

EDIÇÃO 9 DEZ/2021 - JAN/2022
ISSN 2675-9403



TJPR

GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

Editor-Chefe

José Laurindo de Souza Netto

Conselho Editorial

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador Octávio Campos Fischer

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Juiz de Direito em 2º Grau Anderson Ricardo Fogaça

Juiz de Direito em 2º Grau Ruy Alves Henriques Filho

Juiz de Direito André Carias de Araujo

Coordenação

Adriane Garcel

Supervisão Editorial

Karen Paiva Hippertt

Revisão

Gustavo Calixto Guilherme

Letícia de Andrade Porto

Laura Gomes de Aquino

Editoração e Layout

Lucas Ashikaga Bernini

Luiz Fernando Patitucci

Revista Galha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD/ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, e. 9. v.1, n. 9, Curitiba, dez-2021/jan-2022.

Bimestral

ISSN 2675-9403

Disponível em: www.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná.

CDU: 340

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

EDITORIAL

A Revista Galha Azul desponta como importante marco acadêmico e jurídico para a sociedade, sendo motivo de orgulho para o Tribunal de Justiça do Paraná.

Esta edição contempla a heterogeneidade temática, propondo amplo espaço para discussões e reflexões, celebrando o diálogo entre as diversas áreas do Direito. É tempo de buscar inovações jurídicas, fomentadas pelos operadores do Direito e por aqueles que se engajam na pesquisa jurídica.

A iniciativa proposta pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná, Desembargador José Laurindo de Souza Netto, no que tange à união entre a pesquisa acadêmica e a prática judicial, busca trazer iniciativas para o melhor funcionamento da justiça e do seu acesso, promovendo vias alternativas e céleres aos jurisdicionados.

O debate é intrínseco à pesquisa. O constante fluxo de informações garante aprendizados e evoluções. Nesse norte, o aprimoramento do papel do Poder Judiciário brasileiro encontra amparo na função de garantidor de direitos humanos fundamentais, assim como, na busca pelo cumprimento dos objetivos de Desenvolvimento Sustentável, incentivados pela Organização das Nações Unidas.

Nesta edição, a Revista Galha Azul brinda seus leitores com artigos de extrema qualidade acadêmica e pertinência jurídica, levando à reflexão de assuntos que nos são caros, como o direito à educação, novas propostas interpretativas penais, proteção do trabalhador sob a égide da Convenção 190 da OIT, além de discussões acerca da criminologia e do sistema carcerário a partir da ótica de Michel Foucault.

Almeja-se que o Direito evolua com a sociedade. Repisa-se a importante contribuição advinda das pesquisas acadêmicas, que são o berço do pensamento jurídico. Resta desejar a todos uma excelente leitura, e que esta edição possa fomentar e incentivar inquietudes para novas pesquisas.

Anderson Ricardo Fogaça¹

Membro do Conselho Editorial da Revista Galha Azul

¹ Doutorando pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Título da dissertação: Judicialização da Saúde: novas repostas para velhos problemas. Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2002). Desde 2015 é Juiz de Direito em 2º Grau. Atualmente é Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, gestão 2021/2022. Juiz Formador credenciado pela ENFAM.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| EDITORIAL | 3 |
| Anderson Ricardo Fogaça | |
| A EFETIVIDADE DO SISTEMA GLOBAL DE MONITORAMENTO DA CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL | 6 |
| Jéssica Ribeiro Barreto, Carla Noura Teixeira, Raimundo Wilson Gama Raiol | |
| OS LIMITES NEGOCIAIS MATERIAIS E PROCESSUAIS NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL | 19 |
| Fernando Augusto Sormani Barbugiani, Éllen Crissiane de Oliveira Cilião, Thainá de Paula Belmiro | |
| O DOLO A PARTIR DO GIRO LINGUÍSTICO: UMA PROPOSTA | 36 |
| Eleonora Laurindo de Souza Netto, Adriane Garcel, Laura Aquino | |
| O ASSÉDIO MORAL E A CONVENÇÃO 190 DA OIT: PERSPECTIVA DE PREVENÇÃO INSERIDA NAS OBRIGAÇÕES DE FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA | 46 |
| Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima, Luiz Eduardo Gunther, Francisco Cardozo Oliveira | |
| NEUTRALIZAÇÃO DO INIMIGO PENAL: IMPACTO DA BIOPOLÍTICA PARA O FRACASSO DA RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA | 56 |
| Anderson Ricardo Fogaça, Eduardo Cambi, José Laurindo de Souza Netto, Letícia de Andrade Porto | |
| CUSTO MARGINAL PRÓXIMO A ZERO: INTERNET DAS COISAS, UMA ANÁLISE AO NOVO PARADIGMA EMERGENTE DO CAPITALISMO | 69 |
| Andrielly Prohmann Chaves Zanella, Demetrius Nichele Macei | |
| MEDIAÇÃO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E ARGENTINA | 76 |
| Valeska Vendramin Guimarães, Edison França Lange Junior, José Laurindo de Souza Netto | |
| TEXTO DE OPINIÃO | |
| O AGIR PRODUTIVAMENTE | 84 |
| João Laurindo De Souza Netto | |

ARTIGOS

A EFETIVIDADE DO SISTEMA GLOBAL DE MONITORAMENTO DA CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

THE EFFECTIVENESS OF THE GLOBAL MONITORING SYSTEM OF THE CONVENTION ON THE RIGHT TO EDUCATION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN BRAZIL

Jéssica Ribeiro Barreto¹, Carla Noura Teixeira², Raimundo Wilson Gama Raiol³

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência estabelece mecanismos de monitoramento de implementação do referido tratado. Busca-se questionar acerca da efetividade do sistema de monitoramento da Convenção de Nova York sobre o direito à educação das pessoas com deficiência, no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, assim como as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Foram encontrados relatórios periódicos nacionais, um parecer conclusivo do Comitê e relatórios de políticas públicas nacionais. Nesse sentido, verifica-se que tais resultados cumprem em parte sua tarefa em demonstrar a implementação de medidas acerca do direito à educação, mas é necessário uma reanálise de dados desatualizados e a congregação de esforços de monitoramento que demonstrem efetivamente a concretização do direito à educação de pessoas com deficiência, no Brasil.

Palavras-Chave: Efetividade. Sistema de Monitoramento. Convenção Nova York. Direito à Educação. Pessoas com Deficiência.

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities establishes mechanisms for monitoring the implementation of the aforementioned treaty. It seeks to question the effectiveness of the monitoring system of the New York Convention on the right to education of people with disabilities, in the Brazilian legal system. For that, the deductive method will be used, as well as the techniques of bibliographic and documental research. National periodic reports, a conclusive opinion of the Committee and national public policy reports were found. In this sense, it appears that such results partially fulfill their task of demonstrating the implementation of measures regarding the right to education, but a reanalysis of outdated data and the gathering of monitoring efforts that effectively demonstrate the realization of the right to education are necessary. of people with disabilities in Brazil.

Keywords: Effectiveness. Monitoring system. New York Convention. Right to education. People with Disabilities.

¹ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia. Bolsista CAPES. E-mail: jsrib2@gmail.com.

² Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia - UNAMA/ Grupo Ser Educacional. Professora da graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade da Amazônia - UNAMA/ Grupo Ser Educacional. Professora da Graduação em Direito da UNIFAMAZ e da UNINASSAU. Advogada. E-mail: carlanoura@gmail.com.br.

³ Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Pará. Professor Associado do Curso de Graduação em Direito e referido Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Advogado. E-mail: rwraiol@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) relaciona, em seus arts. 33 a 39, alguns mecanismos de monitoramento de implementação da referida convenção pelos Estados-partes. Tal previsão evidencia a necessidade de possuir um sistema de tutela dos direitos das pessoas com deficiência eficaz, no sentido de modificar a realidade, para atender às demandas dessa parcela da população. Diante disso, é salutar refletir acerca do referido sistema de monitoramento, no que tange ao seu modo de funcionamento e o efetivo cumprimento da referida Convenção.

Nesse sentido, o mote do presente trabalho é questionar se o sistema de monitoramento da Convenção de Nova York possui efetividade no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, em relação ao direito à educação. Assim, faz-se imprescindível a análise do aludido sistema no ordenamento brasileiro, uma vez que é um instrumento importante na verificação da implementação da CDPD, para a proteção efetiva dos direitos humanos e fundamentais das pessoas com deficiência.

Por outro lado, busca-se demonstrar a efetividade do sistema de monitoramento previsto na Convenção de Nova York, com base na análise dos relatórios nacionais elaborados pela Secretaria Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e nos pareceres emitidos pelo Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, assim como identificar as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado para as pessoas com deficiência, na área da educação para cumprir a convenção e as leis internas sobre o assunto.

Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, pelo qual se pretende partir da análise do sistema de monitoramento para verificar a premissa do efetivo cumprimento da CDPD, conjuntamente com a premissa de que as ações afirmativas desenvolvidas pelo Brasil cumpriram as obrigações impostas pela Convenção de Nova York, no concernente ao direito à educação. Assim, lançar-se-á mão das técnicas de pesquisa bibliográfica a partir de conceitos trazidos de livros, artigos, científicos dentre outros do gênero, para analisar argumentos e teses acerca do assunto, e documental, por meio da análise da Convenção de Nova York e seus relatórios periódicos, bem como de relatórios desenvolvidos pela ONU e da legislação nacional a respeito da matéria.

Assim, a primeira parte do texto tratará sobre o regime jurídico interno e internacional que tutela os direitos das pessoas com deficiência. A segunda parte abordará a estrutura e os primeiros resultados do sistema de monitoramento da CDPD no Brasil, através da análise dos relatórios nacionais e do parecer conclusivo do Comitê CDPD. Por fim, a última parte

apontará as ações afirmativas desenvolvidas na área da educação.

1 O REGIME JURÍDICO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O objeto do presente trabalho busca estudar o sistema global de direitos humanos com foco nos direitos das pessoas com deficiência. Para analisar o sistema de monitoramento da CDPD, é preciso entender qual posição tal sistema ocupa dentro do regime jurídico interno e internacional que tutela os direitos dessa parcela da população.

1.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Após o fim da 2ª Guerra Mundial, os Estados ao redor do mundo se viram atônitos com as atrocidades que o ser humano foi capaz de fazer com o seu semelhante. Os regimes totalitários que afloraram na Europa, na década de 1930, representam, segundo Hannah Arendt (apud LAFER, 1988), uma ruptura do sistema político, social, econômico e filosófico que considerava o indivíduo como "valor-fonte", uma vez que os seres humanos passaram a ser descartáveis e supérfluos. Não obstante, era necessário um novo modelo de ordem internacional que retomasse "o valor da pessoa humana enquanto 'valor-fonte' da ordem de vida e sociedade encontra sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem" (LAFER, 1988, p. 20) e também reconhecesse a obrigação dos Estados no que tange ao respeito aos direitos humanos.

Assim, o esforço de reconstrução dos direitos humanos como diretriz ética para a comunidade internacional iniciou um processo de criação de um regime de proteção dos direitos inerentes à pessoa humana (PIOVESAN, 2013). Esse empenho resultou na criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, com o propósito de preservar as futuras gerações de horrores decorrentes de guerras, fomentar o respeito aos direitos humanos e promover a cooperação internacional pacífica.

Enquanto a Carta da ONU criou o órgão internacional para intermediar as relações entre os Estados e estes e seus indivíduos, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), de 1948, representou o ponto de partida para a proteção aos direitos inerentes do ser humano (PORTELA, 2018), uma vez que considera que a condição de pessoa humana é o único requisito capaz de conferir titularidades de direitos (PIOVESAN, 2013). A mencionada declaração objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais (PIOVESAN, 2013, p. 210).

Apesar de a DUDH ter sido promulgada sob a forma de resolução e não tratado, o que a princípio não a tornaria exigível (PORTELA, 2018), o entendimento

majoritário é o de que os preceitos do mencionado documento são juridicamente vinculantes, já que foram positivados posteriormente por outros instrumentos normativos internacionais e são considerados como princípios gerais do Direito Internacional. Os valores da DUDH impõem o respeito de maneira vinculante e erga omnes – principalmente delegando deveres aos Estados – das prerrogativas destinadas aos indivíduos pelo simples fato de serem seres humanos, o que confere certas titularidades de direitos inalienáveis, universais e indivisíveis (PIOVESAN, 2013).

Justamente pelo seu caráter universal, o grupo de direitos abordados pelo referido documento buscam assegurar o desenvolvimento de uma pessoa de modo holístico, abrangendo demandas civis, políticas, sociais, econômicas e culturais, que buscam proteger a essência do ser humano.

1.2 CONVENÇÃO DE NOVA YORK SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Embora a DUDH e os principais tratados de direitos humanos da ONU conferissem a garantia mínima a qualquer indivíduo, as transformações pelas quais a sociedade mundial passou, ocasionou o surgimento de novas demandas que necessitam de uma tutela jurídica das especificidades de um determinado grupo de indivíduos (BOBBIO, 2004). Esse movimento de multiplicação de direitos (PIOVESAN, 2013) acarretou o surgimento de várias normas internacionais que tutelam grupos hipervulneráveis, pois necessitam de uma proteção maior pelo Direito das Gentes (NISHIYAMA; TEIXEIRA; SILVA PASSOS, 2016, p. 310-332), que criou o Sistema Especial de Proteção da ONU.

Nesse sentido, ter uma convenção específica para as pessoas com deficiência é também reconhecer que esse grupo constitui uma minoria com contexto peculiar, o que requer proteção específica para acesso ao pleno usufruto dos direitos que não é provido pela descrição genérica dos direitos contidos nos demais tratados existentes (LOPES, 2007, p. 53).

Assim, em 26 de fevereiro de 2002, foi aprovada a Resolução nº 56/186 da Assembleia Geral da ONU, a qual criou um comitê especial para analisar propostas relativas a elaborar uma convenção internacional ampla e integral, para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência, sob uma visão holística que atenda áreas como desenvolvimento social, direitos humanos e não discriminação, tendo em vista o crescimento do interesse da comunidade internacional em tutelar, de maneira plena, os direitos humanos desse grupo. Em agosto do mesmo ano, ocorreu a 1ª reunião do comitê, a qual estabeleceu o lema do procedimento de desenvolvimento do referido tratado, isto é, "Nada sobre nós sem nós", demonstrando a efetiva integração do movimento em prol da afirmação dos direitos das pessoas com

deficiência, de vez que, além dos Estados Partes, participaram das reuniões do referido comitê pessoas com deficiência e ONG's representativas desse grupo social. O comitê realizou outras reuniões, entre os anos de 2003 a 2006.

A promulgação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ocorreu na cidade de Nova York, em 30 de março de 2007, destacando, no preâmbulo, a importância de discutir questões relativas à deficiência, bem como a necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, uma vez que mesmo havendo vários instrumentos e compromissos internacionais, o predito grupo de indivíduos ainda enfrenta obstáculos, no tocante à sua participação em pé de igualdade na comunidade, e, ao lado disso, a persistente violação de seus direitos humanos levou os Estados Partes a elaborarem uma convenção internacional geral e integral, com vistas a promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência, prestando significativa contribuição para corrigir as profundas desvantagens sociais desse grupo, assim como promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, nos países signatários.

Além disso, vale destacar a natureza complexa do referido tratado, pois

a Convenção contempla artigos que tratam de direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais, além de direitos específicos para grupos duplamente vulneráveis tais como mulheres com deficiência, crianças com deficiência; (...) indígenas com deficiência entre outras (...). A aplicação pois desses artigos será tanto de forma imediata como no caso dos primeiros, quanto de forma progressiva no segundo (...). Assim, trata-se de um tratado complexo que carrega em si diferentes conceitos para conformar a moldura dos direitos humanos das pessoas com deficiência (LOPES, 2007, p. 59).

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, e se reveste de status material e formalmente constitucional (PIOVESAN, 2013), conforme os ditames do art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, considerando sua natureza de tratado de direitos humanos, que foi aprovado de acordo com o rito previsto para as emendas constitucionais. Sua aplicabilidade imediata está prevista no § 1º do referido dispositivo constitucional. Também lhe é aplicável o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Nesse sentido, "os tratados internacionais de direitos humanos constituem o 'bloco de constitucionalidade', ampliando o núcleo mínimo de direitos e o próprio parâmetro como controle de constitucionalidade" (PIOVESAN, 2013, p. 166).

