídica da SAF e seu enquadramento nas regras societárias, para, em seguida, explorar os dispositivos da Lei 14.193/21 sob os âmbitos societário, empresarial e do patrimônio especial, a fim de indicar suas confluências e especificidades diante da Lei 6.404/76, Lei de Sociedades por Ações (LSA), bem como

apresentar interpretações consentâneas com o regime societário. Adotou-se o método dedutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

A hipótese é de que a Lei 14.193/21 possui consonância com as disciplinas estruturais do Direito Societário, o que possibilita a análise e adequação de institutos jurídicos, conforme o âmbito de aplicação. Isso se deve ao fato de que a SAF, enquanto um subtipo societário de Sociedade Anônima, mesmo que regulada por lei própria, é, em geral, disciplinada pela Lei 6.404/76. Disso decorre que deve observar, mormente nas disciplinas do fim social, do conflito de interesses, dos deveres e dos direitos dos acionistas, e atribuições dos administradores, e responsabilidades, a LSA.

2 A SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL (SAF)

A SAF é a “companhia cuja atividade principal consista na prática da atividade profissional”; trata-se de um “subtipo societário” das Sociedades Anônimas, submetido à disciplina da Lei 14.193/21, com aplicação subsidiária da Lei 6.404/76 (LSA), de natureza “sempre mercantil” – nas expressões-chave de Rodrigo Monteiro de Castro (2021, p. 65, 68)⁴.

Afirma-se serem expressões-chave, porque muito evidenciam sobre a regulação deste instituto e o que, em essência, compõe essa categoria de negócio jurídico⁵.

O fato de ser um *subtipo societário* de SA, enquadra a SAF na moldura do contrato de sociedade, entendível como o negócio jurídico plurilateral, de caráter associativo e de função instrumental. É, uma espécie de contrato, pelo qual os sujeitos declarantes da vontade se obrigam a *conferir* uma parcela de seu patrimônio, para que a organização criada desenvolva determinada atividade em prol do escopo estabelecido pelos contratantes⁶.

⁴ CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. Comentários ao artigo 1º. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. (Coord.). *Comentários à Lei da Sociedade Anônima do Futebol. Lei nº 14.193/2021*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 65, 68.

⁵ “Categoria”, enquanto tipo – no caso, subtipo – de negócio jurídico, composto por seus elementos essenciais e naturais – respectivamente, *categoriais inderrogáveis e derogáveis* –, que identificam juridicamente os elementos que compõem a hipótese de incidência que se aplicará ao suporte fático (AZEVEDO, 2002, p. 145) AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 145).

⁶ As obrigações assumidas no contrato de sociedade não se dão de maneira sinalagmática, mas de maneira, propriamente, *instrumental*; ou seja, a obrigação do sócio ou dos sócios de conferir patrimônio não tem causa no escambo ou permuta, mas na realização de uma causa societária que se dará após a conclusão do contrato, mediante o exercício da atividade econômica. O momento eficaz do negócio jurídico é ulterior – de fim *ulterior*. O aspecto contratual, com efeito, reside justamente na operacionalidade econômica que se traduz na circulação de riqueza promovida pela formação do negócio jurídico (do sócio à organização, da organização ao mercado). Sobre o tema: Vincenzo Roppo (1947, p. 66-67); Ferro-Luzzi (2001, p. 9); Ascarelli (2008, p. 394) e Catapani (2009).

Também do reconhecimento de se tratar *sociedade*, resulta que a SAF possui uma *função*⁷, i.e., uma causa típica que justifica sua criação no meio socioeconômico. É, pois, uma *função societária*, que se traduz pelo esquema-causal sobre o qual se estrutura o contrato de sociedade, entendido como *fim social* em sentido amplo, composto por escopo-meio e escopo-fim, i.e., a atividade econômica desenvolvida e a partilha dos resultados, que serve como “estrela polar” que guiará os efeitos do contrato plurilateral⁸.

Em seus termos essenciais, portanto, a SAF, enquanto sociedade, terá em sua estrutura negocial⁹ a assimilação da (i) contribuição pelos sócios destinada ao (ii) exercício de atividade organizada e (iii) a partilha dos resultados (lucros e perdas) (FRANÇA, 2013, p. 113).

Enquanto *subtipo* de sociedade anônima¹⁰, ser-lhe-ão características a responsabilidade limitada do sócio e a divisão do capital em ações (ASCARELLI, 2008, p. 459 e ss.). Sobre tais elementos, Scaff e Norat (2021, p. 486):

Aquele estabelece a separação de sujeitos e obrigações perante as dívidas, a dar individualidade à estrutura societária; este, por sua vez, é produto da regra da irrelevância da figura do sócio na companhia, de modo a garantir o livre câmbio das participações sociais, operando-se uma variabilidade de acionistas.

Por esses se projetam efeitos fundamentais às companhias: o *lock-in* (impossibilidade de que dívidas de sócios atinjam o patrimônio da sociedade e vice-versa) e a dinamização na alocação de riscos, transferindo-o ao mercado, resguardando em certa medida o poder dos investidores em gerir a atividade sem a assunção de riscos para além do investido, o que, no direito brasileiro, garante-se pela regular atribuição de personalidade jurídica¹¹.

A mudança de paradigma que propõe a legislação é, portanto, na raiz. De uma realidade que evidencia a esmagadora maioria dos clubes estruturados como associações civis

⁷ Sobre *função socioeconômica* dos negócios jurídicos, vide: Emilio Betti (1959, p. 153).

⁸ Sobre interesse societário: Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (2014, p. 65); Francesco Galganop (1984, p. 57 e ss.); Pier Giusto Jaeger (1972, p. 90, 212); Campobasso (2015, p. 3); França e Adamek (2008, p. 118) e Salomão Filho (2019, p. 19, 119 e ss.).

⁹ Acerca da relação entre função (causa) e estrutura, e a relevância da causa sobre o objeto do negócio jurídico, à luz da vontade declarada socialmente: Emilio Betti (1959, p. 132 e ss.) e Antonio Junqueira de Azevedo (1986, p. 152 e ss.).

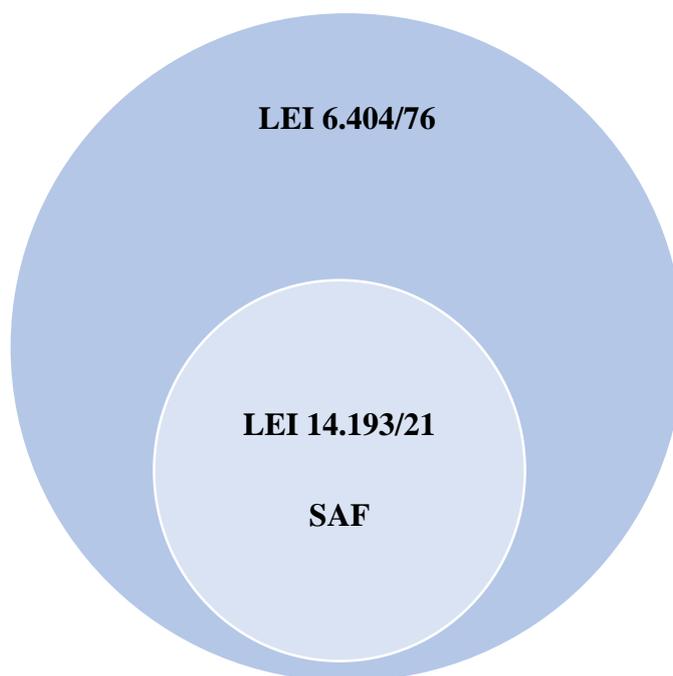
¹⁰ Rodrigo Monteiro de Castro (2021, p. 65) menciona que uma das críticas ao Projeto de Lei é que se estaria criando um novo tipo societário. Em verdade, como destacou, a Lei 14.193/2021 se ateu aos tipos já previstos no ordenamento jurídico, seguindo a vertente da tipicidade fechada que orienta o regime societário nacional, conforme o art. 983, do Código Civil Brasileiro. Atendo-se ao princípio da tipicidade societária, a Lei da SAF seguiu a perspectiva de que “[...] caso agentes econômicos pretendam atuar cooperativamente para a consecução de um objetivo comum e intentem, para tanto, constituir sociedade, devem necessariamente valer-se de um dos tipos previstos na ordem jurídica” (PELA, 2012, p. 162-165); é o que podem fazer os Clubes desde a Lei Pelé, hoje reforçados com a Lei 14.193/21 – em especial no que concerne às Companhias.

¹¹ Vide sobre (i) *lock-in* (ARMOUR; KRAAKMAN; PARGENDLER, 2017, p. 3, 5-6); (PARGENDLER, 2018, p. 9); (ii) a proteção decorrente da separação patrimonial admitida no Brasil (FRANCO, 1982, p. 66 e ss.); (FRANÇA, 2013, p. 150 e ss.) e (iii) a transferência de riscos ao mercado (GALGANO, 1984, p. 3).

(sem fins lucrativos) (FERRAZ; SERRA, 2021), busca-se desenvolver um mercado que propicie a captação de recursos para investimentos de grande envergadura, com os ferramentais típicos das Sociedades Anônimas; afinal, é um setor que alguns clubes já conseguem angariar milhões¹², ao mesmo tempo em que outros precisam recorrer à Justiça para não ser consumidos pelos passivos fiscais em momentos de fragilidade econômica¹³.

Diante disso, cabe analisar o regime jurídico da SAF, em constante contato com o sistema geral da Lei 6.404/76, em arquétipo que pode ser assim ilustrado:

Figura 1



Fonte: Castro (2021, p. 66).

Dentro do esquema-causal societário e dos elementos característicos das sociedades anônimas, portanto, o caractere distintivo da SAF é, pois, o seu objeto societário, em sua perspectiva estática e dinâmica, isto é, respectivamente, naquilo que se gravará em seu estatuto como atividade a ser exercida (atividade futebolística), e nos atos coordenados conexos à tal atividade (GUERREIRO, 1984).

Ante esse quadro normativo, cumpre anotar que os dispositivos da Lei 14.193/21 disciplinam diferentes âmbitos estruturais societários: tratam-se das regras que abordam o ordenamento societário (fim social; organização da vontade societária e direitos e deveres dos

¹² Notícia neste sentido Fred Huber (2021).

¹³ Vide, por exemplo, a Medida Cautelar deferida em sede liminar na ADI 7015, proposta pela Associação Nacional de Clubes de Futebol, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que buscou interpretação conforme a Constituição para suspender a exigibilidade de débitos provenientes de parcelamentos feitos no âmbito do PROFUT, durante o período de calamidade pública no setor futebolístico.

acionistas); o ordenamento empresarial (regras de gestão, prestação de contas e fiscalização da administração e da estruturação de grupos empresariais) e o ordenamento do patrimônio especial (regras de constituição e afetação ao fim social, competência para disposição do acervo patrimonial e a disciplina da responsabilidade) (WIEDEMANN, 2009); (FRANÇA, 2013).

3 ORDENAMENTO SOCIETÁRIO

Sob a perspectiva do ordenamento societário o artigo 1º da Lei 14.193/21 estabelece o elemento distintivo do regramento, ao disciplinar que a SAF é a companhia “cuja atividade principal consiste na prática do futebol, feminino e masculino, em competição profissional”.

Embora o escopo finalístico continue sendo o lucrativo, a assunção de um objeto societário legalmente vinculado molda não apenas os limites da atividade dos mandatários da sociedade, mas o próprio quadro do fim social, que compreende, complementarmente, as atividades previstas nos incisos do parágrafo 2º do artigo 1º.

Enquanto norte a ser seguido, o interesse societário, sob a ótica mercantil, conformar-se-á pela confluência das relações obrigacionais do instrumento societário (contribuição-atividade-lucro-partilha), seja maximizando a capacidade de exercício da própria atividade (da produção), os seus lucros para reinvestimentos, a distribuição de dividendos aos acionistas ou a cotação dos valores mobiliários (GALGANO, 1984, p. 57-60); (GAMBINO, 2009).

A formação da vontade societária, que há de se fixar no esquema de interesse societário, conforma-se pela organização dos sócios votantes reunidos em colégio deliberativo (assembleia) e se dá segundo a regra da maioria, de modo que, alcançado o quórum necessário para as deliberações, acionistas dissidentes ou ausentes são englobados em ato jurídico de um só sujeito: a companhia (SANTORO-PASSARELLI, 2012, p. 212-212); (FRANÇA, 2017, p. 41); (JAEGER, 1972, p. 180-181); (ADAMEK, 2010a, p. 31).

No conclave, os sócios seguem atrelados ao fim social; ainda que *ab extra societatis* tenham interesses particulares divergentes do interesse societário. Daí porque emana, então, um *dever geral de lealdade* ao fim societário, impedindo-se que o sócio *conflita do interesse* da companhia, buscando benefício próprio ou prejuízo alheio, em detrimento do interesse da comunhão societária.

Isso se deve ao fato de que, uma vez assumida a posição jurídica de sócio (*status socii*), tornando-se membro da coletividade de sócios, seja esta assunção originária ou derivada (por subscrição na constituição da companhia ou por aquisição de participação societária), o sócio assume perante a companhia e perante os demais sócios – e, em certos

casos, perante terceiros afetados pela companhia –, *deveres fiduciários* e *direitos* pelos quais há de zelar e utilizar sem abuso (FRANÇA, 2014); (GUERREIRO, 1983); (FRANÇA; TANNOUS, 2021); (ABREU, 2013); (CORDEIRO, 2006); (WIEDEMANN, 2011); (LEÃES, 1989).

De um lado, no regime geral das SAs, há direitos essenciais, políticos e patrimoniais, previstos no art. 109, LSA, que não podem ser suprimidos por disciplina diversa sequer pela unanimidade dos sócios (LEÃES, 2004); (BARBOSA, 2017); TEIXEIRA; GUERREIRO, 1979), de deveres de contribuição com a formação do capital social e de persecução do interesse societário.

Sob este último aspecto, na Lei 6.404/76, em especial, os artigos 115 e 116, cumulado com 117, disciplinam as regras de observância do interesse societário, nos termos do fim social.

No primeiro caso, tratam-se propriamente de regras acerca do conflito de interesses dos acionistas em assembleia, disciplinando-se hipóteses de voto abusivo (emulativo), em que se desvia da finalidade do voto para fins de prejudicar a companhia ou outrem; impedimento de voto (ou conflito formal) (§1º) – ou seja, conflito presumido do sócio por certa situação jurídica –, conflito de interesses propriamente dito (conflito material ou substancial) (§1º, parte final), em que se coíbe o voto proferido em situações nas quais o sócio se beneficia em detrimento da companhia e de benefício particular (em que o sócio, em situação jurídica decorrente do *status socii*, obterá vantagem desproporcional comparada com os demais acionistas) (CARVALHOSA, 2014); (FRANÇA, 2014).

Já nas previsões dos artigos 116 e 117, além de um *dever geral* dos acionistas calcado na atuação em prol do interesse societário, há regras específicas para coibição de atos conflitantes e danosos do acionista controlador, não apenas perante os demais sócios, mas em face de *stakeholders*, que tenham contato com a atividade da companhia, por ser, tal sujeito, o detentor do poder de disposição dos bens da companhia e de orientação geral dos administradores, exercendo preponderância nas assembleias gerais e, por conseguinte, dominação burocrática sobre os órgãos hierarquicamente inferiores (COMPARATO, 1983); (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2013); (GUERREIRO, 1983); (FRANÇA, 2014).

Diante disso, a lei da SAF veio disciplinar nos artigos 2º (parágrafos 3º a 6º), 4º e 6º hipóteses que regulam tanto o exercício do direito de voto em participações societárias quanto limitando o exercício de direitos a determinado grupo de acionistas, de modo a evitar conflito de interesses (CASTRO, 2021).

Os parágrafos 3º a 6º¹⁴, do artigo 2º da Lei 14.193/21 dispõem sobre direitos especiais à entidade que se tornar sócia, titular de ações ordinárias “classe A”, as quais conferirão, por força de lei, voto decisivo nas matérias arroladas.

Tratam-se, tais ações, de verdadeiras *golden shares*, ações ordinárias – à dessemelhança do que ocorre na regra geral da LSA (art. 17 e 18) –, que conferem direitos políticos especiais ao sócio que as titule em razão de sua própria titularidade. Geralmente tais direitos se consubstanciam em deliberações por voto em separado ou poder de veto no que for decidido em assembleia pelos demais sócios (PELA, 2012).

Por tais dispositivos, as disciplinas do fim social e da organização ficam atreladas à vontade da própria entidade que antes desempenhava o papel futebolístico, de modo a conservar que o interesse do colégio de sócios seja conformado, nos casos predefinidos, pelo interesse da instituição originária.

O artigo 4º, prevê duas restrições. A do *caput*, destinada a impedir que o acionista controlador (ou componente de bloco de acordo de controle) de uma SAF *detenha* participação societária direta ou indireta de outra companhia da mesma natureza. É dizer: a adesão ao vínculo societário em mais de uma SAF é nula, sendo, pois, eventual contrato de compra e venda que envolva esta duplicidade nulo, por ter objeto ilícito, nos termos do art. 104, II, CCB (AZEVEDO, 2002); (ASCARELLI, 2008).

O parágrafo único, por outro lado, estabelece uma presunção de conflituosidade ao acionista que detiver 10% ou mais de participação no capital social, suprimindo tanto o direito de voto, quanto o de voz. Nem mesmo, portanto, no conclave deliberativo, poderá o acionista se manifestar.

¹⁴ Preveem: “§ 3º Enquanto as ações ordinárias da classe A corresponderem a pelo menos 10% (dez por cento) do capital social votante ou do capital social total, o voto afirmativo do seu titular no âmbito da assembleia geral será condição necessária para a Sociedade Anônima do Futebol deliberar sobre: I - alienação, oneração, cessão, conferência, doação ou disposição de qualquer bem imobiliário ou de direito de propriedade intelectual conferido pelo clube ou pessoa jurídica original para formação do capital social; II - qualquer ato de reorganização societária ou empresarial, como fusão, cisão, incorporação de ações, incorporação de outra sociedade ou trespasse; III - dissolução, liquidação e extinção; e IV - participação em competição desportiva sobre a qual dispõe o art. 20 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. § 4º Além de outras matérias previstas no estatuto da Sociedade Anônima do Futebol, depende da concordância do titular das ações ordinárias da classe A, independentemente do percentual da participação no capital votante ou social, a deliberação, em qualquer órgão societário, sobre as seguintes matérias: I - alteração da denominação; II - modificação dos signos identificativos da equipe de futebol profissional, incluídos símbolo, brasão, marca, alcunha, hino e cores; e III - mudança da sede para outro Município. § 5º O estatuto da Sociedade Anônima do Futebol constituída por clube ou pessoa jurídica original pode prever outros direitos para o titular das ações ordinárias da classe A. § 6º Depende de aprovação prévia do clube ou pessoa jurídica original, que é titular de ações ordinárias da classe A, qualquer alteração no estatuto da Sociedade Anônima do Futebol para modificar, restringir ou subtrair os direitos conferidos por essa classe de ações, ou para extinguir a ação ordinária da classe A”.

Impõe-se, ainda, ao acionista detentor de participação igual ou superior a 5%, no artigo 5º, o dever de informação à órgão regulatório público (“entidade nacional de administração do desporto”), qualificação da *pessoa natural* que exerça direta ou indiretamente seu controle, sob pena de suspensão de direitos políticos e patrimoniais.

No âmbito do ordenamento societário, tratam-se, pois, de regras específicas e derogatórias daquelas gerais da Lei 6.404/76, pelas quais se objetiva garantir a higidez na formação da vontade societária.

4 ORDENAMENTO EMPRESARIAL

O âmbito do ordenamento empresarial é, de um lado, intimamente ligado aos poderes executivos e, de outro, à ideia de governança corporativa (ou governação), enquanto fiscalização ou vigilância daqueles (ABREU, 2010). Tratam-se, pois, das duas funções abarcáveis pela ideia de administração: “atividades de gestão (execução e representação) [e] das atividades de supervisão e tomadas estratégias de decisão (orientação geral e apreciação de resultados da gestão)” (ADAMEK, 2010b, p. 18).

A preocupação da governança, dá-se, portanto, justamente no “balanço interno de poderes em uma companhia”, de modo a prescrever a estruturação administrativa (*board*), à luz, basicamente, dos sistemas monista (*one-tier*) e dualista (*two-tier*). No primeiro, os poderes de gestão e fiscalização ficam concentrados em um órgão apenas, geralmente eleito pela assembleia, enquanto que, no segundo, dividem-se as funções em órgãos distintos¹⁵.

No Brasil, o sistema acionário disciplinou regras distintas sobre a opção de um ou outro modelo. O art. 138, LSA, prevê a possibilidade de companhias fechadas optarem pela concentração de ambas as funções em um único órgão: a diretoria. No entanto, as companhias abertas são obrigadas a possuir conselho de administração para o exercício da supervisão e orientação geral (art. 138, §2º).

¹⁵ Sobre o tema, esclarece Klaus Hopt (2011, p. 20-21): “a) One-tier and two-tier boards and the option between them. (1) *The most prominent structural characteristic of the board is whether it is a one- or two-tier institution. The members of the one-tier board and of the supervisory board, which is charged with overseeing control of operations, are elected by the shareholders, while the members of the management board are usually elected by the supervisory board. The separation between management and control in countries with two-tier boards is legally prescribed and buttressed by mandatory incompatibility rules, but de facto the supervisory board has rarely limited itself to mere control; instead, it has also traditionally assumed an advisory function. In practice, the division between the tasks of the management board and the supervisory board varies according to business sector, size of the corporation, tradition and, in particular, the presence of strong leaders on one board or the other. Sometimes the chairman of the management board, alone or together with the chairman of the supervisory board, selects the members of the supervisory board without much ado, though formally they must be elected by the shareholders. Sometimes the chairman of the supervisory board is the leading figure on whose benevolence the chairman of the management board depends, and who picks the other supervisory members and proposes them to the shareholders.*

Na Lei 14.193/21, o art. 5º impõe o modelo dualista, com a existência tanto da diretoria quanto do conselho de administração. Trata-se de opção legislativa destinada a promover transparência (*disclosure*), observância (*compliance*) e prestação de contas (*accountability*) mais eficientes nos atos executivos de seus diretores (CASTRO, 2021); (DE LUCCA, 2009).

Também o conselho fiscal será de existência obrigatória e permanente. Trata-se de órgão destinado a supervisionar os administradores, competindo-lhe “acompanhar a atuação da empresa, a fim de verificar a regularidade dos procedimentos adotados e dos negócios realizados, opinando sobre o relatório anual dos administradores” (BORBA, 2019, p. 421).

Nos incisos do parágrafo 1º do art. 5º e em seus demais parágrafos¹⁶ são previstas regras qualitativas de vedação à composição ao quadro de administradores da SAF. Tratam-se de previsões destinadas sobretudo a impedir o conflito de interesses dos administradores, mormente por potencial quebra de dever fiduciário (SPINELLI, 2020), assim como – especialmente o §5º – de imposição do dever de cuidado e de diligência, pela dedicação exclusiva à SAF que administrar (CORDEIRO, 2006b; 2015).

No que concerne à disciplina grupal, à sua vez, o artigo 1º, §2º, VII, prevê a possibilidade de a SAF participar do capital social de outras organizações que desempenhem atividades conexas à futebolísticas. Em tais casos, busca-se, pois, a direção unificada no mercado, seja por relação de subordinação ou coordenação mediante o vínculo societário (FRANCO, 1982); (PEDREIRA, 2002).

¹⁶ Dispõem: § 1º Não poderá ser integrante do conselho de administração, conselho fiscal ou diretoria da Sociedade Anônima do Futebol: I - membro de qualquer órgão de administração, deliberação ou fiscalização, bem como de órgão executivo, de outra Sociedade Anônima do Futebol; II - membro de qualquer órgão de administração, deliberação ou fiscalização, bem como de órgão executivo, de clube ou pessoa jurídica original, salvo daquele que deu origem ou constituiu a Sociedade Anônima do Futebol; III - membro de órgão de administração, deliberação ou fiscalização, bem como de órgão executivo, de entidade de administração; IV - atleta profissional de futebol com contrato de trabalho desportivo vigente; V - treinador de futebol em atividade com contrato celebrado com clube, pessoa jurídica original ou Sociedade Anônima do Futebol; e VI - árbitro de futebol em atividade. § 2º O estatuto da Sociedade Anônima do Futebol poderá estabelecer outros requisitos necessários à eleição para o conselho de administração. § 3º Não poderá receber nenhuma remuneração o membro do conselho de administração que cumulativamente for associado e integrar qualquer órgão, eletivo ou não, de administração, deliberação ou fiscalização do clube ou pessoa jurídica original enquanto esse for acionista da respectiva Sociedade Anônima do Futebol. § 4º Não poderá ser eleito para o conselho fiscal ou para a diretoria o empregado ou membro de qualquer órgão, eletivo ou não, de administração, deliberação ou fiscalização do clube ou pessoa jurídica original enquanto esse for acionista da respectiva Sociedade Anônima do Futebol. § 5º Os diretores deverão ter dedicação exclusiva à administração da Sociedade Anônima do Futebol, observados, se houver, os critérios estabelecidos no estatuto.

5 ORDENAMENTO DO PATRIMÔNIO ESPECIAL

No campo da constituição do patrimônio especial se opera a reunião dos capitais necessários ao desenvolvimento da atividade econômica, pela conferição dos bens dos investidores que aportam seus recursos a uma finalidade específica, cuja titularidade se distingue, quando da personalidade jurídica (patrimônio afetado ou especial) (MIRANDA, 2012, p. 440-449); (MARCONDES, 1970, p. 84); (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 325); (FRANÇA, 2013, p. 130); (TANTINI, 1980); (DOMINGUES, 2010).

O artigo 2º, em seus incisos I a III, e o artigo 3º dispõem sobre os meios de constituição deste patrimônio especial, são a transformação do tipo organizacional anterior (v.g. de associação em SAF), a cisão do “departamento de futebol”¹⁷, a constituição originária, por novos fundadores, e o *drop down* (transferência do conjunto de ativos ao capital SAF, pelo recebimento, em troca de ações proporcionais) (CASTRO, 2021, p. 82-107).

A competência para administração e transferência de patrimônio pela SAF, sob a ótica do ordenamento em tela encontra grande conexão com as disciplinas societária e empresarial.