1.3 LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

A Lei nº 13.416, de 6 de julho de 2015, denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPCD) ou Lei Brasileira de Inclusão (LBI), tem como pressuposto a Convenção de Nova York, consoante se pode depreender do art. 1º, parágrafo único, da referida lei. Ora, é possível que surja o seguinte questionamento: Se há uma convenção internacional que tutela os direitos das pessoas com deficiência, por que é necessária outra lei sobre o assunto?

A resposta a essa pergunta vem da própria CDPD, que estabelece, em seu art. 4º, inc. 1, alínea a, assim como em outras partes do texto, que os Estados Partes devem se comprometer a adotar todas as medidas, inclusive legislativas, para assegurar a realização dos direitos previstos no referido tratado. Logo, apesar de a LBI pouco tenha inovado acerca da matéria, essa lei constitui o regulamento nacional e específico acerca dos direitos das pessoas com deficiência.

Outrossim, vale destacar que a referida lei traz

a execução da política determinada pela Convenção. A Convenção, por sua própria natureza, traz deveres genéricos, determina comportamentos, muitas vezes, sem anotar prazos. Esses deveres genéricos foram concretizados pela edição da lei. Assim, sem deixar de anotar que a lei é apenas a execução de uma Convenção internacional assinada pelo Brasil, de forma regular, (...), ela tem méritos próprios, quer de detalhar de maneira bastante efetiva os comandos convencionais, quer pelo fato de ter reunido diversos pontos que estavam espalhados em diversas legislações, dando uma uniformidade de tratamento ao sistema legal. A ideia de um "Estatuto da Pessoa com Deficiência" dá à lei uma dimensão de unidade, de sistematização, interferindo em diversos diplomas (ARAÚJO; COSTA FILHO, 2015, p. 2).

Vale destacar também que a LBI é decorrente do Projeto de Lei nº 7966 de 2006, portanto, anterior à ratificação e incorporação da CDPD ao ordenamento brasileiro. Após a incorporação da Convenção de Nova York ao sistema jurídico estatal, a tramitação do referido projeto de lei foi suspensa para adequar a redação à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que trazia um novo modelo social acerca dos direitos e garantias desse grupo. A relatora do PL 7966 de 2006, a Deputada Federal Mara Gabrili (2015), destacou a importância da referida lei ao sedimentar o modelo de tutela às pessoas com deficiência à luz da ratificação do conceito de deficiência como resultado da interação de fatores biopsicossociais, bem como ao regulamentar as políticas públicas nacionais inclusivas.

Quanto às inovações, merece o destaque o Cadastro Nacional de Inclusão de Pessoa com

Deficiência do art. 92 da LBI, que pretende reunir e sistematizar informações sobre as pessoas com deficiência e sobre as eventuais barreiras impeditivas da realização dos direitos desse grupo populacional. Outra novidade é a importante alteração quanto aos regimes da incapacidade absoluta e relativa dos art. 3º e 4º do Código Civil Brasileiro vigente (CC/02), bem como em relação aos processos de tutela, curatela e acrescenta o instituto de tomada de decisão apoiada, previstos nos arts. 1.767 a 1.783-A do código civilista. Também é válido ressaltar o estabelecimento da obrigação de envio de relatórios, por parte dos órgãos de todas as esferas estatais, no que diz respeito ao atendimento prioritário de pessoas com deficiência, para o Ministério Público e entidades reguladoras, conforme as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000 e 10.098, de 19 de dezembro de 2000.

2 O SISTEMA DE MONITORAMENTO DA CONVENÇÃO DE NOVA YORK SOBRE OS DIREITOS DA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Convenção de Nova York, além de instituir os direitos relativos à pessoa com deficiência e esclarecer as competências obrigacionais dos Estados partes no sentido de dar efetividade ao tratado, define mecanismos de aplicação e controle social da CDPD, já que é difícil obrigar o Estado signatário a cumprir as obrigações assumidas no âmbito internacional (LOPES, 2007, p. 110).

O sistema de monitoramento "é entendido como o acompanhamento de determinadas ações e a verificação dos resultados obtidos em conformidade com certos parâmetros" (DIAS; LOPES, 2008, p. 110) definidos pelas convenções que os estatuem. A importância desse sistema recai sobre obrigação de transformar o dever-ser previsto no referido tratado no ser da realidade social. Assim, o referido tratado delinea uma rede de órgãos estatais e entidades da sociedade civil, cujas atribuições devem formar um esforço articulado de ações no sentido de tornar efetivos os direitos previstos na CDPD.

2.1 A ESTRUTURA DO SISTEMA DE MONITORAMENTO DA CDPD

De acordo com a Convenção de Nova York (Artigo 33), os Estados signatários deverão estabelecer, no mínimo, um ponto ou vários pontos em relação à implementação do referido tratado, necessitando para tanto da criação de um mecanismo de coordenação, no âmbito do Governo, capaz de fomentar a intermediação da política dos direitos das pessoas com deficiência, no plano nacional, bem como um mecanismo independente com a função primordial de monitoramento interno. Atualmente, é a Secretaria Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência,

integrada ao Ministério de Direitos Humanos, conforme disposição do Decreto nº 9.673 de 2 de janeiro de 2019, a responsável por aquela coordenação.

Quanto ao mecanismo independente, era atribuído ao Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência – CONADE, criado pelo Decreto nº 8.243 de 23 de maio de 2014 que foi revogado pelo Decreto nº 9.759 de 11 de abril de 2019 e reativado, posteriormente, por pressão da sociedade civil e de ativistas. No entanto, segundo Joelson Dias (2014) afirma, o precitado órgão era composto por representantes do governo e da sociedade civil, o que acarretava o cumprimento parcial da disposição convencional pelo país.

Além disso, a Convenção também aponta a participação da sociedade civil, em especial as entidades representativas de pessoas com deficiência no sistema de monitoramento. No Brasil, pode-se citar inúmeras, que se destacam no ativismo pelos direitos desse grupo. Entretanto, é preciso destacar a ausência de relatórios de ONG'S acerca do assunto ou a existência de dados não consolidados ou atualizados sobre as políticas públicas com foco nesse grupo populacional.

Outrossim, é preciso a função de determinados órgãos dentro do sistema global de direitos humanos chamados comitês, tendo a função primordial de monitoramento do cumprimento dos tratados ratificados pelos Estados. André Ramos (2016) afirma que os comitês são órgãos colegiados de supervisão e controle criados por tratados internacionais específicos e que efetuam o monitoramento dos instrumentos ratificados pelos Estados, os quais possuem funções de interpretação das normas de direitos humanos, recebimento e exame dos relatórios previstos nos tratados. Os comitês podem expedir recomendações, elaborar comentários e analisar petições de indivíduos.

A CDPD criou o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Artigo 34), órgão integrante do sistema onusiano inicialmente composto por 12 peritos e, atualmente, conta com 18 peritos. De acordo com Fernando Jayme (2014), a atuação do Comitê acerca do monitoramento da CDPD no Brasil é subsidiária, tendo em vista a incorporação da convenção, segundo o art. 5º, §3º, da Constituição Federal, o que acarreta a obrigação precípua do Estado em realizar o cumprimento das normas estabelecidas na Convenção. O referido Comitê atua no sentido de receber e analisar os relatórios periódicos do Estados Partes, elaborar parecer acerca dos relatórios recebidos e realizar recomendações (Artigos 35 e 36), bem assim receberá petições individuais em relação a eventual violação aos direitos estabelecidos pela CDPD pelos Estados Partes, acompanhando a disposição do Protocolo Facultativo da Convenção de Nova York, também ratificado pelo Brasil.

Desde a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, houve a elaboração de dois relatórios nacionais, um geral, em 2008-2010, outro complementar, em 2017. Além disso, o Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU elaborou um parecer com observações conclusivas em 2015 acerca do primeiro documento nacional.

Fernando Jayme (2014) realça que os relatórios dos Estados devem ser regidos pelo princípio da boa-fé, uma vez que é necessário haver transparência e franqueza, na elaboração do documento, no sentido de expor inclusive as dificuldades referentes à efetivação da CDPD. Quanto ao exame do teor dos relatórios, o Comitê pode emitir sugestões, recomendações ou pedir esclarecimentos aos Estados e esses podem solicitar demandas ao Comitê em relação à assistência de determinado órgão integrante da ONU.

Com o propósito de ampliar a implementação da CDPD, os Estados Partes, o Comitê e as agências e órgãos da ONU poderão formar uma rede de cooperação internacional (artigos 36 e 37) no sentido de potencializar os esforços de todos os agentes envolvidos na convenção e no sistema global de direitos humanos, tendo em vista o caráter universal das garantias dispostas na CDPD (JAYME, 2014).

Por fim, quanto ao sistema de monitoramento, o Comitê da CDPD redigirá, a cada 2 anos, um relatório acerca de suas atividades (Artigo 39), podendo fazer sugestões e/ou recomendações, objetivando ao exame dos relatórios periódicos e de eventuais informações advindas dos Estados Partes e eventuais comentários provenientes desses, desses documentos, que serão submetidos à Assembleia Geral a ONU e ao Conselho Econômico Social (JAYME, 2014). Além disso, o Secretário Geral das Nações Unidas convocará regularmente os Estados signatários para uma conferência bienal (Artigo 40) destinada a verificar a implementação da CDPD.

2.2 RELATÓRIO NACIONAL INICIAL

O 1º Relatório Nacional sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência abarca as competências de 2008 a 2010. É documento composto por duas partes: uma geral que trata acerca da função da CDPD dentro do sistema jurídico brasileiro, bem como as políticas públicas nacionais envolvidas com a referida convenção e outra específica que relata os avanços no atinente ao cumprimento de cada direito do tratado mencionado.

O relatório geral destaca primeiramente a incorporação da CDPD com status de Emenda Constitucional, sob o rito do art. 5º, 3º, da CRFB, como o marco geral de proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência. Em seguida, o documento

detalha as hipóteses de cabimento das ações constitucionais (ADIN e ADPF), da ação civil pública, do mandado de segurança e da ação popular como instrumentos jurídicos utilizados na garantia e defesa dos direitos previstos na Convenção de Nova York.

Por sua vez, o Brasil situou como objetivo estratégico a promoção e tutela dos direitos das pessoas com deficiência dentro do Programa Nacional de Direitos Humanos III, bem como o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Viver Sem Limite de 2011. Por fim, a parte geral finaliza demonstrando a articulação e a proteção dos direitos desse grupo populacional com políticas públicas de saúde e assistência social, bem como em relação ao Plano Brasil 2022, que fixa metas a serem implementadas até o ano em que o Brasil comemora o bicentenário de sua independência.

A segunda parte do relatório detalha a implementação de cada direito previsto na Convenção de Nova York, quais sejam os artigos 1º a 33, relacionando disposições constitucionais, leis ordinárias com previsões específicas atinentes às pessoas com deficiência, regulamentos como decretos e políticas públicas desenvolvidas.

Vale destacar a relação entre a natureza da prestação do direito e o relato de seu cumprimento. Assim, se o direito possui uma prestação negativa, ou seja, uma abstenção por parte do Estado, a simples menção da norma interna ou internacional sobre a obrigação de não fazer e a garantia de não interferência estatal no relatório, denota que o ente cumpre com sua obrigação de monitoramento, em grande parte, uma vez que os órgãos estatais devem sempre manter informações em torno de eventuais violações de liberdades negativas, caso que ocorre, por exemplo, no direito capitulado no artigo 22, que dispõe sobre o respeito pelo lar e pela família. Em termos de implementação desses direitos, no Brasil, o relatório deixa patente que o sistema jurídico não opõe qualquer obstáculo a que as pessoas com deficiência possam contrair matrimônio, formar uma família, com base no livre e pleno consentimento, acessar igualmente os programas de planejamento familiar, buscar a reprodução assistida e programas de adoção etc...

No que diz respeito aos direitos de prestação positiva, ou seja, os que exigem uma obrigação de dar ou fazer por parte do Estado, não basta somente a previsão no ordenamento para que o direito seja efetivado. O relato referente ao cumprimento desses direitos – em sua maior parte previstos na CDPD – consiste em abordar a previsão normativa e a política pública específica com seus objetivos gerais, carecendo de dados consolidados atualizados e metas específicas, em algumas das medidas relatadas. É o que ocorre com os direitos à acessibilidade (artigo 9), educação (artigo 24), saúde (artigo 25) e, principalmente, no que tange à

obrigação do estado em manter dados e estatísticas (artigo 31).

O relato de implementação referente ao artigo 33, que trata do sistema de monitoramento da Convenção de Nova York, alude ao pertinente questionamento de Luis Fernando Gatjens (2004, p. 75): "diga-me o que tem feito com relação ao artigo 33 em medidas para implementar e monitorar a Convenção e eu te direi quem tu és, em face de seu compromisso com a Convenção e com o avanço dos direitos de pessoas com deficiência".

Para responder tal pergunta, o relatório aborda sobre o orçamento destinado ao desenvolvimento das políticas públicas específicas para o referido grupo populacional, no aporte de "8,7 bilhões de reais em 2008, 10,3 bilhões de reais em 2009 e 12 bilhões de reais em 2010. O orçamento de 2011 prevê o montante de 13,6 bilhões de reais destinados para políticas públicas voltadas para as pessoas com deficiência" (BRASIL, 2010) e cita a instituição da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência como mecanismo de coordenação de cumprimento da CDPD e das políticas públicas voltadas às pessoas com deficiência. Outro ponto importante realçado no relatório é sobre o CONADE e, ademais, que o país reconheceu estar cumprindo parcialmente a Convenção de Nova York ao ter criado um órgão composto paritariamente de representantes estatais e da sociedade civil e, também, que estava tomando medidas para adequar o referido órgão à CDPD (BRASIL, 2010).

Em relação aos outros órgãos estatais, o documento afirma que os mesmos vêm elaborando regulamentos e agendas internos para adequação da prestação de serviços públicos ao público-alvo da CDPD, como, por exemplo, a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça - CNJ nº 27/2009 e os Programas de Acessibilidade do Senado Federal e Câmara dos Deputados, os quais visam a promoção da acessibilidade, a inclusão e a valorização das pessoas com deficiência (BRASIL, 2010).

2.3 PARECER CONCLUSIVO DO COMITÊ

Em resposta, o Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, em seu parecer conclusivo com status de Emenda Constitucional emitido em setembro de 2015, levantou como pontos positivos o valor constitucional da CDPD, pela criação da Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência, na Câmara dos Deputados, do Congresso Nacional, em 2015, bem como o Plano Nacional específico para a matéria, adoção de medidas legais de acessibilidade digital, nos sites oficiais governamentais entre outras providências.

Todavia, o referido comitê demonstrou preocupações em relação à ausência de uma

concentração de estratégias no sentido de harmonizar o sistema jurídico interno que tutela os direitos das pessoas com deficiência, para fomentar mecanismos de participação de entidades representativas desse grupo no desenvolvimento das políticas públicas que lhes são destinadas, assim como quanto à efetividade e acessibilidade do público-alvo em relação às políticas públicas, dentre outras.

Nesse mirante, o Comitê faz, dentre outras recomendações, a de que o Estado promova uma revisão sistemática de seu ordenamento, para proceder à adequação em relação ao teor da CDPD, bem como desenvolva políticas públicas eficazes em parceria – principalmente no que diz respeito a grupos duplamente vulneráveis, como negros, mulheres, indígenas e crianças com deficiência – com entidades representativas acessíveis intermédio de mecanismos consultivos. Também, convém frisar a recomendação de assinatura do Tratado de Marrakesh por parte do Brasil, bem assim a necessidade do Estado em fortalecer o sistema de coleta de dados de maneira sistemática e consolidada por todas as áreas contempladas pela convenção, recomendar a adequação de um mecanismo independente de monitoramento, de acordo com os Princípios de Paris, e envolver organizações de pessoas com deficiência na elaboração de seus relatórios periódicos.

Por fim, o Comitê solicitou ao Estado que fornecesse informações acerca dos pontos de preocupação do referido órgão, no tocante à recomendação de revogar o sistema de substituição de tomada de decisão, nas hipóteses de curatela de pessoas com deficiência, e sobre a Lei nº 9263, de 12 de janeiro de 1996 atinente ao planejamento familiar, que prevê a esterilização cirúrgica de pessoas absolutamente incapazes somente com autorização judicial.

2.4 RELATÓRIO COMPLEMENTAR

Em 2017, o Brasil elaborou um relatório complementar para responder aos pedidos de informações requeridos pelo comitê, no tocante às recomendações acerca de procedimentos de tomada de decisão de curatelados e proteção à integridade física dos indivíduos com deficiência.

O Brasil alega ter acolhido as recomendações do referido órgão da ONU e afirma que, com o advento da Lei Brasileira de Inclusão, alterou o regime da incapacidade e dos processos de tutela e curatela dos arts. 3º a 4º e 1.767 a 1.783-A do Código Civil, respectivamente, os quais, em consonância aos arts. 6º, inc. IV, e 84 da LBI, valorizam a plena capacidade da pessoa com deficiência, vedando sua esterilização compulsória e estabelecendo a curatela como medida de caráter excepcional.

O Estado aduz que a Lei nº 9263/96 não prevê esterilização de pessoas com deficiência sem prévio consentimento e que esse procedimento em pessoas absolutamente incapazes somente pode ser realizado com autorização judicial, além do que eventual conduta nesse sentido é tipificada como crime, nos moldes do art. 10 da referida lei. No tocante à curatela, a LBI acrescenta o instituto de tomada de decisão apoiada, previsto no art. 1.783-A do CC/02, a qual estatui o procedimento em que a pessoa com deficiência escolhe assistentes para lhe auxiliarem em decisões de cunho patrimonial ou negocial.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS NACIONAIS NA ÁREA DA EDUCAÇÃO

Para analisar a efetividade das disposições da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu sistema de monitoramento faz-se necessário realizar um recorte teórico, focalizando detalhadamente as ações apontadas pelo relatório acerca da área da Educação. Primeiramente, é válido destacar que a linha de raciocínio a seguir construída será a que foi mostrada no relatório periódico, uma vez que, em sua parte geral, expõe as ações realizadas pelo Plano Nacional de Direitos Humanos-3 e o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Viver sem Limite e, em sua parte específica, enumera outras medidas adotadas pelo governo.

3.1 PNDH-3

O Plano Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH-3) possui o fito de atualizar e consolidar uma política estratégica que respeita a uma agenda estatal de efetivação dos direitos humanos, nos três poderes (legislativo, executivo e judiciário) e nas três esferas (federal, estadual e municipal).

O relatório inicial brasileiro da CDPD identifica a promoção dos direitos das pessoas com deficiência no Eixo Orientador III – Universalizar Direitos em um Contexto de Desigualdades, o qual pretende “reconhecer as diversidades e diferenças para concretização do princípio da igualdade” (BRASIL, 2010, p. 9), cujos objetivos estratégicos são os de promover os direitos desse grupo, de maneira plena, integral e ampla.

O eixo do PNDH-3 aponta ações programáticas com vistas a eliminar as desigualdades. Uma das ações é a “criação de indicadores que possam mensurar a implementação progressiva dos direitos” (BRASIL, 2010, p. 9), de modo a cumprir assim o artigo 32 da CDPD, que dispõe sobre a consolidação de dados estatísticos para verificar a implementação dos direitos.

Em meio a isso, destaca-se a diretriz 10 (Garantia da igualdade na diversidade) cujos objetivos estratégicos são: a afirmação da diversidade para a

construção de uma sociedade igualitária (O.E. I), com ações no sentido de realizar campanhas e ações educativas de conscientização para desconstrução de estereótipos de vários grupo minoritários; a promoção e proteção dos direitos das pessoas com deficiência e garantia da acessibilidade igualitária (O.E. IV), com várias ações previstas para garantir proteção contra a discriminação e abusos; efetivar o Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004 que aponta prestações no sentido de tornar acessíveis locais públicos e privados, inclusive com garantia de recursos didáticos e pedagógicos para atender às necessidades educativas especiais, como sistema de braille e correlatos e o ensino da Língua Brasileira de Sinais; bem como regulamentar profissões de auxiliares ao atendimento educacional especializado e a elaboração de relatórios municipais acerca de frota adaptada.

Oportuno é trazer a lume algumas ações citadas no mencionado relatório (BRASIL, 2015), quais sejam, o Projeto Livro Acessível do Programa Nacional Livro Didático (PNLD) e do Programa Nacional da Biblioteca Escolar (PNBE). Ambas as ações nutrem-se do desiderato de garantir aos estudantes com deficiência visual da rede pública de ensino livros em formatos acessíveis, a implantação de Cursos de Graduação em Letras/Libras e o Exame Nacional para Certificação de Proficiência em Libras e para Certificação de Proficiência em Tradução e Interpretação de Libras (Prolibras). No entanto, o referido relatório não relaciona dados estatísticos, objetivos específicos e metas alcançadas dos programas citados.

Assim, é imprescindível enfatizar que o Projeto Livro Acessível é implementado por meio de parceria entre vários órgãos, dentre eles o Ministério da Educação (MEC), e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e outros. Atualmente, com o advento da Lei Brasileira de Inclusão (LBI), o Ministério Público Federal (MPF) celebrou um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Sindicato Nacional dos Editores de Livros (SNEL), com o objetivo de conectar editoras e pessoas com deficiência visual na compra de livros.

Ademais, registra-se que os Cursos de Graduação em Letras/Libras são ofertados nas modalidades de licenciatura e bacharelado em 37 universidades federais e, de acordo com o levantamento realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), sob a denominação de Sinopses Estatísticas da Educação Superior – Graduação (INEP, 2015-2019), resulta demonstrado que houve a implantação de 6 (seis) cursos de Letras-Linguagem de Sinais em 5 universidades públicas, com 250 matrículas, no ano de 2015 – primeiro ano em que houve o levantamento – e, em 2017, verificou-se um salto de matrículas para 625.

Por fim, no que tange ao Exame Prolibras, a certificação é realizada, anualmente, desde o ano de 2007, pelo Ministério da Educação, porém, o único levantamento disponibilizado pelo Ministério da Educação sobre profissionais que obtiveram certificados se refere ao ano de 2010, com 974 aprovados.

3.2 PLANO VIVER SEM LIMITE

O Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Viver sem Limite (BRASIL, 2013), destacado pelo relatório inicial foi estatuído pelo Decreto nº 7.612 de 17 de novembro de 2011, o qual possui o objetivo de promover, pela integração e articulação de políticas, programas e ações, o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência (art. 1º), e será executado pela União, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e a sociedade (art. 1º, parágrafo único), bem como havia a participação de 15 ministérios e do extinto CONADE. Dentre suas diretrizes, pode-se destacar a garantia de um sistema educacional inclusivo (art. 3º, inciso I).

A referida política pública possui um orçamento previsto no aporte total de R\$ 7,6 bilhões, com metas a serem atingidas até o ano de 2014. No que diz respeito à área de acesso à educação, o Plano propôs metas direcionadas para algumas políticas de investimento. O relatório periódico da CDPD aponta alguns números iniciais na implementação do referido Plano, na área destacada, cumprindo assim a disposição de apresentação das medidas de implementação da CDPD, no referente às políticas públicas para esse grupo.

A primeira ação prevista na área de Educação é o Programa de Implantação de Salas de Recursos Multifuncionais (SRM), com o fito de realizar o Atendimento Educacional Especializado (AEE), para atender demandas escolares de alunos com deficiência, de maneira complementar ou suplementar, com o objetivo de disponibilizar às escolas públicas equipamentos de informática, mobiliários, materiais didáticos, pedagógicos e recursos de acessibilidade. A meta era de 15 mil salas e 30 mil kits de atualização das SRM, sendo que foram implantadas 13.500 salas e 15 mil kits distribuídos (BRASIL, 2013, p. 13 e 14).

Outra medida é o Programa Escola Acessível, que, subsidiado pelo Programa Dinheiro Direto na Escola, fornece recursos financeiros para as escolas públicas, no sentido de realização de obras de acessibilidade arquitetônica e compra de materiais e dispositivos de tecnologia assistiva. De acordo com as metas expostas no Plano Viver Sem Limite, "em 2011 e 2012, o Escola Acessível investiu na acessibilidade arquitetônica de 21.288 escolas. Com o Viver sem Limite, até 2014, 42 mil escolas em todo o Brasil receberão o recurso" (BRASIL, 2013, p. 16).

O Transporte Escolar Acessível possui a finalidade precípua de resolver a falta de transporte acessível, o que comumente cria obstáculos a alunos com deficiência para frequentarem as aulas, oferecendo automóveis que realizam o traslado dos estudantes, tanto para os das classes regulares quanto para os de Atendimento Educacional Especializado (AEE), no meio rural ou urbano. O referido programa busca dar prioridade às cidades que possuem uma expressiva quantidade de beneficiários que tenham faixa de idade escolar obrigatória, mas que não estão matriculados na rede de ensino. Segundo o relatório do Plano Viver Sem Limite, havia a meta, de até 2014, de ocorrer a disponibilização de "2.609 veículos acessíveis para atender cerca de 60 mil estudantes com deficiência", acentuando que— "só em 2012, foram adquiridos 1.316 veículos para 953 municípios" (BRASIL, 2013, p. 19).

Agrega-se a essa a ação voltada ao Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e ao Emprego – PRONATEC, com o objetivo de promover a expansão e a democratização da educação e formação profissional com foco no grupo social em destaque. Para tanto, a medida prevê que "todas as vagas do Pronatec poderão ser acessadas por pessoas com deficiência, independentemente do ofertante, do curso e do tipo de deficiência, com atendimento preferencial na ocupação das vagas" (BRASIL, 2013, p. 22).

Outro programa é o Acessibilidade na Educação Superior – Incluir, que propicia suporte para instituição e readequação de Núcleos de Acessibilidade das universidades públicas federais, os quais devem assegurar o livre acesso de pessoas com deficiência, sejam alunos, estudantes, professores ou servidores. Nesse sentido, o plano Viver sem Limite previa recursos para ampliar e fortalecer núcleos em todas as universidades federais. Até 2014, 59 universidades receberiam orçamento para essa ação (BRASIL, 2013, p. 26).

No que diz respeito à promoção da educação bilíngue no país, equivale a dizer o ensino da Língua Portuguesa conjuntamente com o da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS), o plano Viver sem Limite tem o objetivo de criar "27 cursos de Letras/Libras – Licenciatura e Bacharelado e de 12 cursos de Pedagogia na perspectiva bilíngue. Por meio do plano, foi prevista a criação de 690 vagas para que as instituições federais de educação contratem professores, tradutores e intérpretes de Libras" (BRASIL, 2013, p. 27), meta alcançada em quase sua totalidade.

Por fim, é de suma importância o Programa Benefício de Prestação Continuada – BPC na Escola, criado pela Portaria Normativa Interministerial nº 18/2007 e que consiste em uma iniciativa realizada por vários ministérios, tendo como público-alvo crianças e adolescentes com deficiência. As ações desse programa buscam identificar anualmente as pessoas

com deficiência beneficiárias do BPC/LOAS matriculadas e não matriculadas no sistema regular de ensino, bem como a transferência das informações colhidas para um banco de dados, com a finalidade de empregar as referidas informações no sistema de assistência social local e do desenvolvimento de estudos interdisciplinares entre vários setores estatais, no sentido de identificar obstáculos ao acesso e à permanência desse grupo nas escolas, valendo-se de intervenções para remoção de tais impedimentos.

Na primeira fase do programa, a partir de 2008, 26 Estados, o Distrito Federal e 2.622 municípios (incluindo todas as capitais) aderiram ao programa, possibilitando o acompanhamento de 232 mil beneficiários. A segunda fase, a partir de setembro de 2011, ampliará a cobertura do programa. A meta é chegar a 378 mil crianças e adolescentes com deficiência (70% dos beneficiários) matriculados na escola, em 2014 (BRASIL, 2010, p. 34-35).

Salienta-se que o Plano Viver Sem Limite, além de tratar dos programas, também prevê ações destinadas aos cidadãos, aos diretores das escolas e aos gestores das redes públicas de ensino básico ou superior, na perspectiva de identificar demandas e solicitar recursos necessários ao desenvolvimento de ações do Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência.

3.3 OUTRAS AÇÕES INFORMADAS NO RELATÓRIO

O relatório periódico acerca do cumprimento do artigo 24 da CDPD enumera várias normas norteadoras dos direitos das pessoas com deficiência à educação: os arts. 205, 206, I, 208, III e § 2º, da Constituição Federal; os arts. 58 a 60 da Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, que define as diretrizes e bases da educação nacional, com regras específicas para a educação especial na rede regular de ensino; o art. 54, III, da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual estabelece como dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente com deficiência o atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino; o art. 4º da Lei nº 10.436 de 24 de abril de 2002, que dispõe acerca da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS), buscando garantir a inclusão nos cursos de formação de Educação Especial, nas áreas de Fonoaudiologia e de Licenciatura, tanto no nível médio quanto superior, do ensino da Língua Brasileira de Sinais.

Afigura-se relevante sublinhar algumas medidas citadas no relatório que foram desenvolvidas para assegurar o acesso de estudantes com deficiência à escola, tais como a definição da política da educação inclusiva, a partir de uma abordagem transversal, e

financiamento do atendimento educacional especializado (BRASIL, 2010, p. 34-35).

Por outro ângulo, o relatório traz importantes dados acerca do Censo Escolar do INEP/MEC que, no ano de 2006, demonstra que os estudantes com deficiência matriculados na rede de ensino regular eram 46,4% e em escolas públicas totalizavam 63%, enquanto que, no ano de 2009, os mesmos quesitos saltaram para 60,5% e 71% (BRASIL, 2010, p. 34-35). No que tange à educação pré-escolar, constatou-se o acréscimo de 10% das matrículas entre os anos 2009-2010 no sistema regular de ensino e uma diminuição no sistema especial de ensino. Nesse período, o censo revela que, em termos de alunos com deficiência atendidos na educação infantil, os dados são de matrícula de 10.864 meninos (56,9%) e 8.216 meninas (43,1%) nas creches e 32.835 meninos (59%) e 55,699 meninas (41%) na pré-escola (BRASIL, 2010, p. 35).

Outro ponto importante a ser ressaltado é o aspecto físico da escola, uma vez que a falta ou a precariedade de acessibilidade ainda se mostra como um obstáculo à efetivação do direito à educação de crianças e adolescentes com deficiência. O relatório periódico registra dados relacionados ao Plano Nacional de Educação (PNE) de 2004 a 2006 que evidenciam “que algumas escolas não possuíam (...) banheiro adaptado para incluir estudantes com deficiência. Em 2005, (...), somente 4,5% das escolas públicas possuíam dependências e vias adequadas” (BRASIL, 2010, p. 35).

Vale ressaltar que o Estado, por meio do Ministério da Educação, investe em medidas de formação contínua de professores e gestores da rede pública de ensino, no sentido de garantir um sistema educacionais inclusivo, mas não detalha quais os tipos de ações. Aliada à qualificação profissional para atendimento de alunos com deficiência, o relatório destaca ações destinadas a identificar precocemente alguns tipos de deficiências, norteando-se pelo Programa Saúde na Escola (PSE), apoiado em uma ação conjunta dos Ministérios da Saúde e da Educação, para promover qualidade de vida para alunos da rede pública de ensino e identificar certas vulnerabilidades.

O levantamento realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, por meio de Sinopses Estatísticas da Educação Superior – Graduação, que faz parte do Censo do Ensino Superior, demonstra que as matrículas de alunos com deficiência em todo Brasil, nas redes públicas de ensino federal, estadual e municipal, saltou de 23.250, no ano de 2011 – primeiro ano em que houve um expressivo número – para 38.272, em 2017. Vale destacar que, em 28 de dezembro de 2016, foi promulgada a Lei nº 13.409 que modificou a Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012, (regulamenta o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio públicas), instituindo a

reserva de vagas para pessoas com deficiência, tanto para cursos técnico de nível médio quanto para cursos de nível superior, em instituições federais de ensino.