Sendo os atos de gestão e supervisão da companhia atrelados a atos de alienação de ativos, disposição de recursos para a condução da atividade empresarial e assunção de obrigações (arts. 142 e 154, LSA), os administradores devem observar os deveres de lealdade, buscando a consecução do fim social, fiduciários (de não se beneficiarem em posição conflituosa em detrimento da companhia); cuidado (observando os limites estatutários e legais – art. 153, LSA) e diligência (dedicando-se às suas atribuições – exclusivamente, como visto), além de informar de modo claro, completo e amplo, as suas atuações (art. 157, LSA), sob pena de responsabilização (ADAMEK, 2010b, p. 119-190); (SPINELLI, 2020, p. 21-45).

Em relação à perspectiva societária, a detenção de 10% ou mais das ações ordinárias de “classe A” pela entidade futebolística originária confere poderes especiais no que concerne à “alienação, oneração, cessão, conferência, doação ou disposição de qualquer bem imobiliário ou de direito de propriedade intelectual conferido pelo clube ou pessoa jurídica original para formação do capital social”, assim como “qualquer ato de reorganização societária ou empresarial, como fusão, cisão, incorporação de ações, incorporação de outra

¹⁷ A expressão não é, propriamente, de conteúdo jurídico. Há de ser entendida, à luz do art. 1º, §2º, VI, da mesma lei, como o conjunto de ativos e passivos *afetados* a uma atividade específica; para os efeitos da lei, no que concerne à constituição da SAF e à sucessão de responsabilidade (vide *infra*), departamento de futebol é o patrimônio destinado ao exercício da atividade futebolística. Remete-se às mesmas referências citadas no parágrafo anterior do corpo do texto.

sociedade ou trespasse” e “dissolução, liquidação e extinção” (art. 2º, §3º, I, II e III, Lei 14.193/21).

Limita-se, portanto, não apenas a discricionariedade mercadológica dos administradores, mas o próprio poder hierarquicamente superior da assembleia geral, à decisão da instituição que antes desempenhava a atividade futebolística. Trata-se, pois, de poder político especial de intervir na condução da geral da companhia.

Em relação à responsabilidade patrimonial, à sua vez, a Lei 14.193/21 previu, nas seções IV e V, casos e modos de sucessão de responsabilidade de métodos de quitação das obrigações.

Na seção IV, especialmente os artigos 9º e 10º estabelecem que a SAF não responde pelas obrigações da entidade originária por obrigações “anteriores ou posteriores à data de sua constituição, exceto quanto às atividades específicas do seu objeto social”, sucedendo naquelas que lhes forem transferidas, a serem quitadas conforme o art. 10¹⁸.

O artigo 10, a sua vez, prevê regras de referibilidade de recursos recebidos pela SAF e de dividendos distribuídos ao clube que se torne acionista, pela afetação de 50% dos dividendos recebidos à quitação de débitos, como dispõem seus incisos I e II, sobre os quais destaca Rodrigo Monteiro de Castro (2021, p. 145):

Ambos os incisos reforçam, portanto, a expectativa de satisfação dos créditos detidos por credores anteriores, mediante a transferência de recursos da SAF ao clube. Mas não se imputa à SAF a obrigação de assumir, arcar ou pagar diretamente a qualquer credor. Sua responsabilidade se encerra com a observância da transferência de receitas, quando aplicável, ou de dividendos (bem como juros sobre

¹⁸ Sobre tais previsões, esclarece Rodrigo Monteiro de Castro (2021, p. 142-143): “[...] se exclui, imediatamente, toda e qualquer obrigação que não seja relativa ao objeto social da SAF, como aquelas oriundas de relações associativas ou de qualquer outro esporte desenvolvido pelo clube, incluindo o futebol amador. Esse conjunto obrigacional permanecerá de responsabilidade exclusiva do clube, não se autorizando, conforme previsto na Lei 14.193/21, (i) a transferência voluntária para SAF da cisão ou do *drop down* ou (ii) imputação judicial decorrente de pedido do credor. No tocante às atividades específicas do objeto social da SAF, a determinação legislativa foi em outro sentido: a SAF responderá pelas obrigações que lhe forem (expressamente) transferidas (e que somente poderão estar associadas ao seu objeto), conforme disposto no parágrafo 2º do art. 2º da Lei 14.193/21. [...] pelo *caput* do art. 9º: a SAF poderá ser destinatária de obrigações anteriores, de titularidade do clube, desde que se relacionem ao seu objeto, caso em que, ao se incorporarem ao seu patrimônio, deverão ser satisfeitas pela própria SAF. Não se tratará, pois, de imputação, mas de assunção, decorrente da transferência patrimonial. A transferência, nos termos do art. 2º, parágrafo 2º, inciso IV, aplicável à cisão e ao *drop down*, independe de autorização ou consentimento de credores ou partes interessadas, salvo se as partes envolvidas (isto é, credor e devedor) tiverem disposto de modo distinto em contrato ou outro negócio jurídico. Operada a transferência, a SAF responderá com a totalidade de seu patrimônio pelas obrigações que se tornaram próprias. Só falta, por fim, enquadrar a responsabilidade da SAF pelas obrigações atreladas ao seu objeto, anteriores à sua criação e que permaneceram na esfera do clube, tais como as dívidas trabalhistas de jogadores de futebol. O *caput* do art. 9º oferece, mais uma vez, a resposta: a responsabilidade permanecerá na esfera do clube, que deverá destinar os recursos que lhe foram pagos pela SAF, nos termos do art. 10, para satisfação das dívidas. A SAF, por sua vez, responsabiliza-se pela destinação de recursos, na forma do art. 10, para que, com eles (e outros recursos que o clube for titular), o clube honre com seus compromissos”.

capital próprio ou outras receitas derivadas da condição de sócio), se houver lucro, na forma da lei.

A pretensão da lei foi estabelecer um meio de conferisse lisura ao fluxo de caixa das SAFs, atrelando-se justamente ao seu regime jurídico tributário diferenciado em âmbito federal, que estabelece regras simplificadas sobre o recolhimento de tributos nos primeiros cinco anos do de constituição da SAF (art. 31 e ss.).

Em relação ao *modo de quitação das obrigações*, a seção V, em seus artigos 13 a 25, garantiu a possibilidade de a entidade originária optar pelo “Regime Centralizado de Execuções” (RCE) ou por recuperação judicial ou extrajudicial – o que, inclusive, tem respaldo de legitimidade ativa na alteração feita no art. 971, do Código Civil Brasileiro, que equiparou as associações de fim futebolístico à empresários, garantindo a possibilidade de se enquadrar no regime de insolvência de *empresários* da Lei 11.101/05 (arts. 1º e 2º).

Tratam-se, ambos de regimes concursais de credores, isto é, a formação de um quadro de pessoas titulares de créditos perante o clube, a ser pago de acordo com uma ordem isonômica de pagamento (*par conditio creditorum*), conforme suas classes, diante de um mesmo patrimônio devedor, mediante plano de credores ou plano de recuperação (MENDONÇA, 1960, p. 370 e ss.); tratam-se de negócios jurídicos processuais (art. 198, Código de Processo Civil), decorrentes da conformação da vontade das partes declarantes, com ulterior homologação judicial¹⁹ (WAMBIER, 2007, p. 295).

A adoção do RCE é “apenas para os clubes ou pessoas jurídicas originárias que, em algum momento, se transformarem ou constituírem uma SAF” (MANSSUR; AMBIEL, 2021, p. 173), enquanto modo específico de quitação estabelecido no microssistema das companhias de futebol.

5 CONCLUSÃO

A SAF apresenta natureza jurídica de companhia, cujo objeto societário é a prática da atividade futebolística profissional, sob perspectiva tipicamente mercantil. Percebe-se se tratar de um subtipo societário das Sociedades Anônimas, encaixando-se na moldura do contrato de sociedade, entendível como o negócio jurídico plurilateral, de caráter associativo e de função instrumental, cujo ordenamento jurídico observa a Lei 14.193/21, com aplicação subsidiária da Lei 6404/76.

¹⁹ sobre a negociação do RCE: artigos 19 a 22, Lei 14.193/21; sobre recuperações judicial e extrajudicial: art. 53 e art. 161, ambos da Lei 11.101/05.

Embora seja regulada por norma especial, o regramento da SAF possui consonância com as disciplinas estruturais do Direito Societário, o que possibilita a análise e adequação de institutos jurídicos, conforme o âmbito de aplicação da lei, de acordo com os ordenamentos societário, empresarial e do patrimônio especial.

Sob a perspectiva do ordenamento societário, o fim social, bem delineado nos dispositivos iniciais, reflete na organização da vontade deliberativa societária e nos direitos e deveres dos acionistas, mormente nas previsões sobre os direitos políticos especiais das entidades titulares de ações ordinárias de “classe A” e nas supressões e suspensões de direitos de sócios, de modo a evitar conflitos de interesses.

No âmbito da disciplina empresarial, as regras especiais sobre impedimento qualitativo de assunção ao cargo de administrador, a imposição de um sistema dualista e as regras de transparência evidenciam como a Lei 14.193/21, buscou estabelecer um regime jurídico de governança corporativa bem estruturado, para evitar benefícios conflituosos de seus executivos.

Em relação ao ordenamento patrimonial foram previstas formais típicas de constituição das SAFs, assim como restrições à competência de disposição e transferência patrimonial – em especial, pelas ações ordinárias de “classe A” –, e opção programática pelas formas concursais de pagamento dos credores.

Observar o regime jurídico das SAFs de acordo com esse quadro societário, permite, portanto, explorar e responder problemas que possam advir da aplicação da lei, especialmente, sobre a limitação de direitos individuais de acionistas, a forma de sucessão de responsabilidade das SAFs e responsabilidade patrimonial de administradores e sócios controladores.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial**. v. 2. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Governança das Sociedades Comerciais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **O abuso de minoria em direito societário** (abuso das posições subjetivas minoritárias). São Paulo. 2010. 152 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02082011-142051/pt-br.php>>. Acesso em: 05 Mai. 2018.a

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A** e as ações correlatas. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.b

ARMOUR, John; HASSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; PARGENDLER, Mariana. *What Is Corporate Law?*, In: ARMOUR, John et al. *The Anatomy Of Corporate Law: A Comparative And Functional Approach*. 3. ed., New York: Oxford University Press, 2017.

ASCARELLI, Tullio. *Interesse Sociale e Interesse Comune nel Voto*. In: ASCARELLI, Tullio. *Studi in Tema di Società*. Milano: Giuffrè, 1952.

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Quorum. 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico e Declaração Negocial**. Tese de concurso ao cargo de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1986.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA, Marcelo. Capítulo II: Direitos dos Acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo;

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das Companhias**. 2. ed. atual. e ref., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Juridico*. 2. ed. Traduzido para o espanhol por A. Martin Perez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.015**. “Ante o exposto, defiro a medida cautelar requerida, ad referendum do Plenário (art. 21, V, do RISTF; art. 10, § 3º, Lei 9.868/1999), com efeito ex tunc (art. 11, § 1º, da Lei 9.868/99), para conferir interpretação conforme à Constituição ao Art. 1º da Lei 14.117, de 08 de janeiro de 2021, a fim de excluir interpretação que limite ou faça coincidir o termo final da suspensão da exigibilidade das parcelas autorizadas pelo art. 6º da Lei nº 13.155, de 4 de agosto de 2015, à vigência do Decreto Legislativo 6, de 2020. Nada obstante, não me furto a esclarecer, desde já, que a vedação à exclusão do parcelamento instituído pelo PROFUT somente alcançará inadimplementos verificados entre a previsão normativa da suspensão de exigibilidade e o julgamento definitivo desta ação ou revogação da medida concedida. Em outras palavras, a medida alcança exclusões por inadimplementos posteriores ao termo inicial previsto no dispositivo impugnado, até o julgamento definitivo da medida ora concedida pelo Plenário desta Corte. Eventuais exclusões, ainda que levadas a termo no curso da pandemia, porém que se reportem a inadimplementos anteriores à data de reconhecimento do estado de calamidade decorrente da pandemia (DLG 6/2020), ou exclusões que sejam estranhas aos inadimplementos financeiros aqui referidos não encontram amparo nesta medida cautelar ora deferida. Em acréscimo, cumpre-me ressaltar que a manutenção da suspensão de exigibilidade das parcelas não se presta, de forma alguma, a inibir a atuação do Congresso Nacional no

equacionamento mais amplo das consequências econômicas da pandemia aos contribuintes destinatários da norma sob escrutínio. Comunique-se, com urgência. Na sequência, solicitem-se informações à Presidência da República e ao Congresso Nacional. Após, ouça-se a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República. Por fim, inclua-se em pauta para o julgamento colegiado do referendo da medida cautelar. Publique-se”. Brasília, 03 de dezembro de 2021. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=ADI%207015&base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 10 out. 2021.

CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Commerciale: Diritto delle società*. v. 2. Utet Giuridica: Milão, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. v. 1. Buenos Aires: EJEA, 1973.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. v. 2. arts. 75 a 137. 6. ed. *E-book*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. Comentários aos artigos 1º, 2º, 5º, 6º, 9º, 10º e 12. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. (Coord.). **Comentários à Lei da Sociedade Anônima do Futebol. Lei nº 14.193/2021**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

CATAPANI, Márcio Ferro. Os contratos associativos. In: FRANÇA, Erasmo Valladão e Novaes (Coord.). **Direito Societário Contemporâneo – I** (obra coletiva). São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na Sociedade Anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto **O poder de controle na Sociedade Anônima**. *E-book*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CORDEIRO, António Menezes. A lealdade no direito das sociedades. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa a. 66. v. III., dez. 2006. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/>. Acesso em 20 jun. 2021.a

CORDEIRO, António Menezes. Deveres fiduciários de cuidado: imprecisão linguística, histórica e conceitual. **Revista de Direito das Sociedades**, Lisboa, a. 7., n. 3/4, p. 617-640, 2015. Disponível em: <http://www.revistadedireitodassociedades.pt/artigos/-deveres-fiduciarios-de-cuidado-impresicao-linguistica-historica-e-conceitual>. Acesso em 28 ago. 2021.

CORDEIRO, António Menezes. Os deveres fundamentais dos administradores das

sociedades. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa a. 66. v. II., set. 2006. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-os-deveres-fundamentais-dos-administradores-das-sociedades/>. Acesso em 20 jun. 2021.b

DOMINGUES, Paulo de Tarso. Capital e Patrimónios Sociais, Lucros e Reservas. *In*: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. (Coord.). MAIA, Pedro; RAMOS, Maria Elisabete; MARTINS, Alexandre Soveral; DOMINGUES, Paulo de Tarso (autores). **Estudos de Direito das Sociedades Comerciais**. Coimbra: Almedina, 2010.

FERRAZ, Daniel Amin; SERRA, Rafael Caputo Bastos. A estruturação jurídica dos clubes de futebol: iniciativas legislativas e sobreposição das práticas de gestão às formas de organização. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.7, n.2, p. 13610-13631 feb. 2021. Disponível em: DOI:10.34117/bjdv7n2-126. Acesso em: 12 jan. 2022.

FERRO-LUZZI, Paolo. **I Contratti Associativi**. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais**. Teoria Geral e Aplicação. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A Sociedade em Comum**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A.**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Invalidades nas Deliberações de Assembleia das S/A** e outros escritos sobre o tema da invalidade das deliberações sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Affectio Societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, a. 47 (nova série), ns. 149/150, p. 108-130, jan./dez. 2008.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; TANNOUS, Thiago Saddi. O acionista controlador tem o dever de sacrificar os próprios interesses em favor dos interesses da companhia, no contexto de uma relação contratual? *In*: BORBA, Gustavo Tavares; BORBA, Rodrigo Tavares; ALMEIDA, José Gabriel Assis de. (Coords.) **Comissão de Valores Mobiliários** – precedentes comentados. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Grupos Econômicos sob Controle Estatal**: conflito de interesses (a norma do artigo 238 da lei das S.A. Aplicação. Limites). 1982. 281 p. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

GALGANO, Francesco. **La Società Per Azioni**. *In*: *Trattato di Diritto Commerciale e Di Diritto Pubblico Dell'Economia*. v. 7. Padova: CEDAM, 1984.

GAMBINO, Agostino. *L'interesse Sociale e Il Voto in Assemblea*. *In*: BONELLI, Franco et

al.. *L'interesse Sociale tra Valorizzazione Del Capitale e Protezione Degli Stakeholders*. Milano: Giuffrè, 2009.

GIERKE, Otto Von. *Community In Historical Perspective*. A translation of selections from *Das deutsche Genossenschaftsrecht (The German Law of Fellowship)* by Otto von Gierke. Translated by: Mary Fischer. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Conflitos de Interesse entre Sociedade Controladora e Controlada e entre Coligadas, no Exercício do Voto em Assembléias Gerais e Reuniões Sociais. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, a. 22 (nova série), n. 51, p. 29-32, jul./set. 1983.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sobre a interpretação do objeto social. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, a. XXIII (nova série), n. 54, abr./jun., p. 67-72, 1984.a

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sociologia do poder na sociedade anônima. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, a. 29 (nova série), n. 77, p. 50-56, jan./mar. 1990.

HOPT, Klaus J., *Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation* (February 25, 2011). **American Journal of Comparative Law**, Vol. 59, p. 1, January 2011, ECGI - Law Working Paper No. 170/2011, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1713750>.

HUBER, Fred. Orçamento 2022: Flamengo prevê R\$ 847 mi com receitas recorrentes e separa R\$ 100 mi para contratar. *Globo Esporte*, Rio de Janeiro, 08 dez. 2021. Disponível em: <https://ge.globo.com/futebol/times/flamengo/noticia/orcamento-2022-flamengo-preve-r-847-mi-com-receitas-recorrentes-e-separa-r-100-mi-para-contratar.ghtml>. Acesso em: 14 fev. 2022.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Capítulo I. Estrutura da Companhia. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das Companhias**. 2. ed. atual. e ref., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LAUTENSCHLAGER, Nilson. Notas sobre "A História do Princípio da Maioria de Otto Friedrich Von Gierke". **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Nova Série - Ano LIII, ns. 166/167, pp. 7-22, ago. 2013/jul. 2014.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Pareceres**. v. 2. São Paulo: Singular, 2004.

MANSSUR, José Francisco C.; AMBIEL, Carlos Eduardo. Comentários aos artigos 13 e 14. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. (Coord.). **Comentários à Lei da Sociedade Anônima do Futebol. Lei nº 14.193/2021**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de Direito Mercantil**. 2ª tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 6. ed. v. vii. Livro v. Da Falência e da Concordada Preventiva. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral**. Atualizado por Judith Martins-Costa, Jorge Cesa Ferreira da Silva e Gustavo Haical. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PARGENDLER, Mariana. *How Universal is the corporate form? Reflections on the dwindling of corporate attributes in Brazil*. 2018. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3126838>. Acesso em: 12 abr. 2021.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Acordo de Acionistas sobre controle de grupo de sociedades. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo. p. 226-248. a. 5. n. 15. jan./mar. 2022..

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Título VIII: Capítulo I: Transformação. *In*: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das Companhias**. 2. ed. atual. e ref., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PELA, Juliana Krueger. **As Golden Shares No Direito Societário Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ROPPO, Vincenzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1947.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. Eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine Generali del Diritto Civile*, 9. ed., Napoli: Jovene, 2012.

SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo; NORAT, Leonardo Costa. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: FUNÇÃO E ESTRUTURA. **Revista Juridica**, [S.l.], v. 5, n. 67, p. 487 - 514, out. 2021. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5052>>. Acesso em: 02 jul. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v5i67.5052>.

SPINELLI, Luis Felipe. **Administração das Sociedades Anônimas**. Lealdade e Conflito de Interesses. São Paulo: Almedina, 2020.

TANTINI, Giovanni. *Capitale e Patrimonio. Nella Società per Azioni*. Padova: Cedam, 1980.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro**. v. 1. São Paulo: Bushatsky, 1979.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *A Vis Attractiva do Juízo da Vara Empresarial*. Créditos

Trabalhistas. Sucessão da Empresa em Regime de Recuperação. **Revista de Processo**, São Paulo. p. 289-306. v. 143. jan. 2007.

WIEDEMANN, Hebert. “Excerto do ‘Direito Societário’ I – Fundamentos”. Trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. **RDM**, n. 143/66. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

WIEDEMANN, Hebert. “O Pequeno Acionista é Acionista?”. Trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Bruno Di Dotto do original “Ist Der Kleinaktionär Kein Aktionär”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, a. 55 (nova série) ns. 170/171, ago. 2015/jul. 2016. Disponível em: https://rdm.org.br/wp-content/uploads/2019/11/RDM_170-171-FINAL-1-21-36.pdf. Acesso em: 03 set. 2021.

WIEDEMANN, Herbert. Vínculos de Lealdade e Regra de Substancialidade: uma comparação de sistemas. Trad. por Otto Carlos Vieira Ritter Von Adamek. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 157, 2011. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdm/article/view/192687>. Acesso em: 20 nov. 2021.

A EFICÁCIA DA EXECUÇÃO FISCAL E O DEVER DE GARANTIR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE COBRAR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO CONFISCO NO PROCESSO TRIBUTÁRIO: INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO EM TESE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

THE EFFECTIVENESS OF TAX EXECUTION AND THE DUTY TO GUARANTEE FUNDAMENTAL RIGHTS DUE TO ALTERNATIVE METHODS OF COLLECTING THE TAX CREDIT IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF CONFISCATION IN THE TAX PROCESS: INVOCATION OF THE PRINCIPLE IN THEORY AS A FUNDAMENTAL RIGHT

João Paulo Mendes Neto¹

RESUMO

O presente artigo visa analisar o princípio do não confisco a partir de um conceito contemporâneo como forma de classificar este princípio como um direito fundamental. A perspectiva, porém, da fundamentalidade do princípio do não confisco se apresenta mais ampla do que se conhece nos dias atuais. É neste ponto que um estudo de jurisprudência em consonância com a doutrina consolidada que se defende a fundamentalidade deste princípio mesmo que em tese, isto é, sem que se tenha caracterizado uma medida confiscatória do Estado em especial diante de inúmeras medidas e formas alternativas de se buscar o adimplemento do crédito tributário como resguardo ao ideário de legalidade.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; não confisco; princípios; princípio em tese; IDPJ; protesto CDA; arrolamento de bens; averbação pré-executória; livre iniciativa; segurança jurídica.

ABSTRACT

This article aims to analyze the principle of non-confiscation from a contemporary concept as a way of classifying this principle as a fundamental right. The perspective, however, of the

¹ Doutor em Direito Processual Tributário Constitucional na PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional na linha Efetividade do Direito na PUC-SP. Especialista em Direito Tributário Constitucional e Processual Tributário na PUC-SP. Professor titular de Direito Tributário do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Coordenador de pós-graduação lato sensu em Direito do CESUPA. Coordenador da especialização em Direito Tributário e Processual Tributário da CESUPA. Sócio na Mendes Advocacia e Consultoria. Ex Conselheiro titular do CARF. Foi Presidente da Associação dos Advogados Tributaristas do Pará (AATP) (2018-2019). Foi Presidente da Comissão Especial de Direito Empresarial do Conselho Federal da OAB (2019). E-mail: jpauloneto@cesupa.br.

fundamentality of the principle of non-confiscation is broader than what is known today. In this point that a study of jurisprudence in line with the consolidated doctrine that I defend the fundamentality of this principle even if in theory, that is, without characterizing a confiscatory measure by the State, especially due to numerous measures and alternative ways to seek the payment of the tax credit as a safeguard to the ideals of legality.

Keywords: Fundamental rights; non-confiscation; principles; principle in theory; IDPJ; CDA protest; “blocking” of goods; pre-execution annotation; free initiative; legal security.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, assegura aos cidadãos os direitos individuais basilares que compõem a pavimentação do ordenamento jurídico pátrio. Dessa mesma forma, o artigo 6º, por sua vez garante aos tutelados direitos sociais, coletivos, inerentes à sociedade como um todo.

Em verdade, afirma-se que essas garantias são responsáveis por organizar o Estado Democrático de Direito. Desse modo, o Legislador criou os três poderes, cujas competências e funções se encontram insculpidas no Texto Máximo. Legislativo, Executivo e Judiciário trabalham separadamente com um objetivo comum, ou seja, aplicar efetivamente os direitos previstos na Carta Política de 1988 para estruturar a República Federativa do Brasil.

Entretanto, existe um grande hiato entre a previsão teórica e a aplicação prática desses direitos, pois o Estado obrigatoriamente necessita de vários instrumentos externos que o texto normativo não consegue suportar.

Assim, é notório que os recursos do Estado são limitados e regradados pela Lei Orçamentária Anual, cuja função é direcionar os recursos financeiros do país que ficam comprometidos a uma destinação específica pelo período nela definido.

Por certo, são os tributos, os maiores responsáveis pela arrecadação do Estado, e é por meio desta receita que o Estado deverá garantir os direitos basilares dos cidadãos, contribuintes, contudo há limites para esta arrecadação, a qual não pode ser desenfreada com uma suposta justificativa para “garantir direitos”, nem ser considerada indevida se o Estado deixar de garantir tais direitos.

Nos últimos anos, inúmeros são os estudos que visam demonstrar a ineficiência do instituto da Execução Fiscal no Brasil e, como suposta resposta, várias medidas alternativas foram adotadas pelo Fisco, com a razão última de arrecadar, buscando demonstrar uma maior rigidez aos contribuintes caracterizados como sonegadores ou devedores contumaz.

A pergunta que fica é: E o contribuinte de boa-fe? Aliás, má-fé, dolo, fraude etc, podem ser presumidas a ponto de justificar a mudança de comportamento das autoridades

fiscais com o viés de cobrar sem observância dos princípios constitucionais tributários?

Nesse sentido, o objeto do presente estudo perpassa como pressuposto o conceito dos direitos fundamentais para incluir de maneira extensiva a ideia de não confisco como um primado constitucional que deve ser inserido harmonicamente com a solidariedade do sistema tributário, diante destes métodos alternativos de cobrança do crédito tributário proposto nesta obra.

Ademais, além de possibilitar uma análise que transpareça a importância indubitável dos direitos fundamentais sociais pelos vários setores que serão estudados, o presente artigo visa trabalhar com um enfoque tributário, usando de pano de fundo essa fundamentação imperiosa dos direitos fundamentais para discutir a extensão que o princípio da vedação ao confisco possui, defendendo que tal extensão deve ser incluída no âmbito processual, podendo ser invocado em tese, mesmo que não demonstrado concretamente efeito confiscatório.

Nesse sentir, é de imensa importância, não só para o corpo jurídico, mas para a sociedade, estabelecer uma reflexão sobre o que são direitos sociais e a vedação ao confisco e como os mesmos devem ser tratados frente ao ordenamento jurídico brasileiro que instituiu o princípio da capacidade contributiva.

O Brasil vem demonstrando uma carência para se alcançar a eficácia da tutela judicial dos direitos sociais. É assim que esse artigo enfrentará tal tutela nos limites da confisco.

A realidade brasileira precisa começar a avançar, de modo que cada vez mais o texto constitucional seja aplicado na prática. Dessa forma, através de uma discussão jurídica pretende-se avaliar em como pode ser concretizado este avanço tão almejado para o país.

2 O PRIMADO DO NÃO CONFISCO - DELIMITANDO UM CONCEITO

O princípio da capacidade contributiva, embora vinculado ao postulado da isonomia, em mútua implicação, não se confunde com este.

A capacidade contributiva evidencia uma das dimensões da isonomia, qual seja, a igualdade na lei, quando se busca tratar de forma distinta situações diversas. Assim o princípio em tela, está profundamente ligado ao da igualdade, mas neste não se esgota. Enquanto a isonomia avoca um caráter relacional, no bojo do confronto entre situações jurídicas, o princípio da capacidade contributiva, longe de servir apenas para coibir discriminações arbitrárias, abre-se para a consecução de um efetivo ideal de justiça para esse ramo de Direito Público.

Portanto, essa busca de justiça se funda na noção de equidade abrangendo o caráter horizontal (os contribuintes que possuam igual capacidade de pagar deverão contribuir com a mesma quantidade pecuniária) e vertical (os contribuintes que possuam desigual capacidade de pagar deverão contribuir com diferentes quantidades pecuniárias).

De fato, a implementação do critério de distinção, para fins de aferição da real capacidade contributiva, está intimamente ligada ao modo como o Estado recebe os recursos necessários ao atendimento das necessidades coletivas. Logo, não basta arrecadar a receita, mas arrecadar a receita exigida pela justiça.

Desse contexto se extrai que a capacidade contributiva possui várias condições elementares que servem de limites ao poder de tributar para não configuração de confisco por parte do Fisco.

Vejam alguns desses elementos.

Recorre-se a dois conceitos que causam situações dilemáticas, contrapondo as necessidades elementares do ser humano, compreendidas em seu núcleo como o mínimo existencial, a um limite contingencial, isto é, à reserva do possível.²

A reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*), teve origem na jurisprudência constitucional alemã, visto como um verdadeiro *topos*, que entendia a prestação dos direitos sociais como possível desde que existente a disponibilidade dos respectivos recursos fáticos para torná-la efetiva.³

Para Nunes Júnior,

A reserva do possível se aplica para boa parte dos direitos fundamentais sociais que se consubstanciam em prestações estatais e conseqüentemente reclamam a disponibilização de recursos públicos para a sua realização.⁴

Nesse diapasão, se defende a impossibilidade de invocar a reserva do possível como argumento formal e absoluto em face de uma ordem constitucional garantidora dos direitos básicos inerentes ao homem, mas somente diante da impossibilidade fática comprovada de efetivar um direito, exceto aquele standard mínimo que deverá sempre estar garantido.

Caso aplicado de forma absoluta, a reserva do possível se entenderia que a realização de direitos dependeria de “caixas cheias” do Estado o que certamente reduziria a zero a

²NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**: Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim. 2009. p. 169.

³KRELL, A. J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (dês)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris. 2002. p. 52.

⁴NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**: Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim. 2009. p. 170.

eficácia destes, relativizando a universalidade dos direitos fundamentais, condenando-os a serem colocados em um patamar secundário diante do orçamento estatal, redefinindo o conceito de *redistribuição*, em um país com as piores estatísticas de distribuição de renda.⁵

Existente paralelamente à reserva do possível o ordenamento jurídico pátrio agrega o instituto que por sua natureza garante uma efetividade dos direitos fundamentais, qual seja o mínimo existencial.

Nascido no pós-guerra, segunda metade do século XX, o mínimo existencial é um conceito empregado para a proteção dos direitos fundamentais que deve ser visto de forma absoluta, um standard mínimo de condições que o Estado deve garantir para se viver com a dignidade humana.

Extrai-se o entendimento, portanto, de que, apesar do conceito em apreço não possuir uma dicção constitucional, sua origem reside na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade (isonomia), da legalidade, do devido processo legal, tanto no ordenamento pátrio como no sistema internacional por meio da Declaração dos Direitos Humanos.⁶ Cabe elucidar que o mínimo existencial não incorpora a discricionariedade do Poder Público, uma vez que retrata garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais, logo não deve ser tratado como critério, mas como uma razão do ordenamento jurídico.⁷

O mínimo deve ser estabelecido com o intuito de impossibilitar que o indivíduo possa sofrer algum dano, assim como parametrizar boas condições de saúde, por exemplo, para que um indivíduo tenha as condições de vida básicas solidificadas, ou seja, que tenha a capacidade com o mínimo garantido de se identificar como ser humano e alcançar outros mínimos contingenciais, assim, um indivíduo com boa saúde, tem as condições de ter um trabalho, com isso sustento próprio (alimentação e vestuário), com isso alcançar sua autonomia e poder ser considerado um ser humano digno. Não se quer dizer que, necessariamente, o Estado deve garantir todos os padrões descritos, mas garantir a base para que cada um possa atingir os patamares desejados conforme o mérito individual; é essa base que o Estado não pode se abster de garantir, razão que se verifica um limite de tributação, sob pena de se fazer patente uma situação de confisco, expressamente vedada pela Lei Maior.

⁵KRELL, A. J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (dês)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris. 2002. p. 54.

⁶TORRES, R. L. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 14ed. São Paulo: Renovar, 2007.p. 314.

⁷TORRES, op. cit., p. 315.

O mínimo existencial, conhecido, também, como núcleo vital, limiar mínimo etc. tem sua maior importância por seu caráter absoluto e universal, que impõe ao Estado o seu cumprimento e garantia a todo cidadão; se sustenta firme repelindo a falta de leis ou insuficiência destas e medidas agressivas restritivas desses direitos.⁸

Outro elemento inerente à capacidade contributiva de cunho constitucional é o princípio da Progressividade, possuidora de grande relevância, repercussão e utilidade.

Esse princípio consagra o aumento da carga tributária pela majoração da alíquota aplicável, na medida em que há o aumento da base de cálculo.⁹

No Direito Tributário brasileiro vigente, este princípio aplica-se ao Imposto de Renda, ao Imposto Territorial Rural, ao Imposto Predial Territorial Urbano e, também ao Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores.

Pelo princípio em destaque, as alíquotas progressivas crescem de acordo com a base de cálculo e são fixadas em percentuais variáveis, conforme o valor da matéria tributada, matéria esta em regra traduzida em propriedade que é enaltecido pelo texto constitucional.

Assim, o valor do tributo aumenta em proporção superior ao incremento da riqueza. Desta forma, os que têm capacidade contributiva maior, por este princípio, contribuem em proporção superior.

Todavia, cumpre ressaltar que o Princípio da Progressividade não pode ser adotado de forma desmedida, desestimulando o desenvolvimento e inibindo o crescimento econômico, devendo ser limitado pelo princípio constitucional que veda o confisco, previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal.

O Princípio da Progressividade relaciona-se com o Princípio da Isonomia, pois se traduz em instrumento de redistribuição de riqueza, bem como com o Princípio da Capacidade Contributiva, que se concretiza pela existência da progressividade no cálculo dos ônus fiscais.

Outro elemento inerente à noção de justiça em matéria tributária é a extrafiscalidade.

A extrafiscalidade nada mais é que um enfoque além de arrecadatório ao tributo, é que já vem sendo defendido no presente estudo; abarca o emprego de instrumentos tributários para o atingimento de finalidades não arrecadatórias, mas, sim, incentivadoras ou inibitórias de comportamentos, com vista à realização de outros valores constitucionalmente consagrados.¹⁰

⁸CANOTILHO, J. J. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 261.

⁹BECHO, R. L. **Lições de Direito Tributário**. 3a Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁰RIBAS, L. M. L. R. **Defesa Ambiental**: utilização de instrumentos tributários. *In* Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 688.

Ratifica-se, então, que a extrafiscalidade pode ser implantada mediante a instituição de graduação de tributos, a concessão de isenções e outros incentivos fiscais, com a possibilidade de dedução de despesas efetuadas pelos contribuintes referentes a recursos empregados na preservação do meio ambiente,¹¹ isso tudo por meio de uma política de comando e controle, adotada no Brasil, onde a tributação é dirigida aos particulares, para que adotem comportamentos coerentes ou afinados com a preservação ambiental, por exemplo.

Incentiva-se que no Brasil os tributos possam possuir esse caráter social de preservar, exemplificativamente, o meio ambiente como pode ser adotadas possíveis sugestões ao associar o artigo 225 e o 170, IV¹² da Constituição Federal: No imposto de Renda pode-se deduzir nas hipóteses de projetos destinados ao fim ambiental ou até conceder isenções em relação a rendimentos provenientes de atividades preservadoras do meio ambiente – Nas Taxas pode-se ver a cobrança sobre a poluição (incidentes sobre a emissão de poluentes no meio ambiente); sobre a utilização voltadas às construções de centrais de tratamento de resíduos e administrativas no controle de autorização de utilização de novos produtos químicos, por exemplo – No imposto sobre Produtos Industrializados pode-se valer da regra de seletividade para aplicar menores alíquotas para produtos menos gravosos ao meio ambiente – Nos impostos sobre a propriedade imobiliária como IPTU e ITR deve-se utilizar concessões de benefícios para a função social da propriedade além dos mínimos ordenados – No imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços também deve-se aplicar a seletividade e essencialidade do produto para a concessão de benefícios àqueles menos degradáveis ao meio em que se vive – No imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores concessões devem ser aplicadas para os veículos mais “amigáveis ao meio ambiente” e nesse sentido pode-se aplicar instrumentos tributários para beneficiar o meio ambiente sem, claro, deixar de lado os princípios do Direito Tributário que são inarredáveis como igualdade, capacidade contributiva etc. quando dessa aplicação.

Por fim, destaca-se dois outros elementos da capacidade contributiva que caminham de forma conjunta, a proporcionalidade e a razoabilidade.

¹¹ COSTA, R. H. **Apontamentos Sobre a Tributação Ambiental no Brasil:** In Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 322.

¹² **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: **IV** - livre concorrência;

Esclareço que, tal como Alexy²⁰, não vejo a proporcionalidade como um princípio, mas, como uma regra de apoio ao intérprete-aplicador, uma regra orientadora para a construção de uma argumentação racional para a solução de colisões de princípios. Em outras palavras, penso que a proporcionalidade é, meramente, uma regra técnica que pode ser útil para bem descrever a colisão de princípios, buscando a melhor interpretação-aplicação possível de princípios éticos concorrentes. Não vejo na ponderação ou no sopesamento de princípios uma panacéia capaz de resolver todos os desafios da interpretação-aplicação dos casos difíceis.¹³ Dessa maneira, neste trabalho, valho-me da teoria de Alexy, especialmente, com relação à proporcionalidade e à colisão de princípios, como instrumento para organizar a apresentação do problema que pretendo abordar e para estabelecer uma linguagem comum com o leitor para a construção (e/ou interpretação) do direito à verdade na Constituição brasileira.

Dito isso, lembro que no direito público alemão, a proporcionalidade compreende três testes: o de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (que coincide com a exigência de ponderação com outros princípios colidentes). A ação do Estado que limita o gozo de um direito deve ser capaz de alcançar o fim desejado (adequação), ela deve ser o meio menos restritivo de fazê-lo (necessidade) e deve ser justificada dado o “custo” do direito em questão (proporcional em sentido estrito).

A necessidade corresponde à exigência de otimizar os princípios relevantes à luz do que for empiricamente, ou factualmente, possível; enquanto o teste da proporcionalidade em sentido estrito corresponde à exigência de otimizar os princípios relevantes à luz do que for legalmente possível. A necessidade indaga se algum outro meio menos intrusivo poderia alcançar o mesmo fim, o que é essencialmente uma questão empírica de previsão e causalidade; e a proporcionalidade em sentido estrito indaga se o fim vale a pena ser

²⁰ Alexy não entende o princípio da proporcionalidade como um princípio no sentido utilizado em seu trabalho. Para ele, os três sub-princípios da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) não são ponderados contra outras coisas. Eles não tomam precedência em uma situação ou em outra. A questão da satisfação ou não dos sub-princípios é de legalidade ou ilegalidade. Por essa razão, afirma Alexy, na realidade, eles consistem em regras. (ALEXY, 2002, p. 66-67). Para uma defesa da natureza de princípio do “princípio da proporcionalidade” ver: PONTES, H. C. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 64-65; e GOES, G. S. F.. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004, p 66-72.

¹³ Acompanho integralmente a seguinte afirmação de Ana Paula de Barcelos: “A técnica da ponderação não oferece respostas definitivas (...). Em si mesma, a ponderação é apenas uma técnica instrumental, vazia de conteúdo. É bem de ver que essa limitação não retira o valor de aprimorar-se a técnica da ponderação propriamente dita. A organização do raciocínio ponderativo facilita o processo decisório, torna visíveis os elementos que participam desse processo e, por isso mesmo, permite o controle da decisão em melhores condições.” BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

perseguido, ante os custos necessariamente envolvidos (em outros termos, a não satisfação ou o detrimento de outros princípios).