Em suma, as informações trazidas pelo relatório inicial do Estado brasileiro acerca do cumprimento da Convenção de Nova York, atinente ao direito à educação em geral, mencionam leis, diretrizes a algumas metas e dados estatísticos, o que significa ter havido o cumprimento de grande parte das tarefas. No entanto, tais levantamentos quantitativos não se referem a todas as ações empreendidas, no país, uma vez que há iniciativas que somente possuem direcionamentos e um panorama geral de um programa (que) se propõe a realizar, necessitando haver uma reanálise dos dados estatísticos acerca das ações, no intuito de aferir a real situação e/ou continuação das medidas encetadas pelo Estado, na área analisada.

CONCLUSÃO

Conseqüentemente, para entender a efetividade da CDPD, no Estado Brasileiro, é indispensável refletir acerca de seus fundamentos, ou seja, sobre o regime jurídico interno e internacional de tutela dos direitos das pessoas com deficiência, o qual possui seu ponto de partida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da ONU, que buscou primeiramente a afirmação dos direitos inerentes à pessoa humana, de uma forma holística. Em um segundo momento, em virtude da necessidade da especificação da tutela de direitos de certos grupos vulneráveis, surgiu a Convenção de Nova York sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007, a qual foi incorporada ao ordenamento brasileiro, segundo o rito do art. 5º, §3º, da CRFB, sendo-lhe conferido o status de Emenda Constitucional, e que busca promover uma proteção ampla e integral de um sujeito de direitos que possui demandas particulares, qual seja, a pessoa com deficiência. Por fim, para fechar a tríade normativa acerca da matéria, foi promulgada a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), com vistas a estabelecer um regulamento interno dos direitos dessa parcela populacional.

Tais instrumentos normativos buscam estabelecer diretrizes principiológicas, afirmar direitos nos níveis geral e específico e delinear políticas públicas que efetivem as garantias existentes aos sujeitos de direito beneficiários das normas, sendo esses as pessoas com deficiência. É imperioso reconhecer as conquistas com a criação de normas jurídicas de proteção ao referido grupo, no entanto, apenas a elaboração de tratados internacionais e leis não é suficiente para que tais direitos sejam efetivamente cumpridos, na realidade social. Assim, entra em cena a figura do sistema de monitoramento, cuja função é primordial para verificar os esforços dos

Estados partes no sentido de implementarem a Convenção de Nova York.

Nesse contexto, a análise da estrutura e os primeiros resultados do sistema de monitoramento da CDPD no Brasil se deu por meio do estudo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, instrumento que, em seus arts. 33 a 39, cria uma rede de agentes e órgãos responsáveis por zelar e promover o cumprimento dos direitos e garantias das pessoas com deficiência previstos no referido tratado, a qual é composta pelo Comitê que recebe relatórios periódicos dos Estados signatários, pelos próprios Estados Partes, ao enviarem as informações ao órgão da ONU, bem como ao participar das conferências acerca do cumprimento da convenção, podendo realizar apontamentos no relatório elaborado pelo Comitê o Secretário Geral das Nações Unidas, que convocará os Estados signatários para uma conferência bienal, com o fim de verificar a implementação da convenção.

A respeito dos documentos produzidos pelo sistema de monitoramento no Brasil, vale destacar que o Estado submeteu ao Comitê o primeiro relatório periódico referente às competências de 2008 a 2010, o qual é composto de uma parte geral e uma específica. Em relação aos informes sobre o cumprimento dos direitos específicos, de acordo com a natureza de sua prestação, se positiva ou negativa, o relatório cumpre sua função total ou parcialmente, visto que apenas previsões legislativas ou criação de políticas não conseguirão efetivar um direito que necessita constantemente de uma obrigação de fazer do Estado, quer seja no sentido de fornecer serviços públicos quer seja no sentido de fiscalizar o cumprimento de tais políticas públicas. É relevante salientar, também, a ausência de relatórios de ONG'S e entidades representativas acerca do assunto ou a existência de dados não consolidados ou atualizados sobre as políticas públicas desenvolvidas em prol das pessoas com deficiência, os quais seriam um instrumento importante para uma aferição independente do cumprimento de tais direitos.

Em 2015, houve a divulgação do parecer conclusivo do Comitê CDPD acerca do relatório brasileiro, o qual elogiou algumas medidas realizadas pelo país e demonstrou preocupações em algumas áreas, principalmente no que concerne a uma estratégia articulada de promoção dos direitos das pessoas com deficiência que proporcione a participação de entidades representativas, fez recomendações e um pedido de informações para o Estado. O Brasil elaborou, em 2017, um relatório complementar respondendo aos questionamentos suscitados.

Por fim, a última parte realizou um recorte teórico para analisar as ações afirmativas desenvolvidas na área da educação e expostas no relatório, como o Plano Nacional de Direitos Humanos 3

(PNDH-3), o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Viver sem Limite e outras medidas adotadas pelo Estado brasileiro, destacando programas e ações dentro de tais iniciativas e detalhando seus princípios, diretrizes, – e quando há – metas e dados estatísticos.

Entretanto, questiona-se tais dados trazidos pelo relatório condizem com a realidade social, pois, em que pese terem sido feitos pelos próprios órgãos estatais, muitas vezes os documentos não retratam a práxis de maneira precisa e atual, infelizmente, devido ao fato de muitas vezes serem divulgados posteriormente ao contexto fático em que estavam em vigor. Desse modo, justifica-se o estudo para iniciar a resposta a tal dúvida, uma vez que, para aferir a real efetividade da Convenção de Nova York, torna-se necessária a reiteração da necessidade de o Estado realizar um esforço articulado entre órgãos, entidades representativas e sociedade civil, com o propósito de promover uma política consolidada de afirmação dos direitos das pessoas com deficiência, para o que se auguram necessárias algumas medidas, principalmente, no que tange ao desenvolvimento de um banco de dados que auxilie na execução de políticas públicas, conforme o teor do artigo 32 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Por fim, demonstrou-se que houve avanços nas políticas públicas para pessoas com deficiência na área analisada, mas ainda há um longo caminho a ser percorrido até a plena efetivação dos direitos para essa parcela da população.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David E COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – EPCD (LEI 13.146, DE 06.07.2015): ALGUMAS NOVIDADES. In: Revista dos Tribunais v. 962/2015 p. 65-80 Dez./2015. Disponível em: <http://www.escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia6.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BOBBIO, Norberto. 1909. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova Ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. – 5ª Reimpressão.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 – Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer sobre as emendas de plenário ao Projeto de Lei nº 7699 de 2006. Rel. Deputada Federal Mara Gabrilli. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1306736&filename=PPP+1+%3D%3E+PL+7699/2006. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD): 2014.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 - Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 12 de ago. 2018.

BRASIL. Observações conclusivas sobre o Relatório Inicial do Estado Brasileiro. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/relatorio-de-monitoramento-da-convencao>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. Relatório Complementar em relação a observações pontuais do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência quanto à implementação da respectiva Convenção pelo Brasil. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/relatorio-de-monitoramento-da-convencao>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. Relatório geral da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência 2008-2010. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/relatorio-de-monitoramento-da-convencao>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. RELATÓRIO DE IMPLEMENTAÇÃO DO PNDH-3. / Grupo de Trabalho de Acompanhamento e Monitoramento do PNDH-3. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Brasília. 2015. Disponível em: http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/dilma/sdh_relatorio-de-implementacao-do-programa-nacional-de-direitos-humanos_2015.pdf Acesso em: 13 mai. 2019.

BRASIL. SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Viver sem Limite – Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da

República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) • VIVER SEM LIMITE – Plano

DIAS, Joelson. Comentário ao artigo 33 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: BRASIL. SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD): 2014.

DIAS, Joelson; e LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. Comentário aos artigos 34 a 39 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: BRASIL. SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada / Coordenação de Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria de Paiva Vital _ Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

GATJENS, Luis F. A. ANÁLISE DO ARTIGO 33 DA CONVENÇÃO DA ONU: O PAPEL CRUCIAL DA IMPLEMENTAÇÃO E DO MONITORAMENTO NACIONAIS. In: SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos – v.1, n.1, jan.2004. p. 75-86 – São Paulo, 2004. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur14-port-completa.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2019.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Sinopses Estatísticas da Educação Superior – Graduação. Brasília: Inep, 2017. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-sinopse-sinopse>. Acesso em: 14 mai. 2019.

JAYME, Fernando Gonzaga. Comentário aos artigos 34 a 40 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: BRASIL. DEFICIÊNCIA, Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) • Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: SNPD – SDH-PR, 2014.

LAFER, Celso, 1941. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt – São Paulo. Companhia das Letras, 1988.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da Costa; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (org.) Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Noura; SILVA PASSOS, Jaceguara Dantas da. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS HIPERVULNERÁVEIS: IDOSOS, CRIANÇAS E ADOLESCENTES E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. A NECESSIDADE DE DIÁLOGOS ENTRE AS FONTES INTERNACIONAIS. In: Revista Aporia Jurídica – Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE, 5. ed. v. 1, (jan/jul-2016). p. 310-332. Disponível em: <http://www.cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/view/48> Acesso em: 25 mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº 56/168 da Assembleia geral da ONU. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/56/168> Acesso em: 22 abr. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. – 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

OS LIMITES NEGOCIAIS MATERIAIS E PROCESSUAIS NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

MATERIAL AND PROCEDURAL BUSINESS LIMITS ON ADMINISTRATIVE IMPROBITY: THE CIVIL NON-PROSECUTION AGREEMENT AND PROCEDURAL LEGAL BUSINESS

Fernando Augusto Sormani Barbugiani¹, Éllen Crissiane de Oliveira Cilião², Thainá de Paula Belmiro³

A expansão da justiça negocial é fato consumado no ordenamento jurídico brasileiro, nos últimos anos foram muitas as inovações legislativas ampliando as hipóteses de acordos e negociações, com o objetivo primeiro de atingir a celeridade e eficiência processuais. O Código de Processo Civil de 2015 trouxe diversos dispositivos que incentivam a solução consensual de conflitos, também regulamentou a hipótese de negócio jurídico processual. Com o advento da Lei nº13.964/19, estabeleceu-se também a possibilidade de acordos no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa. Essa inovação exumou diversas discussões acerca da possibilidade e dos limites às negociações envolvendo interesses essencialmente difusos, como é o caso da moralidade administrativa. A recente alteração no diploma de Improbidades Administrativas pela Lei n.º 14.230/21 não foi suficiente para aperfeiçoar esse tema. Diante da ausência de adequada regulamentação do novo instituto, acordo de não persecução civil (ANPC), não são poucas as discussões orbitando a sua aplicação, dentre elas se destaca nesse artigo a possível limitação às condições aplicáveis na pactuação, especialmente quanto à suspensão dos direitos políticos.

Palavras-Chave: Negócio Jurídico Processual; Acordo De Não Persecução Cível; Interesses Transindividuais; Improbidade Administrativa.

The expansion of negotiating justice is a fait accompli in the Brazilian legal system, in recent years there have been many legislative innovations expanding the hypotheses of agreements and negotiations, with the primary objective of achieving procedural speed and efficiency. The Civil Procedure Code of 2015 brought several provisions that encourage the consensual solution of conflicts, it also regulated the hypothesis of procedural legal business. With the advent of Law No. 13,964/19, the possibility of agreements within the scope of the Administrative Improbity Law was also established. This innovation exhumed several discussions about the possibility and limits of negotiations involving essentially diffuse interests, as is the case of administrative morality. The recent amendment to the Administrative Improbities diploma by Law No. 14,230/21 was not enough to improve this issue. In view of the lack of adequate regulation of the new institute, civil non-prosecution agreement (ANPC), there are many discussions orbiting its application, among them, in this article, the possible limitation to the applicable conditions in the agreement, especially regarding the suspension of rights politicians.

Keywords: Procedural Legal Business; Civil Non-Prosecution Agreement; Transindividual interests; Administrative dishonesty.

¹ Promotor de Justiça junto ao Ministério Público do Estado do Paraná desde 2004. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: fasbarbugiani@mppr.mp.br.

² Graduada em direito pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Ex-Assessora de Promotor junto ao MPPR (de outubro de 2015 a janeiro de 2018). Advogada (OAB/PR nº 77.916). E-mail: ellen_crissiane@hotmail.com.

³ Graduada pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduada em Direito Público com capacitação para ensino no Magistério Superior pela Faculdade Damásio (2018). E-mail: pbthaina@hotmail.com;

INTRODUÇÃO

A expansão do sistema negocial como forma de solução de conflitos jurídicos não é nenhuma novidade. A busca por celeridade, a homenagem à autonomia privada, a superação da burocracia estatal e, especialmente, a descrença no sistema judicial brasileiro são os principais argumentos que permeiam este movimento.

A justiça consensual e a atuação resolutiva tem sido, então, um norte político. Alterações legislativas a consagram e diversas instituições a tem estimulado.

Nos últimos anos, a negociação passou a abranger ramos tradicionalmente excluídos da solução consensual, o que se justificava com base no interesse público correlacionado, muitas vezes permeado de um monopólio estatal, seja pela ideia de limitação da liberdade individual (sancionamento) ou pelo regramento coletivo da marcha processual em homenagem à inafastabilidade da jurisdição, contraditório e ampla defesa.

Os institutos consensuais inovadores desta última década foram os Acordos de Não Persecução Penal (ANPPs), os Acordos de Não Persecução Cível (ANPCs) e o Negócio Jurídico Processual (NJP). Estes últimos de maior interesse para a abordagem deste artigo.

A Lei nº 13.105 de 2015 instituiu o novo código de Processo Civil Brasileiro e dentre as suas inovações inclui-se a possibilidade das partes convencionarem a respeito das regras procedimentais de forma ampla (as fases, os prazos e se haverá ou não recursos).

Dentre as diversas dúvidas que surgiram dessa atenuação sobre o controle estatal na marcha processual, encontra-se a sua aplicabilidade em casos de interesses coletivos em sentido amplo e, especialmente, nas ações de improbidade administrativa, que seguem o rito ordinário processual.

De outro lado, a Lei nº 13.964/19 (Lei "anticrime"), além da ampliação da negociação na esfera criminal (ANPPs), trouxe a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, alterando a proibição contida no artigo 17 da Lei 8.429, cuja redação já foi alvo de Medidas Provisórias e da decorrente interpretação atenuada pelas instituições relacionadas com tal repressão. Recentemente, a Lei nº 14.230/21 alterou profundamente a Lei de Improbidade, trazendo mais minúcias acerca dessa negociação cível nestes temas, mas ainda muito aquém do regramento adequado.

Pretende-se, então, analisar a figura dessas negociações (materiais e processuais) e seus requisitos. Após, utilizando-se do método dedutivo, examinar-se-ão os conceitos dos interesses transindividuais, com especial enfoque à identificação

do combate à improbidade administrativa dentre estes, bem como do procedimento relacionado, com a avaliação dos limites de sua disponibilidade pelos indivíduos e órgãos intervenientes.

1 DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Como adiantado, necessário avaliar preliminarmente as peculiaridades dos interesses transindividuais relacionados à repressão dos atos de improbidade administrativa. Assim, é imprescindível uma breve exposição introdutória relativa aos conceitos destes temas, antes de estudar a aplicabilidade das negociações neles.

Os interesses transindividuais são também denominados coletivos em sentido amplo, e se inserem em uma nova categoria, pois não se enquadram na categoria de público, porque deles não é titular o Estado, tampouco como privado, pois não pertencem apenas a uma única pessoa.

O direito privado tem antecedentes históricos originários na 1ª geração de direitos humanos, essencialmente individualista, já os direitos públicos são alocados em uma 2ª geração, na qual surgiram direitos econômicos, culturais e sociais. Ainda nessa 2ª geração, em razão das fragilidades trazidas pela Revolução Industrial, os mais fracos para se fazerem ouvir perante o Estado, perceberam que somente agrupados e organizados conseguiriam contrapor-se ao poder político e econômico dos industriais.

Por essa razão, eclodiram os chamados, corpos intermediários, isto é, grupo de classes de categoria que se organizaram para lutarem por interesses que tinham em comum.

Os corpos intermediários viabilizaram a aquisição de inúmeros direitos e trouxeram à baila o reconhecimento de interesses em comum. Isto é, interesses que eram titularizados por mais de um indivíduo de maneira homogênea ou não.

A partir dessa mudança de paradigmas, somada às consequências de duas guerras mundiais, os direitos de 3ª geração reconhecem a existência de interesses de toda a humanidade, portanto, passíveis de tutela homogênea.

Diante disso, a doutrina correlaciona o surgimento do direito coletivo, cujo objeto é justamente o interesse transindividual, às segunda e terceira dimensões de direitos humanos. Isto é, tratam-se de interesses cujo reconhecimento é relativamente recente. Até a década de 70 os direitos subjetivos e as respectivas tutelas eram positivados na clássica dicotomia público x privado, a depender do interesse predominante e do sujeito que o titularizasse.

Por seu turno, a nova realidade da sociedade de massa, em que a maioria das relações econômicas e políticas é marcada pela perda da individualidade e a padronização de comportamentos, trouxe a

necessidade de reconhecimento de interesses dotados de natureza jurídica única e suficiente para tutelar os grupos cujos indivíduos encontram-se unidos por uma mesma situação, jurídica ou fática.

O reconhecimento de um interesse substantivo que não possui um titular especificado culminou no desenvolvimento também da respectiva tutela processual.

Isso porque, até então o direito processual seguia o signo da tutela individual, essencialmente patrimonialista, pautada na autonomia privada. Diante disto, era extremamente difícil utilizar-se dos institutos clássicos para a tutela de direitos transindividual, sendo necessário repensar questões como a legitimidade e os efeitos da coisa julgada.

Nos ditames do direito individualista, apenas o próprio titular do direito material lesado ou ameaçado detinha legitimidade para buscar judicialmente sua proteção. Tanto o é que o artigo 6º do CPC/73 dispunha que ninguém poderia pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Nesse sentido, sob uma interpretação restritiva, seria processualmente inadmissível que um indivíduo pleiteasse isoladamente a tutela do patrimônio público, pois estaria buscando em nome próprio a tutela de interesse alheio.

Também sob o aspecto da coisa julgada, o CPC/73, fiel ao modelo instrumental clássico, dispunha que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Sob esse argumento, processualistas clássicos não reconheciam a possibilidade de tutela transindividual já que os efeitos da coisa julgada ficariam restritos ao autor da demanda, não beneficiando os demais interessados.

Em que pese tais entraves processuais os interesses transindividuais já haviam sido reconhecidos e estavam causando inúmeros inconvenientes instrumentais, tais como, risco de decisões judiciais conflitantes, morosidade, gastos processuais excessivos e pouca efetividade das decisões.

Ainda, constatou-se a existência de uma "litigiosidade contida", termo preconizado por Kazuo Watanabe, segundo o qual muitos indivíduos, por considerarem caro e desgastante a tutela Jurisdicional, desistem de fazê-lo, mas não sem insatisfação que muitas vezes era convertida em instabilidade social exteriorizada em ainda mais conflito.

Assim, o que se tinha historicamente era o reconhecimento de novos direitos, de natureza coletiva, sem, contudo, meios processuais eficazes para assegurá-los no campo da concretude. Nesse contexto, foram surgindo instrumentos normativos como a Lei de Ação Popular (Lei n.º 4.717/1965), Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) e Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) que, paulatinamente,

trouxeram conceitos e instrumentos processuais aptos à tutela transindividual.

Logo, atualmente, a existência desses direitos é reconhecida não só pela comunidade doutrinária, mas também pelo legislador, que tenta pontuá-los e enfrentar as necessárias características dos institutos clássicos às suas peculiaridades.

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor positivou a classificação dos direitos coletivos em sentido amplo e, nos termos de seu art. 81, parágrafo único, os divide em três grupos, quais sejam, os direitos difusos; coletivos em sentido estrito; e, individuais homogêneos.

Os critérios adotados pelo legislador para a classificação das espécies de direitos transindividuais supramencionadas levam em conta o seu objeto, origem e a identificabilidade de seus titulares.

Conforme o art. 81, parágrafo único, I, do CDC, os direitos difusos são transindividuais, indivisíveis, de titularidade de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato. O direito difuso é transindividual porque não tem como titular um indivíduo, é indivisível porque não comporta fração entre os lesados, sua titularidade pertence à coletividade, composta por sujeitos que não são e nem podem ser determinados individualmente, por fim, esses sujeitos são ligados por uma situação de fato, dispensada entre eles qualquer relação jurídica.

Por sua vez, os direitos coletivos *stricto sensu*, nos termos do art. 81, parágrafo único, II, tem como características a transindividualidade, a natureza indivisível, a titularidade de grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Muito se assemelham aos difusos no que tange à transindividualidade e à indivisibilidade de seu objeto, difere, contudo, quanto à necessidade de uma relação jurídica base. Diante dessa relação jurídica, torna-se possível a determinação de seus titulares, que serão todos os envolvidos nessa relação, seja entre si, seja com a parte contrária.

Por fim, os interesses individuais homogêneos, nas palavras de Marcus Vinicius Rios Gonçalves :

São conceituados no art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor como aqueles que decorrem de uma origem comum. Caracterizam-se por serem divisíveis, terem por titular pessoas determinadas ou determináveis e uma origem comum, de natureza fática. Diferem dos interesses difusos porque têm sujeitos determinados ou determináveis, e seu objeto é divisível.

O mencionado artigo 81 do CDC consagrou na legislação brasileira a existência e propôs a definição desses interesses que, até então, tinha seu amparo quase que exclusivamente no plano doutrinário. Contudo, as dificuldades processuais de sua aplicação remanescem até hoje, apesar do decorrer do tempo.

Faz-se tais considerações para demonstrar que o reconhecimento de interesses transindividuais é relativamente recente e, em consequência, muito mais jovens são os instrumentos processuais colocados à sua efetivação. Talvez por isto, a dificuldade da comunidade jurídica em reconhecer instrumentos que viabilizem a transação transindividual.

2 DA NEGOCIAÇÃO ENVOLVENDO INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Etimologicamente a expressão 'negócio jurídico' consiste na negação do ócio ou descanso (neg + otium), por essa razão, o negócio jurídico pressupõe a ideia de movimento. Diante disso, sempre fora compreendido como o instrumento paradigma da autonomia privada, tratado como liberdade negocial.

Por essa razão, segundo Álvaro Villaça Azevedo no negócio jurídico as partes interessadas, ao manifestarem sua vontade, vinculam-se, estabelecem, por si mesmas, normas regulamentadoras de seus próprios interesses.

Dada a aludida conceituação pode-se compreender que o instituto foi criado para produzir efeito jurídico no âmbito do Direito Privado, isto é, para modificar relações jurídicas entre particulares, por essa razão, é tratado como ponto principal da Parte Geral do Código Civil.

Ocorre que, em razão da expansão da autonomia de vontade também aos demais ramos do direito, o instituto do negócio jurídico fora aderido, também, pelo Direito Processual Civil. Segundo Fredie Didier Jr. Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.

Novos conflitos de interesses surgem à medida que a sociedade evolui e cristaliza direitos, antes irreconhecíveis. Nesta toada, os interesses transindividuais nem sempre foram admitidos pela ordem mundial, tampouco pelo ordenamento jurídico brasileiro. Como já exposto, essa classe de direitos só passou a ser efetivamente estudada no contexto pós-guerra.

O surgimento desses novos interesses provocou modificações paulatinas em dois esques, um material e outro processual. Primeiramente, o direito material os reconheceu e os acoplou ao ordenamento jurídico, por exemplo, por meio da Lei de Ação Popular, da Lei de Ação Civil Pública do Código de Defesa do Consumidor, da Lei do Mandado de Segurança e da Lei de Improbidade Administrativa. Em um segundo momento, instrumentos do direito processual precisaram ser adaptadas e elaboradas para garantir a eficiência na resolução dessas novas modalidades de conflito, tais como o reconhecimento de legitimidade

extraordinária e de coisa julgada erga omnes e ultra partes.

Nesse mesmo contexto de introdução e reconhecimento de novos instrumentos processuais adequados à maior eficiência na resolução dos conflitos de interesses transindividuais passou-se a estudar a possibilidade de autocomposição de bens coletivos em sentido amplo, bem como de meios processuais para tanto.

Interessa para este estudo principalmente os interesses tutelados pelo Ministério Público e pela Administração Pública, já que, na maioria das vezes, revestem-se dessa transindividualidade. Tanto o é que o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal atribui ao Ministério Público o ajuizamento de ação civil pública com o fim de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e demais interesses difusos e coletivos.

Nesse contexto, o novo Código de Processo Civil de 2015 deixou clara a possibilidade de autocomposição de direitos por parte dos entes supramencionados. Primeiro em seu artigo 3º, §3º, que diz que os meios de soluções consensuais de conflitos devem ser estimulados, inclusive pelo Ministério Público. Além disso, quanto à Administração Pública, o art. 174 dispõe:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

- I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
- III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

No mesmo norte, as alterações trazidas pela Lei n.º 13.655 de 2018 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, ao tratar sobre o direito público e modos de atuação da Administração permitiu expressamente a "celebração de compromisso com os interessados" e a imposição de "compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos". É o que dispõe os seus artigos 26 e 27:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO)

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

Conforme leciona Flavio Tartuce o compromisso, previsto no aludido artigo 26 consiste no acordo em que as partes assumem deveres perante o Poder Público e que devem ser cumpridos posteriormente. Portanto, não se trata de arbitragem. Por seu turno a compensação prevista no artigo 27, consiste na forma de extinção das obrigações que gera a extinção de dívidas mútuas ou recíprocas até o ponto que se encontrarem, isto é, justamente o instituto privado previsto nos artigos 369 a 380 do Código Civil.

Isto é, de forma audaciosa a LINDB previu institutos de disposição de direito público sem, contudo, minuciar a forma com que deve ser realizado ou limitações à sua abrangência.

De todo modo, não se pode perder de vista que em evidente transição da atuação burocrática para a atuação resolutive e em atenção à ascensão da Justiça Multiportas, o Ministério Público, por meio do Conselho Nacional do Ministério Público já dispunha de Política Nacional de Incentivo à Autocomposição, por meio da Resolução n.º 118/2014, na qual promoveu o incentivo à implementação de mecanismos como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais.

A aplicação dessa Resolução, contudo, encontrava dificuldades em razão da ausência de legislação em sentido estrito que a avalizasse, o que fora suprido pelas alterações do Código de Processo Civil e da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e levou o Conselho Nacional do Ministério Público a editar a Recomendação n.º 54 de 28 de março de 2017, sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público Brasileiro e a Recomendação n.º 179 de 26 de julho de 2017, para regulamentar o §5º do art. 5º da Lei n.º 7.347/1985,

disciplinando a tomada de compromisso de ajustamento de conduta.

De todo modo, no caso de interesses individuais homogêneos (a soma de interesses individuais de pessoas determináveis ligados pela origem comum) ou de interesses coletivos em sentido estrito (tido como uma síntese dos interesses individuais, organizados e unidos por uma relação jurídica base, constituindo um interesse novo e indivisível, pertencente a um grupo ou classe determinável), não há maiores problemas para compreender a sua eventual disponibilidade pela categoria a que pertencem. A autocomposição é, então, admitida de forma ampla.

Todavia, no caso de interesses difusos (assim compreendidos os transindividuais, indivisíveis, afetos a pessoas indeterminadas, fruto de relação fática e não jurídica), a aplicação da autocomposição é mais emblemática, contudo, e como visto, prevalece que é possível desde que não envolva de disposição material (do bem jurídico), mas instrumental (prazo, forma de reparação etc.).

Os melhores exemplos são os da seara ambiental. Impossível dispor do interesse a um meio ambiente saudável, mas amplamente aceita a utilização de termos de ajustamento de conduta para reger o tempo e o modo como ele será resguardado.

Portanto, hoje não mais se duvida da possibilidade de autocomposição na esfera transindividual. Há que se fixar, entretanto, os limites das negociações, em especial no que se refere ao combate à improbidade administrativa.

3 DA REPRESSÃO À IMPROBIDADE COMO UM INTERESSE TRANSINDIVIDUAL E DA PERPLEXIDADE NEGOCIAL NESTA SEARA

Para os fins que se pretende neste estudo, é fácil perceber que a preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa intrínsecas à repressão aos atos de improbidade administrativa envolvem interesse difusos, eis que vantajosa a toda a sociedade.

A preservação da probidade administrativa é, em verdade, essência da democracia. O legislador constituinte garantiu-lhes proteção constitucional no artigo 37, §4º, posteriormente complementada pela Lei n.º 8.429/92. Aliás, são suas características marcantes: a) indeterminação dos sujeitos; b) indivisibilidade do objeto; c) natureza extensiva, disseminada ou difusa das lesões a que estão sujeitos.

Apesar da facilidade de enquadrá-la como interesses transindividuais, na modalidade difusa, o mesmo conforto não se verificava na negociação nesta temática. Afóra a costumeira barreira da indisponibilidade que reveste esses interesses, há a natural indagação do quão moral pode ser acordar com o imoral, com o improbo. Em outras palavras, até que

ponto é possível pactuar com a imoralidade para resguardar a moralidade?

Ora, como visto, a Constituição Federal demonstra especial interesse na proteção à moralidade administrativa e na repressão aos atos de improbidade. Isto se encontra disperso em seu texto (artigos 5o, LXXII, 14, §9º; 15, inciso V; 37, caput e seu parágrafo 4º, 97, §10, inciso III; 101, §3º e 104, inciso II). Inclusive, o constituinte originário estipulou a prática de tais atos como hipótese excepcional de perda ou suspensão de direitos relacionados à cidadania (no caso os políticos, pelo seu artigo 15), que lhe eram de extrema valia naquele momento de ruptura com a ditadura.

Diante disso, reforçava-se o questionamento sobre a viabilidade de um ente legitimado à repressão de tais atos negociar com os seus responsáveis e, assim, abdicar ainda que parcialmente das sanções e consequências previstas na Carta Maior.

Justamente por conta dessa perplexidade, a redação original da Lei 8.429/92 foi expressa no sentido de ser “vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput” (antigo parágrafo 1o de seu artigo 17).

Assim o foi até recentemente, quando após intenso movimento social diante de escândalos de corrupção no governo federal, buscou-se amenizar a proibição. A Medida provisória nº 703, de 2015, de forma questionável, veio a revogá-la, mas perdeu seus efeitos sem a conversão em lei. Todavia, os estudos e a discussão a respeito da viabilidade de acordos neste tema, muitos deles experimentados em meio à vigência da mencionada revogação, foi ampla e acabou contemplada pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

No final de 2019, de carona no chamado pacote “anticrime” (Lei 13.964/2019), veio a permissão de soluções consensuais sobre a nomenclatura genérica de Acordo de não persecução Cível (ANPC), passando a prever o artigo 17, parágrafo 1o da Lei de Improbidade Administrativa que “as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”.

A mencionada alteração trouxe para a esfera cível a similar modificação na esfera penal com os acordos de não persecução penal. Entretanto, diferente destes, que tiveram seus limites minimamente definidos na lei (dentre pressupostos, condições e requisitos), a negociação cível não foi regrada, mantendo-se a dificuldade original de aferir os casos em que sua celebração não afrontaria os mesmos bens jurídicos que se propõe a defender.

A previsão genérica dos ANPCs redundou em extrema discricionariedade por parte do proponente. Alguns buscam solução na analogia com o seu gêmeo bivetelino penal. Outros encaram a permissão legal de uma forma ampla, com um raciocínio fulcrado na autonomia privada autorizadora da imposição de

qualquer sancionamento, mesmo aqueles antes apenas permitidos em condenações transitadas em julgado.

Enfim, sobreveio a Lei n.º 14.230/21 que alterou profundamente a Lei n.º 8.429 tanto no aspecto material como no processual, tecendo algumas minúcias sobre os ANPCs em seu artigo 17-B, mas que foram insuficientes para sanar as dúvidas pendentes sobre os limites do instituto.