É importante notar que necessidade e proporcionalidade (em sentido estrito) são testes diferentes: uma medida talvez seja o meio menos invasivo de alcançar determinado fim, e, ainda assim, mesmo a menor intrusão necessária pode ser um preço muito alto a pagar em relação a outros interesses legalmente reconhecidos.

O teste da adequação pode ser subsumido sob o teste da necessidade, de vez que qualquer ação do Estado que seja necessária, no sentido de ser o meio menos intrusivo de alcançar algum fim, deve, por definição, ser capaz de alcançar o fim em primeiro lugar. Ainda assim, o teste da adequação tem a função prática de um filtro inicial. Qualquer ação do Estado que não seja apta a atingir determinado fim é ilícita, independentemente da existência de meios alternativos. O teste da proporcionalidade em sentido estrito também tem uma contraparte em seu limiar. A proporcionalidade pressupõe que a ação do Estado seja direcionada para a busca de um fim legítimo. Se o fim for ilegítimo, nenhuma limitação de qualquer direito será justificável. Desse modo, qualquer ação estatal que seja proporcional em sentido estrito, que pese corretamente os ganhos alcançados pela medida em questão com os custos para outros interesses, deve, por definição, perseguir um fim legítimo. Se não for assim, não haverá ganhos para compensar os custos.

Em síntese, o teste da proporcionalidade compreende duas exigências iniciais (busca de um fim legítimo por um meio efetivo) e duas exigências de otimização (o uso do meio menos intrusivo para alcançar um fim que valha os custos envolvidos).

Alexy identifica três estágios nos quais pode ser dividido o processo de ponderação (ou sopesamento): o primeiro consiste em estabelecer o grau de não-satisfação ou detrimento do primeiro princípio; no segundo, é estabelecida a importância de satisfazer o princípio colidente; e, no terceiro, deve-se estabelecer se a importância de satisfazer o princípio colidente justifica a não satisfação ou detrimento do primeiro princípio¹⁴.

Notar que o limite do que é legalmente possível na otimização de determinado princípio diz respeito à satisfação ou não dos demais princípios em colisão. Em sua *Theorie der Grundrechte*, Alexy esclarece que os princípios não são limites em si, pois para chegar a uma limitação definitiva, é preciso balancear o princípio constitucional relevante com seu(s) princípio(s) limitador(es). Poder-se-ia afirmar, então, que não são os princípios que

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Silva. São Paulo, Landy, 2005. p. 405

constituem limites para direitos constitucionais, mas sim as regras que resultam do balanceamento entre os princípios.¹⁵

O autor distingue dois tipos de limites constitucionais: “Como normas de *status* constitucional, os direitos constitucionais só podem ser limitados por ou com base em normas de mesmo *status*. Limites com *status* constitucional são constitucionalmente imediatos; limites de *status* inferior são constitucionalmente mediatos.” Desse modo, um exemplo de *limite constitucional imediato*, na Constituição Brasileira de 1988, é o do direito de reunião, que deve ser exercido “pacificamente, sem armas” (Art. 5º, XVI). A regra expressa nessa cláusula limita a realização de um princípio constitucional. Sua especificidade consiste no fato de que foi o próprio constituinte quem formulou o limite. Nesse preciso sentido, o dispositivo tem a natureza de uma regra. Mas, por trás da regra, o nível do princípio mantém seu significado.

Por sua vez, os *limites constitucionais mediatos* são limites que a Constituição atribui a alguém como competência de estabelecer. A mais clara expressão do poder de estabelecer limites constitucionalmente mediatos pode ser encontrada nas cláusulas de reservas expressas. São dispositivos ou partes de dispositivos que, explicitamente, atribuem poder para limitar um direito. Exemplo fundamental para este trabalho é o caso do inciso XXXIII do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que estabelece o direito de livre acesso à informação governamental, ressalvando os casos (a serem determinados por lei ordinária) em que o sigilo for “imprescindível para a segurança da sociedade e do Estado”. Assim, sempre que uma lei ordinária é referida como um limite, um poder derivado (mediato) de estipular limites foi criado. O principal problema das reservas, como veremos com vagar no caso do referido inciso XXXIII, reside na delimitação de sua extensão. Tal delimitação, nos termos da *Theorie der Grundrechte*, pressupõe o teste da proporcionalidade lastreado por argumentação jurídica racional.¹⁶

Há uma certa discricionariedade implícita na própria estrutura do teste da proporcionalidade (“discricionariedade estrutural”). Por exemplo, quando dois princípios colidem, há uma gama de opções possíveis: da séria interferência para proteção de um interesse muito importante, à interferência menor para a proteção de um interesse menor. Não há maneira na qual o princípio da proporcionalidade pressuponha somente uma única resposta

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2017. p. 405.

¹⁶ ALEXY, op. cit., p. 189-192.

certa quando direitos constitucionais colidem¹⁷, e, para Alexy, a deferência judicial à legislatura democraticamente legitimada exige respeito pelas escolhas legislativas.

Esse argumento pode ser estendido com respeito ao processo de tomada de decisões do Executivo, ainda que princípios formais levemente distintos estejam em questão. As cortes podem aceitar que os órgãos executivos talvez tenham maior perícia no estágio do teste da necessidade (por exemplo, previsão do possível impacto de diferentes medidas), e que os órgãos legislativos tenham mais visão no estágio da proporcionalidade em sentido estrito, impondo exigências de argumentação mais ou menos rígidas para os que procuram impugnar uma decisão. Nesse sentido, é possível insistir que todos os atos das autoridades públicas devem ser proporcionais, mas que o tipo de prova e de argumentação necessária para atestar a proporcionalidade pode ser sensível ao contexto e perícia do tomador de decisões, e aos princípios em oposição.

Além disso, se reitera que o próprio constituinte muitas vezes procura apresentar soluções prévias para possíveis colisões de princípios, numa espécie de exercício antecipado do teste da proporcionalidade.²¹ Por isso, segundo Alexy, as provisões de direitos constitucionais podem ser vistas não apenas como a promulgação, e, portanto, decisões em favor de certos princípios, mas também como a expressão de uma tentativa de tomar decisões à luz das exigências de princípios concorrentes:

Nesse ponto, movemo-nos para o nível das regras e, desse modo, as provisões adquirem um aspecto duplo. De um lado, elas afirmam princípios; de outro lado – na medida em que mostram expressões diferentes de seus âmbitos e limites – elas contêm decisões relativas às exigências de princípios concorrentes. É claro que as decisões nelas contidas são incompletas. De modo algum elas livram a tomada de decisões dos exercícios de ponderação possíveis em todo caso. Expressões diferentes dos direitos constitucionais mostram grande variação do seu grau de precisão. Compare-se, por exemplo, a expressão da liberdade de expressão artística com a inviolabilidade do lar.

Decorre daí que quando uma provisão de direitos constitucionais decide relativamente às exigências de princípios concorrentes, ela não afirma apenas um *princípio*, ela também afirma uma *regra*. E, na medida em que decisões foram tomadas no nível das regras, foi estabelecido mais do que a mera decisão por certos princípios. Nesse caso, em virtude da vinculação de todos à Constituição, as decisões tomadas no âmbito das regras tomam a

¹⁷ Como parecem demonstrar os votos contrários de dois Ministros do STF no exemplo do conhecido “caso Ellwanger”.

²¹ Tome-se o exemplo do § 1º do Artigo 220 da Constituição de 1988, que afirma a plena liberdade de informação jornalística, respeitando-se a inviolabilidade da intimidade, da vida privada da honra e da imagem das pessoas (Art. 5º, inc. X).

precedência sobre outras decisões alternativas que o âmbito dos princípios torna meramente possível.¹⁸

A razoabilidade por sua vez na esfera tributária visa adequar uma justa medida para a solução de um conflito, que no caso será a tributação, novamente reforçando a ideia de equidade trazida alhures.

Por fim, enfrenta-se, em conjunto com o princípio da capacidade contributiva, o princípio da vedação ao confisco, que não só serve de elemento não só limitador da tributação estatal, mas como elemento definidor da capacidade contributiva.

Assim, o arranjo de todos os elementos expostos, serve para a conceituação dos limites ao confisco.

O artigo 150, IV da CF/88 veda o Estado exercer a tributação levando a uma situação de confisco ao contribuinte. Entende-se por confisco por uma interpretação literal, o ato pelo qual se apreendem e se adjudicam ao fisco bens pertencentes a outrem, por ato administrativo ou por sentença judicial, fundados em lei.

Destaca-se que a proibição de confiscatoriedade pela CF/88 promove e garante a importância dada à propriedade privada, acima mencionado e aos direitos fundamentais como um todo.

Desse modo, pode-se afirmar que toda entidade impositiva que confisca, na seara tributária, vai além da capacidade contributiva do cidadão, estiolando-a com intenção predatória. Por outro lado, a entidade política que se atém aos limites da capacidade contributiva do cidadão mantém-se na ideal zona intermediária entre o confisco e o mínimo razoável na tributação.

Portanto, recorda-se que o princípio da vedação ao confisco deriva do princípio da capacidade contributiva já apresentada, atuando aquele em conjunto com este.

3 UMA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO CONFISCO COMO PROTEÇÃO DAS GARANTIAS DO PROCESSO TRIBUTÁRIO DIANTE DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Com todo o exposto, chega-se ao ponto nuclear do presente artigo.

A essa altura, defendendo que o direito ao não confisco é um direito fundamental dos contribuintes e do cidadão de maneira geral, devendo possuir uma ampla proteção e

¹⁸ ALEXY, op. cit., p. 198

aplicabilidade imediata de efetividade, defende-se que este direito fundamental pode e deve ser invocado em tese, ou em fases processuais.

Sabe-se que a alegação do princípio do não confisco será feita após um ato fiscal caracterizar uma afronta à capacidade contributiva do cidadão, mas será apenas nestas hipóteses?

Diante, de uma medida de redirecionamento da execução fiscal por presunção de dissolução irregular, este ato pode ser considerado confiscatório? A Súmula 435 do STJ deve ser vista de maneira absoluta, ou em prol da carga axiológica trazida pela CPC de 2015, deve-se pautar nos *ratio decidendi* dos julgamentos que levaram a criação da referida súmula?

Uma inclusão do nome do sócio da empresa na Certidão de Dívida Ativa de débito contra a Pessoa Jurídica que é parte desde a inicial para evitar eventual prescrição é uma medida confiscatória?

A não aceitação pelo Fisco de bem certo oferecido à penhora por contribuinte ou responsável, requerendo o bloqueio on-line de valores em conta corrente por não ser a ordem prioritária de satisfação do crédito tributário, é uma medida confiscatória?

Recentemente, várias questões inerentes aos métodos alternativos de cobrança do crédito tributários, tema central desta obra, vieram à tona como: Deve ser aplicado ou não o incidente de desconsideração da personalidade jurídica – IDPJ na esfera tributária? É constitucional a averbação pre-executória introduzida pela Lei 13.606/2018? Qual a duração do Protesto de CDA há limites? Como deve ser aplicado os critérios do Arrolamento de bens previstos na IN 1565/2015? O ICMS declarado e não pago enseja responsabilidade criminal?

Perceba que se busca demonstrar que estes atos exemplificados, dentre outros, poderão causar em tese, no futuro uma constrição ao patrimônio de contribuinte de maneira confiscatória ou trazer consequências que afronte a livre iniciativa prevista no artigo 170 da CF. Logo, não é apenas o ato em si de constrição, mas todas as medidas, se forem irregulares, requeridas pelo Fisco que prepararão para um futuro ato confiscatório que devem ser repudiadas, destacando que qualquer ato alternativo de cobrança que não possua amparo legal pode representar uma pena capital para o contribuinte (PF ou PJ) algo veementemente inaceitável pelo nosso ordenamento.

A defesa do primado da vedação ao confisco deve ser ampla, geral e irrestrita, desde que demonstrado que houve uma medida desleal no processo ou procedimento tributário. É isto que a Constituição Federal garante.

Por meio de uma interpretação sistêmica, integrativa, o magistrado perceberá que os limites constitucionais ao poder de tributar do Estado e, conseqüentemente, a caracterização

de medidas confiscatórias não estão apenas no pagamento principal de tributos, mas nas multas, na atualização do débito, nas medidas preparatórias tributárias, nas obrigações acessórias etc. devendo haver ampla proteção ao princípio da vedação ao confisco; podendo ser alegado em tese ou em medida procedimental/processual por ser uma garantia constitucional.

Quanto aos questionamentos hipotéticos acima, a intenção última é promover uma reflexão do leitor, mas diante de um recorte metodológico, prudente se faz enfrentar, mesmo que de forma superficial, alguns exemplos ali destacados.

Vejamos.

Quanto ao redirecionamento por presunção de dissolução irregular, poderá ser caracterizado um confisco, devendo o ordenamento proteger os cidadãos que solidariamente contribuem para a manutenção do sistema tributário.

A Súmula 435 do STJ e a responsabilização da pessoa física do sócio, se deve ter claro os pontos a seguir.