De forma similar, diante do sepultamento da proibição de “transações, acordos, e conciliações” na improbidade, abriu-se espaço também para os negócios jurídicos processuais (NPs) trazidos em 2015 pelo artigo 190 do atual Código de Processo Civil, onde as partes transigem sobre o rito. Ocorre que, teoricamente, o procedimento previsto para a apuração judicial dos atos de improbidade volta-se a garantir a ampla defesa e os direitos do acusado que podem vir a ser atingidos pelo sancionamento, os quais têm amparo constitucional e reflexos no próprio exercício da cidadania. Inegavelmente, assim como no processo penal, o rito se contamina do status da ordem pública, de forma que sua supressão importa no reconhecimento de nulidades no feito. Até que ponto poder-se-ia negociá-lo, suprimindo uma fase defensiva (como a notificação preliminar) ou mesmo o acesso a recursos?

Justamente por isso, é imperioso ponderar sobre os limites negociais materiais (ANPCs) e processuais (NPs) das avenças relacionadas à improbidade administrativa. Antes disto, contudo, necessário destacar noções básicas dos institutos negociais que são possíveis nesta esfera.

4 DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E MATERIAIS E SUA APLICABILIDADE À REPRESSÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

As formas alternativas de solução de conflitos têm destaque no Código de Processo Civil de 2015. O seu art. 3º, eleva as práticas negociais a princípio balizador do direito processual civil. O § 2º do referido dispositivo impõe ao Estado promover, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos. O §3º, por sua vez, dispõe que os meios consensuais devem ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

Além da importância principiológica conferida à solução consensual de conflitos, o Código de Processo Civil regulamenta minuciosamente a atividade de mediadores e conciliadores judiciais (artigos 165/175), reiterando a importância para o legislador da atividade consensual.

Afora, a solução consensual que se aplica ao direito material, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma nova figura adjetiva que os estudiosos vieram a denominar Negócio Jurídico Processual, onde

se pode fixar mudanças procedimentais, além de regradar questões derivadas da posição processual das partes, leia-se, seus ônus, poderes faculdades e deveres processuais.

Também, como já abordado, o "pacote anticrime" (Lei Nº 13.964/2019) legitimou a celebração de Acordo de Não Persecução Cível nas hipóteses de improbidade, extirpando em definitivo a proibição de pactos neste tema e que vigia na redação original da Lei 8.429.

Seguiu-se a "reforma da improbidade" pela Lei n.º 14.230/2021 que, dentre diversas críticas, perdeu a oportunidade de um adequado aperfeiçoamento do mencionado instituto negocial.

Cabe estudar ambas as figuras e seus efeitos na defesa da moralidade na Administração Pública.

4.1 DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E AS PECULIARIDADES DO RITO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O Negócio Jurídico Processual fora alocado à condição de norma jurídica adjetiva válida, fundamentada no consenso, com aptidão para vincular o próprio Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil prevê inúmeros exemplos abarcáveis de negócios processuais, tais como a convenção no que atine ao ônus da prova, desistência do recurso, calendário processual, renúncia de prazo, escolha do procedimento na petição inicial, dentre outros. De todo modo, a doutrina processualista densifica o reconhecimento dessa nova figura nas previsões dos artigos 190 e 191 da Lei nº 13.105/15, que assim se encontram redigidos:

Art. 190 - versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

[...]

Art. 191 - de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

[...]

No art. 190 é onde se encontra realmente a previsão do negócio jurídico processual, materializado em uma cláusula geral de negociação sobre o processo. Ele envolve profundas modificações processuais (procedimento, prazos, ônus, poderes, faculdades etc.) e pode ser concretizado até mesmo antes do processo, o que revela a sua completa autonomia negocial.

O juiz reconhece a validade deste pacto e, como em qualquer outro negócio, o respeitará e adotará as medidas para garantir o seu cumprimento e imporá

as consequências nele previstas pelo seu desrespeito por qualquer das partes.

Trata-se de negócio jurídico bilateral, que não depende de homologação judicial, nos termos do caput do art. 200 do CPC. Contudo, em algumas situações, o legislador exigiu homologação para determinados atos processuais como previsto no parágrafo único do art. 200 do CPC, para a desistência do processo.

De todo modo, ainda que a lei exija a homologação judicial para determinados atos, o que se pretende dizer é que, esse requisito não coloca o magistrado como parte negocial, tampouco descaracteriza a natureza do negócio.

Isso porque, a autonomia privada pode ser mais ou menos regulada, mais ou menos submetida a controle, mas isso não desnatura o ato como negócio. De todo modo, a regra do ordenamento é a dispensa da necessidade de homologação judicial.

Em que pese a ampliação da autonomia privada conferida pelo negócio jurídico processual às partes, o posicionamento doutrinário prevalente é no sentido de que este instrumento pactual não pode contrariar normas fundamentais do processo, estabelecidas em prol da ordem pública.

Por exemplo, não podem as partes negociar o afastamento do consagrado princípio da boa-fé. Também não se admite disporem da publicidade, criando hipóteses de segredo de justiça não previstas em lei ou afastando aquelas previstas.

Acerca desses limites, também já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, no RE nº 1.810.444/SP, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23 de fevereiro de 2021, ocasião em que se deliberou que a liberdade negocial está condicionada pela Constituição direta ou indiretamente, sujeitando-se às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito. Por isso, não seria possível regular as funções desempenhadas pelo juiz.

Ainda, no que diz respeito aos limites negociais pelas normas de ordem pública, importante destacar a lição de Daniel Assumpção Amorim Neves:

Com o fundamento de que as partes não podem afastar normas cogentes, não se admite acordo que verse sobre a admissão de prova ilícita, para excluir a participação do Ministério Público quando a lei exige sua presença, para fixar prioridade de julgamento quando não previsto em lei, para criar novos recursos ou ampliar suas hipóteses de cabimento, para modificar regra de competência absoluta, para criar hipóteses de ação rescisória e de outras medidas tendentes a desconstituir a coisa julgada, para a dispensa da presença de litisconsorte necessário etc.

O artigo 191 do Estatuto Adjetivo, de outro lado, vem sendo conceituado pela doutrina como calendarização processual. Trata-se de uma adaptação da causa ao formalismo procedimental. Estas

providências pressupõem um processo em curso, não sendo concebível fora dele.

O dispositivo supramencionado fala de "acordo" entre o juiz e as partes, isso porque para que seja possível o estabelecimento do calendário processual é necessário a anuência do magistrado que deverá avaliar a possibilidade de cumprimento dos atos processuais nas datas pactuadas, cuja viabilidade depende da organização da pauta dos demais processos

Dessa forma, não podem as partes, mesmo que acordadas entre si com base no artigo 191, impor a calendarização ao magistrado. Esta providência envolve uma das formas de exteriorização do dever de cooperação mútua entre os intervenientes no processo, voltado à célere marcha processual, não sendo um contrato. Sua base principiológica está no artigo 6º do mesmo estatuto processual que estabelece que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". Por isso, a aplicabilidade do artigo 191 é ampla, tanto na esfera privada como na transindividual.

Em suma, a cláusula geral negocial, positivada no artigo 190 é a real fonte de negociação processual e a base dos estudos de viabilidade de sua aplicação na esfera transindividual, não no artigo 191.

O Negócio Jurídico Processual prevê como seus pressupostos os seguintes: a) objetivo: Direitos que admitam autocomposição e b) subjetivo: partes plenamente capazes. Veja-se cada qual.

O requisito objetivo da negociação processual depende da análise do direito ou interesse submetido a julgamento, para avaliar se ele admite autocomposição.

Deve-se destacar que possibilidade de autocomposição e disposição são coisas distintas.

A autocomposição é a superação do entrave (da lide) sem a necessidade de um terceiro para apresentar (e impor) uma solução. Ela é o antônimo da heterocomposição (que é a submissão da causa à decisão de um magistrado ou árbitro). A violação a um direito indisponível (como o meio ambiente) pode ser resolvida tanto pela via da autocomposição como da heterocomposição.

Como visto, a indisponibilidade de um direito não significa que ele não seja passível de autocomposição. E é justamente a má compreensão dessa premissa que dificultava a aplicação de negociações em demandas de direitos difusos, como a tutela do patrimônio público e da moralidade. Inclusive, como visto, a natureza indisponível do bem por vezes era utilizada para justificar a vedação à autocomposição outrora prevista na Lei n.º 8.429/92.

A disponibilidade é, portanto, a possibilidade de se transacionar, abrindo mão de parte ou de todo um direito/interesse ou de seus aspectos.

Note-se que, ainda que alguns interesses sejam indisponíveis, é possível dispor, ainda que

minimamente, sobre a forma do seu cumprimento (um parcelamento, um prazo, uma modalidade etc.). A instrumentalização procedimental não extirpa o direito essencialmente indisponível, mas, muitas vezes dá-lhe a efetividade que a burocracia procedimental lhe retirara.

Logo, interesses transindividuais como os difusos, em que pese sua indisponibilidade, podem ser resolvidos pela via autocompositiva e, portanto, não é impossível que se negocie a respeito do seu processo, atendendo a razoabilidade. Claro que a profundidade não será a mesma que em um interesse privado, justamente porque o processo coletivo é norteado pelo princípio da (in)disponibilidade motivada, mas existe possibilidade de negociação, inclusive quanto aos aspectos acessórios, desde que preservado o animus legis de tutela ao interesse.

Em resumo, como se está tratando de uma negociação processual, é porque a causa já está sendo (ou em vias de ser) submetida à heterocomposição (judicial). Há de se indagar, então, objetiva e concretamente, se aquela causa poderia ser sanada diretamente pelas partes, mesmo que não o tenha sido concretamente.

Quanto ao requisito subjetivo, por sua vez, ele depende da análise, no caso concreto, da capacidade dos sujeitos envolvidos. Pouco importa a categoria de interesse submetido a julgamento. Havendo na causa partes menores ou interditos, não será possível a negociação processual.

No caso dos interesses transindividuais, as "partes capazes" serão os legitimados para perseguir esses interesses em Juízo. O mesmo ordenamento que lhes dá esta autorização os legitima para tratarem dos prazos e ritos para alcançar a solução da contenda, sempre observada a razoabilidade.

A partir disso, a doutrina e o próprio Ministério Público, por meio das recomendações administrativas, bem como de orientações específicas expedidas dentro de cada ramo da instituição, passaram a aplicar e regular instrumentos de autocomposição em demandas que envolviam o patrimônio público.

Ocorre que, no combate à improbidade administrativa, havia expresso impedimento legal no artigo 17, §1º da Lei n.º 8.429/92. À época, a doutrina mantinha a confusão entre (in)disponibilidade e possibilidade de autocomposição, já destacada nesse artigo. A título de exemplo, para Bezerra Filho o impedimento de qualquer desses institutos (métodos alternativos de solução do conflito) decorre da indisponibilidade do objeto da ação, a proteção do patrimônio público, este, amparado pelas cláusula da imprescritibilidade, impenhorabilidade e não oneração.

Em que pese a vedação legislativa, a Resolução 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) dispunha sobre a possibilidade de se firmar Termo de Ajustamento de Conduta em casos de

improbidade administrativa, portanto, admitindo métodos de autocomposição neste tema, levando em consideração seus reflexos na redução da litigiosidade e a necessidade de execução célere, justa, efetiva e implementável da sanção aplicada.

Surgiu um embate legislativo e doutrinário, próprio da evolução jurisdicional, que, em atenção à legislação internacional de reconhecimento da Justiça Multiportas, resultou na alteração do artigo 17, §1º da Lei n.º 8.429/92 para admitir-se expressamente a possibilidade de autocomposição em demandas de improbidade administrativa, o que passou a se chamar "Acordo de Não Persecução Civil". Hoje, esse parágrafo foi revogado pela Lei n.º 14.230/21, que fez o artigo 17 ocupar-se apenas do rito especial em matéria de improbidade, transferindo a essência da negociação nestes temas para o inaugurado artigo 17-B daquele diploma.

A despeito da alteração, desde 2019, os então legitimados à persecução dos atos de improbidade passaram a ter a expressa permissão para negociar nesses casos. Se podem dispor materialmente neste tema (o MAIS), a conclusão óbvia é no sentido de que também podem negociar o rito (o MENOS). Em outras palavras, objetivamente, parece plenamente possível o NPJ no âmbito da Lei 8.429/92, que remete ao "rito ordinário" no caput do seu artigo 17.

Entretanto, há de se raciocinar sobre a natureza que o rito processual assume nestas demandas, já que, como destacado, as normas de ordem pública não se submetem à livre disposição das partes.

Assim, o raciocínio leviano de que "quem pode o mais pode o menos" perde sua força, já que nem sempre a disposição da formação da culpa e das sanções (mérito) possibilita a de seu rito.

Basta recordar que o Direito Penal também passou a permitir a negociação de penas nos Acordos de Não Persecução Penal, mas não se tem admitido que os participantes do processo o façam quanto ao rito processual, nem por analogia fulcrada no artigo 3º do Código de Processo Penal.

A explicação é a de que o rito processual penal tem conotação de ordem pública, já que voltado a resguardar o cidadão e a sua liberdade da interferência estatal, de forma que a sua inobservância sempre implicou em nulidades. A Jurisprudência é maciça em reconhecer o caráter cogente das regras processuais penais.

Diante disto, apesar da natureza "cível" do combate à Improbidade Administrativa, sempre se reconheceu sua similitude com o ramo penal pela imposição de sancionamentos limitadores de liberdades individuais (multas, proibições de contratar, suspensão de direitos políticos etc.).

Assim, o respeito ao rito objetivamente proposto pelo legislador na repressão às improbidades assume conotação similar ao do ramo penal, ou seja,

revestido da cogência caracterizadora das normas de ordem pública.

Com esse argumento, os Tribunais pátrios sempre anularam condenações pela inobservância de previsões como a que exigia a notificação prévia do requerido antes do recebimento da inicial, ainda que sua utilidade prática fosse questionável (isto é, sem um prejuízo concreto), já que o seu teor replicava o que seria alegado em sede de contestação! Esta regra constava do antigo parágrafo 7º do artigo 17 da Lei de Improbidade, que foi retirado pela Lei n.º 14.230/21 a qual, em compensação, trouxe diversas outras imposições especiais de rito que, certamente, levarão a consequências similares no caso de desconsideração.

Aliás, as alterações trazidas pela Lei n.º 14.230/2021 reforçam o raciocínio de impossibilidade de acordo sobre o rito na improbidade, já que deixam clara a natureza repressiva e sancionatória da demanda, chegando a declarar que ela não constitui uma "ação civil", apesar de seguir na base o rito do Código de Processo Civil com as alterações do artigo 17. É o que consta no novo artigo 17-D da LIA:

A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Conclui-se, portanto, que a negociação processual no combate à improbidade, salvo uma grande e sólida reviravolta jurisprudencial, é por demais temerária. Por mais que envolva de boa-fé ou de utilidade prática, dentro do tempo e das instâncias que o processo percorrerá, sem olvidar da alternância corriqueira de entendimentos de nossas cortes, a negociação de ritos pode vir a ter o efeito oposto, justificando a retomada da persecução ao seu início, com inegáveis reflexos negativos nos interesses transindividuais que busque. A insegurança gerada não a recomenda.

Enfim, é interessante ponderar que, devido ao cabimento irrestrito dos ANPCs (materiais), os NPJs (adjetivos) apenas ocorrerão quando fracassadas ou incabíveis os primeiros. Diante disto, a sua utilidade parece questionável já que, se a solução extrajudicial material falhou ou não é recomendada, seria estranho que se alcançasse um sucesso na negociação de ritos entre as mesmas partes!

4.2 DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como visto, a Lei de improbidade administrativa, Lei n.º 8429/92, ampara uma espécie de

interesse transindividual: o difuso de proteção ao erário e providências para uma Administração proba e moral. Neste contexto, ela fixa regras relacionadas à apuração dos atos ímprobos, suas sanções e consequências.

Dada a perplexidade de se negociar a respeito da moralidade, havia, originariamente, no seu art. 17, §1º, uma vedação expressa à transação, conciliação ou acordo. Diante disso, por muito tempo se questionou a autocomposição na esfera punitiva da Lei de Improbidade Administrativa.