A súmula sedimenta entendimento do tribunal fundado em interpretação do art. 135 do CTN, que trata da responsabilidade pessoal, entre outros, do diretor ou sócio-gerente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

A súmula tem o mérito de fazer referência a "sócio-gerente", afastando a responsabilização do sócio que não influenciava no desenvolvimento das atividades da empresa ao tempo da dissolução.

Além disso, é imprescindível que se considere, como o próprio STJ vem fazendo, ser incabível, em nosso ordenamento, a figura da responsabilidade objetiva, isto é, o fato da dissolução irregular acarretar o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente não implica que este necessariamente será condenado ao pagamento.

Não: apenas se, de fato, tiver agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder na forma do art. 135, III, do CTN é que será condenado. A súmula explícita, todavia, que é ônus dele, sócio-gerente, ilidir a presunção que agora pesa contra si. Deverá ele, portanto, fazer a prova (nesse sentido: AgRg no REsp 1091371/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 5/11/2010). Nesse sentido, é que se entende que a própria súmula pode ser invocada por ofender o princípio da vedação ao confisco, em tese.

Em outras palavras, a presunção de que se está tratando e a do caso em tela, é relativa – comporta prova em sentido contrário, aliás, apenas isto pode garantir a segurança jurídica tão almejada em âmbito tributário.

Por fim, por mais que esteja implícita a ideia, nunca é demais ressaltar: quanto à possibilidade de 'redirecionamento' da execução fiscal, significa dizer, por óbvio, que o Fisco deve sempre tentar obter a satisfação de seu crédito, de início, da própria sociedade, que é a devedora-principal.

Quanto ao Arrolamento de bens e responsabilidade tributária, tecemos as seguintes considerações.

O crédito tributário representa juridicamente a expressão nominal do direito de crédito que o Estado dispõe contra o sujeito passivo tributário (contribuinte ou responsável), direito este que revela um interesse público especial na medida em que o tributo constitui o preço que a cidadania paga para que o Estado promova a satisfação das necessidades coletivas.

A obrigação tributária, no bojo da qual nasce o crédito tributário, nada mais é que a estrutura formal desenvolvida no âmbito do Direito Privado, tomada de empréstimo pelo Direito Tributário para instrumentalizar o dever tributário de pagar tributos imposto a todos no Estado Democrático de Direito.

Criados para reforçar o cumprimento do dever tributário pelo sujeito passivo, os privilégios e garantias compõem a essência do regime jurídico do crédito tributário, são-lhe ínsitos e dele não se apartam. O crédito qualifica-se como tributário, entre outras razões, porque é dotado de privilégios e garantias que a ordem jurídica lhe assegura. Assumem a natureza de privilégios e garantias do crédito tributário todas as normas jurídicas que tenham o objetivo precípuo de reforçar a possibilidade de realização do direito de crédito do Estado em matéria tributária. O arrolamento de bens está inserido neste contexto.

O arrolamento consiste em medida acautelatória dos interesses da Fazenda Pública. Trata-se de procedimento administrativo de acompanhamento do patrimônio do sujeito passivo que visa garantir o crédito tributário, mediante a identificação de possíveis situações de dilapidação patrimonial.

A finalidade da aludida medida é realmente de conferir maior garantia aos créditos tributários da Fazenda Pública, de valor significativo, com o objetivo declarado de garantir a futura suficiência de bens e direitos do sujeito passivo para a satisfação do débito fiscal.

Contudo, o arrolamento de bens só pode ser utilizado quando atendidos os requisitos legais atinentes a presunção de risco do crédito – crédito tributário maior que 30% dos bens declarados do sujeito passivo, nos termos na IN 1565/15.

Uma vez gravados com o arrolamento os bens do sujeito passivo, a substituição fica condicionada a análise da RFB e ainda é necessária a feitura de avaliação oficial do valor do imóvel, o que implica em onerosidade totalmente ilegal. É inegável, portanto, a restrição ao direito de propriedade, pois há embaraço e ônus negocial, pecuniário e procedimental, logo uma possível afronta ao não confisco.

O gravame fica registrado na matrícula do imóvel e exposto na atividade comercial que o contribuinte realiza, portanto, há sérios reflexos negativos em seu direito de propriedade somente pelo fato de estar sendo considerado como responsável de crédito tributário ainda em discussão administrativa. Não se pode admitir prejuízo real ao particular em razão de garantia virtual de um crédito tributário potencial que por própria dicção legal não está em risco.

Um dos elementos de definição do crédito tributário é a caracterização daqueles que devem compor o polo passivo da obrigação, ou seja, a sujeição passiva é elemento indissociável da definitividade do crédito como um todo, e, bem assim, de sua exigibilidade.

Por esse motivo, na aplicação do princípio da tipicidade tributária e com vistas à maior proteção de quem deve pagar o tributo, o sujeito passivo deve necessariamente ser definido em lei (CTN, art. 97, III).

O sujeito passivo direto é o contribuinte (CTN, art. 121, § único, I), ou seja, aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato típico prescrito na lei, seja vinculado ou não à atividade estatal.

O sujeito passivo indireto – ou responsável na definição legal (CTN, art. 121, § único, II), é aquele que, embora não seja contribuinte, pois não integra a relação contributiva natural, possui obrigação decorrente de disposição expressa de lei calçada em pressuposto fático específico, tendo como consequência responder pelo pagamento de tributo cujo inadimplemento tenha relação com o descumprimento daquele dever.

A responsabilidade tributária é disciplinada pelo Código Tributário Nacional no capítulo V do título II (Obrigação Tributária) do livro segundo (Normas Gerais do Direito Tributário). Nos artigos 129 a 133 é regulada a responsabilidade por sucessão; a responsabilidade de terceiros, nos artigos 134 e 135; e a responsabilidade por infrações nos artigos 136 a 138.

Em especial, a responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado é estabelecida pelo artigo 135, III, do CTN, abaixo transcrita:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: [...]

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Veja-se que o pressuposto inicial é de que deva haver a separação patrimonial e a limitação de responsabilidade. Nesse sentido, o art. 135, inc. III do CTN, dispõe sobre condutas específicas em que se faz necessário a aferição de dolo. Somente o dolo atrai a responsabilidade tributária dos sócios-administradores.

Este é o cerne da responsabilidade pessoal, a qual, todavia é cada vez mais utilizada como pressuposto que se equipara a responsabilidade objetiva, diante da sucessão de presunções legais criadas para fins de praticabilidade tributária.

É que a presunção legal estabelecida pelo art. 287 do RIR, ocorre na medida em que não haja a comprovação, por parte da fiscalizada, da origem dos recursos creditados em conta de depósito ou investimento mantida junto a instituição financeira. Ou seja, só há infração legal de omissão de receita quando a origem dos valores não puder ser comprovada, a mera não escrituração, por exemplo, não implica em omissão. Entendo, portanto, que uma eventual e suposta presunção, se é que transponha o crivo de legalidade, restringe-se apenas a presunção de omissão e não se estende a presunção de dolo da conduta omissiva, indispensável para a responsabilização dos sócios-administradores.

A fiscalização jamais está desincumbida de comprovar o dolo nesta omissão para que seja aplicável não só o art.135, III do CTN, como o art.173, inc. I do CTN, a despeito do art. 150, §4º (nos tributos por homologação, como foi o caso), e também estejam presentes os elementos necessários a persecução penal.

Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho: “Sendo assim, ao compor em linguagem o fato ilícito, além de referir os traços concretos que perfazem o resultado, a autoridade fiscal deve indicar o nexos entre a conduta do infrator e o efeito que provocou, ressaltando o elemento volitivo (dolo ou culpa, conforme o caso), justamente porque integram o vulto típico da infração.”

É que todas essas situações expostas implicam em verdadeiras sanções a condutas dos sujeitos passivos, e como tais, é a prova que constitui o fato jurídico tributário no tempo e no espaço e identifica seus sujeitos, sem ela não se pode afirmar que um evento ocorreu, ou seja, que houve subsunção do fato à previsão da norma jurídica sancionatória. É o que se depreende da lição de Fabiana Del Padre Tomé:

“A fundamentação das normas individuais e concretas na linguagem das provas decorre da necessária observância aos princípios da estrita legalidade e da tipicidade tributária, limites objetivos que buscam implementar o sobreprincípio da segurança jurídica, garantindo que os indivíduos estarão sujeitos à tributação somente se for praticado o fato conotativamente descrito na hipótese normativa tributária.”

Este entendimento já fora esposado inclusive no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Vejamos:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Auto de infração - Omissão de receita ou rendimentos - Ocorrência - Contribuinte que não comprova a origem de valores creditados em conta bancária - Fato, entretanto, que não permite presumir o dolo de sonegação - Inteligência do art. 42 da Lei 9.430/1996.

IPI - Não incidência - Empresa que é dedicada ao comércio e optante do Simples - Exigência legal que não pode ser imposta ao empreendedor que não industrializa produtos.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - Terceiro - Inadmissibilidade - Autoridade fazendária que, para a configuração do fato gerador, deve descrever os fatos caracterizadores da tipicidade fiscal - Considerações genéricas que não podem atribuir responsabilidade objetiva em relação a fato jurídico ou conduta não praticada.

Ementa: Depósitos bancários. Valores creditados em nome próprio. Não comprovação da origem. Presunção de omissão de receita. Impossibilidade de presunção de existência de dolo.

Nos termos do art. 42 da Lei 9.430/1996, presume como omissão de receita os valores creditados em conta bancária em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprove a origem dos mesmos. Contudo, desta presunção que decorre da lei não se pode extrair outra presunção de que o titular dos recursos estava agindo com o intuito de sonegar, ocultar ou retardar a ocorrência do fato gerador. A omissão de receita se presume, mas a existência de dolo somente pode ser caracterizado mediante provas concretas.

(...)

Solidariedade tributária. Responsabilidade de terceiros. Distinções fáticas e jurídicas entre situações previstas nos arts. 124, I, e 135, I e II, do CTN.

Nas situações previstas no art. 124, I, do CTN, há uma norma que incide em relação ao contribuinte que participa na situação que constitua o fato gerador que obriga o contribuinte direto. No art. 135, II e III, além da norma que incide na situação que constitua o fato gerador, há outra norma, de natureza sancionatória, que incide sobre a conduta de terceiro que, não participando na situação que constitua o fato gerador, se torna responsável por praticar ato ou conjunto de atos que extrapolam seus poderes de comando frente à empresa ou resultam, por ação própria, em violação de normas legais vinculadas à obrigação de pagar tributos devidos pela empresa.

Responsabilidade tributária. Análise individual dos fatos e das provas.

Nos casos do art. 135 do CTN, em que a responsabilidade é atribuída a terceiros, que não participam na relação jurídica que constitua o fato gerador, por inexistir responsabilidade desvinculada da conduta pessoal, cabe à autoridade lançadora descrever os fatos que caracterizam a responsabilidade descrevendo, de preferência, quando ocorreram, onde ocorreram e como ocorreram. Não é possível fazer considerações genéricas sem correlacioná-las aos fatos.

Recurso voluntário parcialmente provido.

(CARF - Processo 11516.004335/201093 - j. 10/5/2012 - v.u. - julgado por Moisés Giacomelli Nunes da Silva - 10/5/2012 - Área do Direito: Tributário)

Quanto ao IDPJ, apresentamos algumas considerações.

O incidente de desconsideração da pessoa jurídica é fruto da construção histórica da *disregard doctrine* e da constitucionalização do direito processual civil promovida pelo Código de Processo Civil de 2015.

Na sua gênese¹⁹ e durante séculos, o fenômeno da personalização, o qual culmina na existência de pessoas jurídicas, se viu associado à ideia imutável e inafastável de autonomia patrimonial. Esta, aliada à limitação de responsabilidade, até os dias de hoje são percebidas como ferramentas jurídicas de incentivo ao empreendedorismo, pois atuam como importante redutor do risco empresarial. É o que doutrina Fábio Ulhôa Coelho:

A limitação da responsabilidade do empreendedor ao montante investido na empresa é condição jurídica indispensável, na ordem capitalista, à disciplina da atividade de produção e circulação de bens ou serviços. Sem essa proteção patrimonial, os empreendedores canalizariam seus esforços e capitais a empreendimentos já consolidados. Os novos produtos e serviços somente conseguiriam atrair o interesse dos capitalistas se acenassem com altíssima rentabilidade, compensatória do risco de perda de todos os bens. Isso significa, em outros termos, que o preço das inovações, para o consumidor, acabaria sendo muito maior do que costuma ser, sob a égide da regra da limitação da responsabilidade dos sócios, já que esses preços deveriam cobrir custos e gerar lucros extraordinários, capazes de remunerar o risco de perda total do patrimônio, a que se expôs o empreendedor. A limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais é, em suma, direito-custo.²⁰

Todavia, por óbvio, a importância do fenômeno da personificação não poderia encerrar em supervalorização da autonomia patrimonial, de modo a considerá-la absoluta²¹. Nesse sentido, Marlon Tomazette²², afirma que vêm do século XIX, dos sistemas que adotam o *common law*, as primeiras inquietações com a má utilização da pessoa jurídica, partindo-se então a buscar meios idôneos e eficazes de contê-la e/ou reprimi-la.

Foi neste contexto histórico que nasceu a *disregard doctrine*, aperfeiçoada e ampliada ao longo dos anos para comportar novas realidades econômicas e novas exigências sociais. De toda sorte, no Brasil, a *disregard doctrine* permaneceu por muitos anos sendo aplicada à míngua de suporte processual que estabelecesse seu procedimento

¹⁹ João Grandino destaca que os relatos históricos que apontam o surgimento do fenômeno da personalização remontam ao Direito Romano Imperial, onde a capacidade jurídica desta, até então nova figura jurídica, derivava da existência de patrimônio próprio. (RODAS, João Grandino. *Sociedade Comercial e Estado*, São Paulo, Saraiva, 1995. p.05).

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: parte geral. Vol. 1*, 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 366.

²¹ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (*Disregard doctrine*) e os grupos de empresas. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 68 e 69.

²² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria Geral e direito societário*. 7ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016. p. 249.

É de conhecimento amplo que o Fisco, por intermédio das Procuradorias dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União, mediante simples petição nos autos das execuções fiscais requer o redirecionamento do feito executivo para a figura dos sócios, muitas das vezes sem qualquer fundamento legal ou jurisprudencial para tanto.

É bem verdade, por outro lado, a premissa de que a defesa do *executado*, em regra, deve ser exercida por meio de embargos à execução, após a prévia garantia do juízo executivo – art.16 da Lei nº 6.830/80.

Contudo, falsa é conclusão supostamente decorrente dessa premissa, isto é, de que o IDPJ não poderia ser aplicado aos executivos fiscais, porque, se o fosse, estar-se-ia permitindo que o *executado* obtivesse a suspensão do processo sem a prévia garantia do juízo executivo e sem o manejo de embargos à execução ou de outra ação de conhecimento.

É necessário esclarecer que o equívoco da conclusão está na indevida definição da condição de executado àquele que consta no pedido de redirecionamento da execução. Isto porque, na verdade, esta pessoa, que poderá vir a sofrer os efeitos da despersonalização, por meio da extensão da responsabilidade tributária, é um mero *terceiro*, conforme exposto na primeira parte deste artigo e, por não integrar a lide executiva na condição de *parte*, não pode ser previamente qualificado e nem equiparado ao(s) *executado(s)*, que estariam indicados no título executivo extrajudicial (CDA).

Em execução fiscal, a qualificação jurídica de *parte*, formalmente só pode ser atribuída a quem conste no título executivo extrajudicial (CDA), na condição de *executado* ou *responsável tributário*. Se a pessoa afetada pela eficácia jurídica e patrimonial da desconsideração da personalidade jurídica não figura na CDA, não há título executivo apto a presumir a sua legitimidade passiva.

Trata-se, portanto, de um *terceiro* na lide executiva, que não pode ser equiparado ao *executado*, sob pena de quebra da isonomia, em clara inobservância da exigência de tratamento paritário estabelecida pelo art. 7º do CPC²³.

Sobre o princípio, Hugo de Brito Machado diz que “a isonomia, ou igualdade de todos na lei e perante a lei, é um princípio universal de justiça. Na verdade, um estudo profundo do assunto nos levará certamente à conclusão de que o isonômico é o justo”.²⁴

²³ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

²⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 30. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 276.

Logo, Fernando de Andrade²⁵ afirma que caso esse *terceiro* não ostente a posição de *parte executada*, não lhe pode ser aplicado o mesmo tratamento jurídico que o art. 16 da LEF prescreve para os sujeitos que têm contra si presunção legal relativa da sua condição de legitimados passivos como responsáveis tributários, por estarem indicados na CDA ou já terem sido incluídos na lide, por meio de redirecionamento deferido antes da vigência do IDPJ.

No mais, ao que aparenta, um incidente, tal como o IDPJ claro e eficiente evita futuras alegações de nulidades, o que, de resto, corrobora para a maior celeridade na solução do conflito de interesses e maior prestígio daqueles que seriam os macro princípios do processo civil – *Efetividade e Segurança Jurídica*²⁶ –, responsáveis por determinarem a adequada e lógica marcha do processo, tendente a pacificação das relações estremecidas e formação de decisão com o selo do Estado e com interessante caráter prospectivo, protetivo e chancelador dos direitos fundamentais.

A intenção última não é defender ou permitir que o IDPJ sirva de escudo ou blindagem ao adimplemento da obrigação tributária, mas que, por meio deste possa haver maior proteção e garantias às partes da relação jurídica processual e até economizando ao Fisco honorários sucumbenciais de inclusões indevidas no polo passivo – repetimos, a presunção de responsabilidade só existe pela estrita legalidade tributária, o que não é dizer que se possa presumir condutas dolosas, por ofender todo o arcabouço do princípio de boa-fé e inocência existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, a título de exemplos se traz à discussão a Lei 13.606/2018 cujo conteúdo refere-se a um programa de regularização rural – PRR, mas que, isoladamente, no artigo 25 introduz os artigos 20-B, parag 3º, II e 20-E à Lei 10.522/2002 que prevê a possibilidade de averbar, mesmo antes da execução fiscal a CDA nos órgãos de registro de bens e direitos, tornando-os indisponíveis para aquele contribuinte.

Quanto a este ponto, verifica-se que esta previsão não só é inconstitucional formalmente por estar inadequada à Lei Complementar e seu conteúdo destoar do objeto da Lei Ordinária em questão, mas também materialmente, pois o que se verifica é uma não observância ao princípio da legalidade de se cobrar tributo por meio de uma execução fiscal,

²⁵ DE ANDRADE, Fernando Ferreira Rebelo. *IDPJ e sua aplicabilidade às execuções fiscais: Breves críticas ao posicionamento fazendário*. Resenha crítica publicada no Portal Jurídico Jota. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/idpj-e-sua-aplicabilidade-as-execucoes-fiscais-13072017#_ftn1

²⁶ Para analisar a Segurança Jurídica nas suas mais variadas vertentes e concepções Cf. ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: Entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Editora Malheiros. 2010.

sem utilizar de instrumentos que caracterizem sanções políticas ou medidas coercitivas, já amplamente vedadas pelo STF.

É nesta deslealdade legislativa que o contribuinte se encontra, buscando no Poder Judiciário uma salvaguarda de suas garantias e direitos fundamentais.

O último ponto a ser ventilado, é a possibilidade de incriminar sujeito passivo que declare o ICMS e não o recolha.

Se estivéssemos a tratar de contribuição previdenciária de terceiros, onde a fonte pagadora retém dos seus colaboradores a referida contribuição e recolhe em nome destes. O não recolhimento, nesta hipótese configura apropriação indébita, mas dizer que a mesma sistemática se aplica ao ICMS é desconhecer a forma de apuração como conta corrente, onde em um mês pode haver débito, mas nos seguintes créditos. Como conceber responsabilidade criminal, dolo ou fraude nesta hipótese? Mas de forma bastante incoerente, se houver o pagamento a qualquer tempo, mesmo após a coisa julgada, haverá a extinção de punibilidade, logo não pode ser outra a conclusão a não ser que este tipo de medida representa uma forma coercitiva de cobrar tributo.

Seja como for, súmulas como a 435 do STJ, criações legislativas nitidamente ilegais/inconstitucionais e métodos alternativos de cobrar o tributo apenas pautados em relatórios estatísticos que precisam cobrar a qualquer preço (medidas alternativas que respeitem a legalidades e segurança jurídica são bem-vindas) acabam por retirar qualquer segurança do processo tributário brasileiro.

Afinal, inegável o desestímulo que posicionamentos como esse trazem a milhares de empreendedores em todo o Brasil, que não conseguiriam dissolver regularmente suas empresas nem se quisessem, ante a infinita burocracia reinante: comunicação à receita, ao Município, ao Estado, ao FGTS, ao INSS.

Nessa linha, posiciona-se o mesmo Superior Tribunal da Justiça:

“TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA ALEGADA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – REDIRECIONAMENTO – CDA NÃO CONSTA NOME DO SÓCIO – ÔNUS DA PROVA - FAZENDA PÚBLICA.

1. A exceção de pré-executividade, segundo o Min. Luiz Fux (REsp 573.467/SC), é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva.

2. In casu, a questão da ilegitimidade passiva, argüida pelo sócio-gerente, em exceção de pré-executividade, constitui matéria de ordem pública, por configurar condição da ação que, quando defeituosa ou inexistente, leva à nulidade do processo. Assim, por ser causa extintiva do direito exequente, é possível sua veiculação em exceção de pré-executividade. 3. A Primeira Seção, no julgamento dos EREsp 702.232/RS, de relatoria do Min. Castro Meira, assentou:

1) se a execução fiscal foi promovida apenas contra a pessoa jurídica e, posteriormente, foi redirecionada contra sócio-gerente cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa, cabe ao Fisco comprovar que o sócio agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, nos termos do art. 135 do CTN. 4. Na hipótese dos autos, a Certidão de Dívida Ativa não incluiu o sócio-gerente como co-responsável tributário, cabendo à exequente os ônus de provar os requisitos do art. 135 do CTN. Agravo regimental improvido. (AGRESP 200701588350, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, 14/04/2018)".

Observa-se que a referida decisão é clara ao mencionar que no caso em que a execução fiscal foi promovida apenas contra a pessoa jurídica e, posteriormente, foi redirecionada contra sócio-gerente cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa, cabe ao Fisco comprovar que o sócio agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, nos termos do art. 135 do CTN o que reforça a aplicação do IDPJ.

É nesse sentido que se defende que em tese, como garantia processual, o princípio da vedação ao confisco deve ser invocado, pois tais medidas, mesmo que administrativas (como a inclusão na CDA de sócio) podem ter efeitos negativos multiplicadores aos contribuintes.

4 CONCLUSÃO

Destarte, lembra-se que os direitos sociais não se limitam apenas aos direitos positivos (demandam prestações ativas estatais), mas também às liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, a garantia do salário-mínimo etc.²⁷

Os direitos sociais representam a pilar central para o gozo dos direitos individuais de liberdades, de modo que promovem a igualdade real e aumentam as condições de realizações das liberdades individuais²⁸.

Ademais, resta patente, a interdependência desses direitos, pois os mesmos só funcionam se estiverem concomitantemente garantidos. Nos moldes do processo de conscientização para afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais e que sua eficácia necessariamente depende da inter-relação com os direitos civis e políticos, muitos embates ocorreram até que se alcançasse esse entendimento.

Nesse panorama, ratifica-se que os direitos sociais precisam ter a plena eficácia da norma, sob pena, de depender de uma regulação ordinária e, possivelmente, nunca gozar da eficácia que merecem.

²⁷SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.41.

²⁸SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 285 e ss.

Assim a finalidade central deste artigo, após defender a fundamentalidade dos direitos sociais, foi buscar demonstrar que mesmo havendo uma ineficiência de prestações positivas pelo Estado, por uma desorganização arrecadatória tributária, não poderá este mesmo Estado deixar de observar as garantias constitucionais da vedação ao confisco que deve ter ampla extensão e proteção, ainda assim considerando as inovadoras medidas alternativas de cobrança do crédito tributário.

E é exatamente nesse contexto que se introduz o conceito construído do respeito à vedação ao confisco como limite ao Poder de Tributar do Estado. Por meio de uma interpretação sistêmica, integrativa, o magistrado perceberá que os limites constitucionais ao poder de tributar do Estado e, conseqüentemente, a caracterização de medidas confiscatórias não estão apenas no pagamento principal de tributos, mas nas multas, na atualização do débito, nas medidas preparatórias tributárias, nas obrigações acessórias etc. devendo haver ampla proteção ao princípio da vedação ao confisco; podendo ser alegado em tese ou em medida procedimental/processual por ser uma garantia constitucional.

Além disso, se defende que o Judiciário pode dar nova interpretação a esse primado tributário aplicando ao mesmo, a conjugação com o princípio da capacidade contributiva como forma de ampliar a proteção dos direitos e garantias fundamentais no Brasil.

Reitera-se, portanto, à luz da fundamentalidade dos direitos fundamentais a necessidade do órgão judicante brasileiro buscar efetivar esses direitos, não de forma deturpada, mas promovendo estudos contextuais fáticos, não se limitando às estruturas estatais, transcendendo, se for o caso, às iniciativas privadas, sem deixar de considerar a efetividade maior desses direitos por ações coletivas, e a tributação nacional, faz se necessário ter claro que a efetividade dos direitos sociais pela via do Poder Judiciário requer do órgão judicante brasileiro decisões com os pés no chão, mas com os olhos voltados para o céu (futuro) para uma maior lealdade e boa-fé tributária e efetividade na cobrança do crédito tributário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Silva. São Paulo, Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2017. BECHO, R. L. **Lições de Direito Tributário**. 3a Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral**. Vol. 1, 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 366.

COSTA, R. H. **Apontamentos Sobre a Tributação Ambiental no Brasil**: In Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

DE ANDRADE, Fernando Ferreira Rebelo. **IDPJ e sua aplicabilidade às execuções fiscais: Breves críticas ao posicionamento fazendário**. Resenha crítica publicada no Portal Jurídico Jota. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/idpj-e-sua-aplicabilidade-as-execucoes-fiscais-13072017#_ftn1

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (Disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 68 e 69.

KRELL, A. J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (dês)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris. 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 276.

NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim. 2009.

RIBAS, L. M. L. R. **Defesa Ambiental**: utilização de instrumentos tributários. In Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

RODAS, João Grandino. **Sociedade Comercial e Estado**. São Paulo, Saraiva, 1995. p.05).

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Teoria Geral e direito societário**. 7ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016. p. 249.

TORRES, R. L. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 14ed. São Paulo: Renovar, 2007.