Uma primeira corrente defendia a impossibilidade de qualquer acordo referente à aplicação das sanções, sob o argumento de que, além de serem indisponíveis os bens jurídicos tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa, não caberia ao legitimado ativo escolher dentre as sanções aquelas que entendesse mais razoável ao caso, sendo tarefa exclusiva do juiz.

De outro lado, uma segunda corrente admitia a autocomposição na dimensão punitiva da Lei de Improbidade Administrativa, nos casos em que as circunstâncias revelassem que o resultado da negociação seria mais benéfico para a efetiva tutela da probidade administrativa.

Isto é, ainda sob a vigência da vedação legal, doutrinadores como Emerson Garcia, interpretavam o dispositivo com restrições, de modo a compreender que o legislador vedou apenas os ajustes que violassem a supremacia do interesse público sobre o privado e não todo e qualquer ajuste negocial. É sob esse viés que, naquele momento doutrinário, não se admitia autocomposição sobre sanções punitivas, tais como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios. Todavia, admitia-se a negociação sobre as sanções reparatórias, ou seja, sobre o ressarcimento do dano e a perda da vantagem ilícita.

Apesar de aparentemente contra legem, baseando-se na morosidade judicial e ausência de expectativas de uma adequada resposta jurisdicional, os estudiosos e aplicadores do Direito passaram a interpretar a proibição com razoabilidade, avaliando a vontade do legislador. Foi nesse contexto que o Conselho Nacional do Ministério Público editou resoluções admitindo a autocomposição, com mitigações.

Então, veio a Lei n.º 13.964/19, em vigor desde 23 de janeiro de 2020, que modificou o §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, onde antes constava a vedação à transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade, passando agora a admiti-los com o famigerado Acordo de Não Persecução Cível. Em seguida, veio a Lei n.º 14.230/2021, que adotou oficialmente essa nomenclatura e buscou nortear minimamente seus requisitos, no artigo 17-B da LIA, como veremos mais adiante.

Este novo instituto tem natureza jurídica consensual bilateral, isto é, um negócio jurídico, na medida em que depende da clara e livre manifestação de vontade das partes que jamais estarão obrigadas a propor ou firmar o acordo. Por isso, de imediato, já se pode pontuar que não existe direito subjetivo do agente ímprobo à celebração do acordo. Para que ele seja possível, deve revelar-se interessante para ambos os envolvidos.

A expressão acordo de não persecução cível é correlacionada a outro instituto negocial inserido em nosso ordenamento também pela Lei n.º 13.964/2019, seu gêmeo bivetelino, nominado de acordo de não persecução penal. Por meio deste, o legislador admitiu a negociação entre o Ministério Público e o agente responsável por infrações penais com pena mínima inferior a quatro anos, praticados sem violência ou grave ameaça, desde que haja a reparação do dano e o agente confesse a prática da infração, preste serviço à comunidade e pague uma prestação pecuniária. Tudo desde que se revele adequado e suficiente à repressão do fato ilícito.

Faz-se tal comparação justamente pela construção doutrinária que, embora diferencie os ramos cível e penal, correlaciona as sanções da Lei de Improbidade Administrativa às penais, dada a gravidade de algumas. Desse modo, se o legislador admitiu autocomposição sobre um dos direitos mais caros ao indivíduo, sua liberdade, quanto mais ao exercício profissional, contratual, político e financeiro, os quais são alvos da responsabilização pelos atos ímprobos.

A Lei n.º 13.964/2019, permitiu a autocomposição entre os então legitimados para a ação de improbidade administrativa e o agente ímprobo. Com isso, reconheceu-se que, em determinados casos, será desnecessária a propositura ou a continuidade de uma ação de improbidade administrativa. Em outras palavras, essa conciliação pode ser realizada tanto antes, quanto depois da propositura da ação. Essa última hipótese decorria do antigo §10a do artigo 17 da Lei n.º 8.429/92, hoje deslocado para o §10-A pela Lei n.º 14.230, que permite a interrupção do prazo da contestação por até noventa dias para busca de uma solução consensual.

A inovação legislativa somada ao sistema consensual homenageado no Código de Processo Civil sepulta os anteriores questionamentos quanto à possibilidade de autocomposição envolvendo a prática de atos de improbidade administrativa. Todavia, deixa lacunas quanto ao procedimento de realização desse acordo.

Faz-se tal ressalva, porque a previsão do artigo 17, §1º da Lei n.º 8.429/92 dada pela Lei 13.964/19 permitia a celebração do acordo "nos termos da lei" sem, contudo, reger as suas hipóteses como fez em relação ao "irmão penal".

Em verdade, o pacote anticrime havia inserido no artigo 17-A normas procedimentais para a celebração e execução do acordo, contudo, esse dispositivo fora vetado pelo Presidente da República, sob a justificativa de (in) segurança jurídica.

O argumento foi de que o aludido dispositivo previu legitimidade apenas ao Ministério Público, mas não à pessoa jurídica interessada para a celebração do acordo. Nesse contexto, para o Chefe do Executivo excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente.

De todo modo, a ausência de previsão legal procedimental não retirava a viabilidade do instrumento negocial. Primeiro porque, tratando-se de instrumento negocial, o artigo 104, inciso III, do Código Civil previu a liberdade de forma para perfazer o negócio jurídico. Segundo porque, processualmente, o artigo 15 do CPC admite a aplicação supletiva e subsidiária das regras do processo civil aos demais processos, quando ausentes normas que os regulamentem.

Curiosamente, apesar da transcrita motivação do veto presidencial, a Lei n.º 14.230/2021 alterou drasticamente a Lei n.º 8.429, legitimando exclusivamente o Ministério Público para a persecução das improbidades (artigo 17, caput) e estipulando algumas regras a serem observadas para a solução consensual (artigo 17-B). Este diploma foi sancionado sem quaisquer discussões!

Certo é que, seguindo os ensinamentos doutrinários, o legislador reconheceu que a autocomposição no âmbito da improbidade administrativa não importa na disposição dos direitos difusos tutelados, não se confunde com transação envolvendo o conteúdo normativo, mas permite a negociação que terá por finalidade a própria concretização da probidade administrativa, através da aplicação das sanções que melhor se ajustem ao caso concreto.

Em outras palavras, o objeto da autocomposição não é o direito difuso tutelado em si, o qual não será renunciado, mas a forma como incidirão as consequências previstas em lei para o ato ímprobo, visando assim, de fato, resguardar o direito violado. Afinal, as ações de improbidade, na maioria das vezes, tramitam por muitos anos, gerando ainda mais custos aos cofres públicos. Afora isso, não se têm garantia de que, ao final, o eventual provimento da ação terá êxito no momento da execução do ressarcimento do dano e das disposições sancionatórias.

Cabe destacar que, mesmo exitosa uma Ação de Improbidade Administrativa, a execução de sua sentença será igualmente estendida, com similar

morosidade. Desse modo, a supremacia do interesse público acabava cedendo lugar à burocracia do sistema! Melhor que a solução aconteça enquanto os agentes encontram-se em plena atuação política e, por isso, mais dispostos à negociação de seus atos, do que décadas depois.

Assim, em muitos casos, a proteção da probidade administrativa estará mais bem amparada em um acordo de não persecução cível do que em uma ação de improbidade.

5 FORMALIDADES E REQUISITOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Como antes mencionado, inexistia regulamentação legal expressa dos pressupostos exigidos para a celebração do acordo. Todavia, tratando-se de instituto próprio do direito sancionador e semelhante ao acordo de não persecução penal, muitos defendem a aplicação de requisitos semelhantes, adaptados à tutela do patrimônio público.

A Lei n.º 14.230/2021, como adiantado em diversos pontos deste texto, perdeu a oportunidade de aperfeiçoar o instituto, fazendo considerações superficiais e genéricas sobre os pressupostos e condições do ANPC, mantendo-se o temerário subjetivismo. O artigo 17-B da LIA, em seu parágrafo 2o, dispõe que

a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.

Logo, o ANPC seria cabível após análises do ato e do seu agente. Quanto ao primeiro se considerariam sua natureza, gravidade e repercussão social. Quanto ao autor, ponderar-se-ia sobre sua personalidade. Afora isso, considerar-se-iam as vantagens da negociação, sob o prisma da celeridade. Nota-se a discricionariedade nessa apreciação, muito mais ampla que a permitida na esfera penal.

Mesmo na fixação das condições a serem estipuladas no ANPC (ou seus "resultados"), a Lei n.º 14.230 foi superficial, já que estabeleceu que dele deve advir, "ao menos [...] o integral ressarcimento do dano" (artigo 17-B, inciso I) e "a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados" (inciso II).

Sendo assim, alguns estudiosos posicionaram-se no sentido de que o acordo somente poderia ser celebrado quando presentes, cumulativamente, determinados requisitos abaixo analisados. Mesmo com a alteração da Lei n.º 14.230, essas ponderações continuam válidas, uma vez que tais indicações podem se prestar a indicar a presença dos

conceitos genéricos de cabimento ditados pela lei, reduzindo a discricionariedade quando da negociação.

Em primeiro lugar, exigia-se a confissão do agente ímprobo, a fim de manter-se um ordenamento jurídico harmônico e coerente. Isso porque, a não exigência da confissão geraria inquestionável anomia à lógica jurídica na medida em que, por exemplo, um agente público que fraudasse o procedimento licitatório precisaria confessá-lo para celebrar acordo de não persecução penal, mas não precisaria fazê-lo para celebrar acordo de não persecução civil, sendo que ambos tutelam direitos indisponíveis. Também porque as repressões cíveis penais ocorreram em esferas distintas, sendo que a negociação em uma certamente trará elementos para a outra.

Veja que a confissão pode facilmente se enquadrar como elemento indicador positivo da "personalidade do agente" nos termos trazidos pela Lei n.º 14.230, revelando arrependimento a indicar que a negociação é vantajosa, já que desnecessária a demanda para reprimir a conduta.

O instrumento exige, também, o compromisso de reparação integral do dano, sanção irrenunciável justamente porque, como já defendido nesse artigo, o acordo não pretende dispor do direito a patrimônio público, mas tutelá-lo de forma efetiva. Desse modo, garante-se a tutela material e reparatória ao mesmo tempo que lhe confere efetividade sobre a (des)necessidade de todas as demais sanções. Tais conclusões encontram-se previstas no novo artigo 17-B, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, na redação dada pela Lei 14.230.

Nesse viés, pressupunha-se que haja o compromisso de transferência não onerosa, em favor da entidade lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indireto obtido da infração. Hoje, isto encontra-se positivado no inciso II do artigo 17-B da LIA.

E, por fim, evidentemente, ordenava-se a aplicação de uma ou algumas das sanções previstas no artigo 12 da Lei n.º 8.429/92, justamente porque o acordo de não persecução civil não tem como finalidade retirar o caráter punitivo repressivo da Lei de Improbidade Administrativa, manifestado em suas severas e necessárias sanções. Caso contrário, estar-se-ia retirando o instrumento de punição e travestindo a Ação de Improbidade Administrativa em demanda meramente reparatória, o que, obviamente, contraria o artigo 37, §4º, da Constituição Federal. A reparação consiste em pressuposto do sancionamento e não seu substituto. O aspecto pedagógico que reveste a sanção é do interesse de toda a sociedade, minorando as chances de reiteração e desestimulando outros agentes de forma geral.

Nesse contexto, destaca-se a possibilidade de o acordo incluir outras medidas que sejam necessárias e adequadas à proteção do patrimônio público e

princípios administrativos, levando-se em conta a personalidade do agente, a natureza do ato ímprobo, suas circunstâncias, gravidade e repercussão social, sempre sob o norte da supremacia do interesse público, a quem interessa a rápida solução do conflito.

Este entendimento prevalece mesmo com as alterações na LIA pela Lei n.º 14.230/21, já que ela estipula resultados mínimos do ANPC, sendo evidente que o ressarcimento do dano e a reversão do proveito obtido são consequências do ato ilícito danoso e do enriquecimento sem causa, inclusive, alcançáveis por outros instrumentos jurídicos. O primeiro, aliás, é constitucionalmente imprescritível (conforme artigo 37, parágrafo 5o, da Constituição Federal). Ou seja, eles não são objetos principais da ação de improbidade e não podem ser alvo de negociações. Estão fora da esfera do ajuste no ANPC (representando a indisponibilidade do interesse difuso correlacionado). Note-se que o artigo 12 da Lei reconhece isso pois elenca as penalidades cabíveis "independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial".

Conclui-se que a imposição de medidas similares às previstas como sancionamento pela improbidade, tal como ocorre na esfera penal, é que justificam a vantagem da solução extrajudicial conforme a celeridade, nos termos do parágrafo 2º do artigo 17-B da LIA. Afinal, o legislador reconhece que o interesse versado no caso é REPRESSIVO e SANCIONADOR no artigo 17-D do tratado diploma.

Cabe, então, avaliar os limites na fixação das medidas, que deverão considerar a adequada repressão do ato conforme o caráter pedagógico que lhes justifica.

6 DOS LIMITES TEMPORAIS E MATERIAIS AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Apesar de não existir mais dúvida quanto à atual possibilidade de negociação no âmbito das ações de improbidade administrativa, remanescem os questionamentos acerca dos limites da pactuação. Explica-se.

No que atine aos limites temporais, embora a lei tenha admitido a celebração do acordo de não persecução civil deixou de prever um termo final para a tal. Por essa razão surgiram diversas correntes debatendo até que momento é possível sua realização.

Como abordado antes, a negociação pode ocorrer tanto antes quanto durante o processo. Segundo professores como Landolfo Andrade, Fernando Gajardoni e Fábio Medida Osório, o acordo celebrado antes do processo terá natureza extrajudicial e será firmado por Termo de Ajustamento de Conduta, no teor da Resolução n.º 179/2017 do CNMP. Quando firmado durante o processo, terá natureza judicial e poderá ser celebrado até a fase recursal, nunca após o trânsito em

julgado da sentença que condenou o agente ímprobo nas sanções da improbidade.

Nesse raciocínio, recorre-se ao princípio da consensualidade punitiva e ao artigo 139, inciso V, do CPC, o qual legitima o magistrado a promover, a qualquer tempo, a autocomposição. Admitindo-se, assim, a celebração do acordo e sua homologação judicial enquanto o processo estiver pendente.

Por outro turno, uma corrente doutrinária defende a celebração do acordo de não persecução cível apenas até a apresentação da contestação. Baseia-se na redação do artigo 17, §10-A, da LIA, concluindo por ocorrer preclusão após esse momento processual.

Esta última posição fundamenta-se em que o acordo pretende a resolução célere da demanda, sempre pautado na boa-fé processual, sob o viés do venire contra factum proprium. A partir disso, defende que a realização do acordo após a contestação legitimaria atitudes protelatórias dos agentes ímprobos que, além de enriquecer-se ilicitamente, causar prejuízo ao erário e/ou violar os princípios da administração, postergam a celebração do acordo para o momento que lhes convenham, depois de já terem-se utilizado de todo o custoso aparato judicial e, somente depois de perdido ou na iminência de perder a demanda, decidem recorrer à autocomposição.

Esse posicionamento já foi adotado no Superior Tribunal de Justiça pelo Ministro Mauro Campbell Marques, em decisão monocrática proferida na Petição no Agravo em Recurso Especial n. 1611266-SP (julgada em 21.10.2020). Todavia, não é a posição que prevalece atualmente nesta corte superior.

Ao analisar-se os mais recentes julgados, pode-se constatar que, no atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o acordo de não persecução cível pode ser celebrado na fase recursal, até a ocorrência do trânsito em julgado. Isso porque, tendo em vista o supraprincípio da supremacia do interesse público e respeitada a coisa julgada, pouco importa o momento em que o acordo é celebrado, mas muito importa a real vantagem que ele refletirá para a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa. A título de exemplo, menciona-se o acórdão da 1ª turma do STJ, proferido no Acordo no AResp n. 1.314.581/SP, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 23/02/2021 e veiculado no informativo 686 do STJ.

Este entendimento, entretanto, esbarra na atual previsão do parágrafo 2o, do artigo 17-B da Lei de Improbidade, já que a propositura do negócio jurídico após toda uma morosa instrução processual encerrada não se mostra vantajoso, especialmente no que se refere à rápida solução do caso.

Superado o aspecto temporal, cumpre avaliar os limites materiais à negociação nesta esfera.

Neste contexto, importante destacar que não se pode confundir as sanções da improbidade com as suas consequências (o ressarcimento do dano e a perda do valor eventualmente agregado ao patrimônio do ímprobo, quando ocorrerem). Estas derivam naturalmente do reconhecimento da ilicitude da conduta, pouco importando a existência de dolo ou má-fé exigida para as sanções.

Apesar desse ressarcimento ao erário (consequência) ser indisponível, por exemplo, é possível que se acorde sobre um parcelamento ou a modalidade pela qual ela se concretizará (ex. através da entrega de propriedades).

É verdade também que, caso o acordo imponha tão somente o ressarcimento, nos casos de dano ao erário, esvaziaria o conteúdo da lei de improbidade, eis que tornaria vantajoso ao agente se arriscar na conduta ímproba, já que, caso seja descoberto, no máximo teria de ressarcir o dano causado, o que não importa em sanção, mas apenas o faz retornar ao status quo ante.

Por tais razões, como já defendido neste texto, é adequada a aplicação de ao menos uma das espécies de sanções previstas na lei de improbidade, ainda que em patamares inferiores aos previstos para o caso de condenação, para atender a finalidade pedagógica (de prevenção geral e especial) que contaminam essas previsões.

Ocorre que, como estes aspectos do acordo de não persecução civil não foram adequadamente disciplinados pelo legislador, que previu somente a possibilidade de sua realização, aspectos procedimentais e os resultados mínimos (leia-se "pontos inegociáveis"), divergem as opiniões quanto à possibilidade de aplicação das diversas sanções previstas na lei de improbidade administrativa. Quais seriam, então, os limites materiais do ANPC?

As penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 são as seguintes: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) ressarcimento integral do dano; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos; e) pagamento de multa; f) proibição de contratar com o poder público; g) proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios.

Dessas sanções a que mais chama a atenção é a suspensão dos direitos políticos, isso porque os direitos políticos além de ostentarem classificação de direito fundamental, encontram restritas hipóteses de limitação em nossa constituição.

A Constituição Federal assim dispõe:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
II - incapacidade civil absoluta;
III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Por outro lado, a Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 20, declara: "A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória."

Os direitos políticos, por inerentes à cidadania, são direitos fundamentais indisponíveis, cuja limitação deve obedecer às hipóteses taxativas trazidas na Constituição, em momento de ruptura com a ditadura, onde perseguições políticas eram uma praxe. Assim, parece temerária a admissão de sua negociabilidade.

Não se olvida que parte da doutrina pode vir a defender a possibilidade de pactuação da suspensão dos direitos políticos no âmbito do acordo de não persecução cível, principalmente, invocando o fato de que a lei das inelegibilidades (conhecida popularmente como lei da ficha limpa) prevê novas hipóteses de inelegibilidades não previstas no texto constitucional, e mesmo assim fora declarada constitucional pelo STF.

Mas o raciocínio seria incompleto, já que a lei da ficha limpa prevê novas hipóteses de inelegibilidades, não de suspensão ou perda dos direitos políticos.

Os direitos políticos são gênero, do qual são espécies a capacidade eleitoral ativa, consistente no direito de votar (dever), e a capacidade eleitoral passiva, traduzida na elegibilidade (faculdade), esta sim limitada pela lei da ficha limpa.

Por serem os direitos políticos muito mais amplos do que a mera possibilidade de se candidatar, parece razoável que não se possa negociá-los de maneira sumária em acordo de não persecução cível.

Afinal, a possibilidade de negociação abre margem para subversões, dentre as quais uma utilização para revanchismos partidários.

Não se pode esquecer que a Administração Pública era também parte legítima para entabular o acordo de não persecução cível com o agente ímprobo até a reforma promovida pela Lei n.º 14.230/21, e, inegável e infelizmente, a atuação dela sujeita-se ao enfoque do chefe do Poder Executivo. Sendo este um adversário político do agente ímprobo não é difícil imaginar essa situação.

Mesmo com a atual legitimação exclusiva da persecução judicial do ato ímprobo pelo Ministério Público a preocupação persiste. Primeiro porque, normalmente, os atos de improbidade administrativa são levados a seu conhecimento por parte da oposição política, que acompanha a investigação, cobrando diligências e uma resposta. Segundo, pela exigência prevista no novo artigo 17-B, §1º da LIA, "da oitiva do ente federativo lesado", o qual se manifestará através de

suas procuradorias jurídicas ou pelo chefe do Poder Executivo, com os riscos da influência política acima tratada. Terceiro pois, com essa concentração há inegavelmente muito mais responsabilidade por parte do membro do Parquet na análise da solução adequada para o caso. Tanto que, como visto, a Lei n.º 14.230/2021 estabeleceu um enfoque na celebração do acordo, considerando a personalidade do agente, a natureza, circunstâncias, gravidade e a repercussão do ato de improbidade (artigo 17-b, §2º da LIA).

Não se ignora a posição contrária, segundo a qual é plenamente possível a aplicação da suspensão dos direitos políticos, na medida em que, uma vez confessado o ato pelo agente público, inexistência de resistência à pretensão punitiva por parte do agente ímprobo que, em verdade, concordou com a aplicação da sanção (que no caso se tornaria uma condição), nos termos da "autonomia de vontade".

Para essa corrente, o artigo 15, inciso V, da Constituição Federal prevê a suspensão dos direitos políticos nos casos de "improbidade administrativa", isto é, não se exigiria a condenação definitiva pela prática do ato de improbidade administrativa, mas tão somente a prática do ilícito, totalmente diferente do que fizera em relação à prática de infração penal, quando a condicionou ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consoante inciso III do artigo 15 da Constituição Federal.

Ainda, acrescenta-se que a previsão do artigo 15 da Constituição é totalmente compatível com o artigo 37, §4º do mesmo texto, que prevê a suspensão dos direitos políticos aos atos de improbidade administrativa, na forma e gradação previstas em lei. Nesse contexto, os defensores dessa corrente afirmam que o artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa previu a suspensão, enquanto o artigo 17-B admite expressamente a solução negociada, sem qualquer limitação material ao acordo.

Contudo, há de se reconhecer que a extirpação política, ainda que momentânea, do agente só se justificaria em atos de improbidade graves, com grande repercussão social. Ou ainda, quando as circunstâncias pessoais são negativas a ponto de justificar um afastamento da vida política por receio da reiteração ímproba. Ora, nestas situações sequer seria cabível o ANPC nos termos do artigo 17-B, §2º da LIA! Não há sentido em tal estipulação negocial, portanto.

Some-se a isto que aquela linha de raciocínio esbarra no art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa, que exige o trânsito em julgado para a imposição da suspensão dos direitos políticos. Embora a aplicação das sanções no bojo do acordo de não persecução cível não tenha sido devidamente regulamentada, o comando do art. 20 permaneceu incólume com as mudanças advindas com o pacote anticrime, e parece evidente que caso fosse o intuito do legislador permitir a negociação da suspensão dos direitos políticos teria promovido a

alteração legislativa pertinente na mesma oportunidade em que criou a figura negocial. A Carta Magna, como visto, previu a suspensão de direitos políticos na forma e gradação previstas em lei, e esta impõe o trânsito em julgado para esta sanção em específico.

A problemática não se resume àquela proibição em especial. Como já mencionado, os direitos políticos envolvem não só a capacidade eleitoral passiva, como também a capacidade eleitoral ativa, esta traduzida no voto, o qual, segundo a nossa constituição não constitui mero direito, mas é obrigatório às pessoas alfabetizadas, com mais de dezoito e menos de setenta anos de idade. Assim, por se tratar de um direito-dever, seria incoerente interpretá-lo com a possibilidade de renúncia.

Nesse sentido, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Pernambuco editou a Resolução nº 01/2020, buscando regulamentar o acordo de não persecução cível no âmbito daquela instituição, que, em seu art. 4º prevê as condições que podem ser pactuadas, não abrangendo a hipótese de suspensão dos direitos políticos.

As aspirações democráticas de nossa Constituição protegem o exercício da cidadania (seja do ponto de vista passivo como ativo). Nesta temática há, como visto, primeiro, uma reserva legal (constitucional, inclusive) e, secundariamente, jurisdicional, que não podem ser alvo de negociação por sua conotação de ordem pública. A autonomia privada que vige hoje, substitui as noções de autonomia da vontade (típicas do liberalismo) em reconhecimento à limitação pública representada pelo interesse maior da sociedade (a Ordem Pública), não sendo, portanto, ilimitada.

Não soa legítimo, por mais que superficialmente justificadas como manifestações da vontade focadas na autonomia privada, a celebração de um acordo prévio entre os interessados a eventual candidatura, que um deles se torna por aquele instrumento, inelegível por determinado período! Ora, acaso haja o arrependimento do celebrante, não se poderia impor ao Judiciário o reconhecimento de validade a tal manifestação por relacionar-se a um elemento basilar da cidadania.

Da mesma forma, não se poderia aceitar que, de um acordo qualquer derivasse a dispensa de obrigações legais como a de votar. Trata-se do mesmo raciocínio. O voto é inerente à cidadania, só podendo ser limitado na forma prevista no texto constitucional. Mais que um direito, é considerada uma obrigação, sujeita a diversas consequências, acaso descumprida ou não justificada (como no exercício de funções públicas etc.). Jamais seria admissível dispensar de tais consequências (como a multa) ou obstar o acesso a um cargo público pela simples apresentação de um contrato qualquer.

Isso representaria muita insegurança jurídica e renúncia a deveres cívicos. Poderia, como adiantado, prestar-se de ferramenta ditatorial de exclusão da oposição, forjado com base em pressões políticas ou quaisquer outras. Aliás, este viés em especial deve limitar a celebração dos ANPCs em improbidades administrativas.

Pois bem, a questão é ainda controversa e encontra-se em fase de amadurecimento doutrinário, de todo modo, não se pode ignorar que a suspensão dos direitos políticos afeta a cidadania do agente ímprobo e, por isso, merece maior cautela caso seja utilizada como forma de punição na celebração do acordo, desde que nos termos da regulamentação do órgão legitimado.

CONCLUSÃO

O reconhecimento dos interesses transindividuais é relativamente recente em nosso ordenamento, sendo que os meios processuais para sua tutela continuam em evolução. Neste processo, a inicial dificuldade de soluções consensuais nesta categoria vem sendo superada.

A repressão à Improbidade Administrativa envolve uma forma de interesse transindividual, amoldando-se à modalidade difusa, já que a manutenção da moralidade na Administração Pública interessa a toda a sociedade. Nesta seara, a negociação sempre causou perplexidade, mas hoje não se duvida de seu cabimento. Há, todavia, que se ponderar sobre os limites da transação no tema, seja sob o viés processual, quanto material.

Nesse enfoque, é virtualmente possível ponderar sobre o cabimento de negociação processual (pelos Negócios Jurídicos Processuais, trazidos pelo CPC/2015) e material (pelos ANPCs do pacote anticrime de 2019, alvo também da Lei 14.230/2021).

No aspecto adjetivo, o artigo 190 do CPC é a verdadeira fonte do negócio jurídico processual, sendo o artigo 191 apenas um poder do julgador na adaptação dos ritos. Este último, denominado de calendarização processual é indiscriminadamente cabível em interesses individuais e transindividuais (artigo 191 do NCPC), já que refletem o princípio constitucional da duração razoável do processo e da cooperação entre os atuantes no feito.

O NPJ (artigo 190 do NCPC), entretanto, deve ser evitado pelo entendimento consolidado de que o rito de sua apuração envolve normas de ordem pública, em similitude com o rito processual penal, pelos reflexos na esfera individual do acusado. Sua aplicação poderia implicar em nulidades futuras, o que geraria insegurança. Isto fica mais evidente com a nova redação do artigo 17-D da LIA, que reconhece o caráter repressivo/sancionador e pessoal da demanda.

No enfoque substantivo, por sua vez, devido à ausência de regulamentação legislativa detida, parte

da doutrina tem defendido que a aplicação do regramento destinado ao ANPP deve ser empregada no ANPC, para se ter um mínimo de padronização. Essa conclusão permanece mesmo com a reforma na repressão das improbidades administrativas feitas pela Lei n.º 14.230/2021, visto que trouxe termos vagos a serem considerados na negociação (como "gravidade" do ato e "vantagens" para o interesse público).

Assim como o ANPP o ANPC tem um inafastável viés negocial, neste as partes abrem mão de parcela de seus interesses/prerrogativas e chegam a um consenso que atende os dois lados, ou seja, ao bem jurídico protegido (proibidade na administração) e ao do agente (minorar as restrições à sua liberdade individual). O Estado, então, abdica de parcela da sanção e da persecução e o agente, por sua vez, dispõe-se a cumprir determinados requisitos para livrar-se principalmente do incômodo processual com as vinculações aos atos processuais) e da possível condenação.

O Acordo de não persecução civil, portanto, deve se adequar à finalidade para a qual foi editada a lei de improbidade administrativa, observada a intenção do legislador quando de sua elaboração, qual seja, proteger o patrimônio público e a moralidade administrativa, considerando seu viés repressivo e sancionador. Também deve ter uma interpretação sistêmica, sobretudo com amparo na Constituição Federal, especialmente no tocante às condições a serem pactuadas.

Por isso, não se mostra viável a negociação em fases adiantadas do processo, tampouco a aplicação da suspensão dos direitos políticos em acordo de não persecução civil. Há de se reconhecer que essa medida só se justificaria em situações gravosas ou cuja personalidade do agente indica que merece ser afastado da vida política, o que por si já impediriam o ANPC (artigo 17-B, §2º, da LIA).

Basear-se na liberdade negocial ou na autonomia privada para justificar a inclusão dessa consequência nesses acordos não basta, pelos reflexos coletivos que geram. Apenas o legislador, como legítimo representante do cidadão e democraticamente eleito pode, com base na Constituição, regrar, limitando ou ampliando o exercício da cidadania, que se funda no interesse geral (democrático).

Não se pode olvidar que o reconhecimento da autonomia privada é a atualização da antiga expressão autonomia da vontade, esta típica da visão liberal. Naquela primeira, reconhece-se que essa liberdade vem envolvida por um contexto superior que a legitima e a limita, que é o interesse público (ou a "autonomia pública"). Em outras palavras, ela se "vincula diretamente aos valores constitucionais, devendo estar orientada, assim, à valorização da pessoa humana".

Assim, em que pese a novel permissão legal para negociar no âmbito das ações de improbidade administrativa, o objeto das negociações e acordos devem respeitar os limites impostos pelas normas de ordem pública, ainda que sejam de natureza processual. Além disso, as condições pactuadas precisam se adequar às limitações do ordenamento jurídico, como é o caso da restrição à suspensão dos direitos políticos, condicionada que está à condenação com trânsito em julgado, conforme a própria lei de improbidade administrativa impõe.

Conclui-se, portanto, que a esfera coletiva pela qual está envolta toda a repressão da improbidade administrativa sujeita-se a normas cogentes que não admite negociações processuais ou materiais como regra máxima. As eventuais disposições de vontade neste tema, poderão ser trazidos ao Judiciário que lhes reconhecerá a (in)validade!

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução civil: A polêmica envolvendo o momento para a sua celebração em juízo. Disponível em http://genjuridico.com.br/2021/03/02/celebracao-acordo-nao-persecucao-civil/#_ednref7. Acesso em: 21 ago. 2021.

ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução civil: primeiras reflexões. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civil/>. Acesso em: 21 ago. 2021.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses Difusos e Coletivos. 1. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

ANDRADE, Adriano. MASSON, Cleber. ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos. 7. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral do Direito Civil. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012.

BEZERRA FILHO, A. Processo de Improbidade Administrativa: anotado e comentado. Salvador: Juspodivm, 2018.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2. ed. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2007.

CALMON. Petrônio. Fundamentos da mediação e de Conciliação. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

DIDDER Jr. Fredie. Curso de direito processual civil: Introdução do direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>. Acesso em 21 ago. 2021.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Tutela de interesses difusos e coletivos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUZ, Denise. Direito Administrativo Sancionador Judicializado - Improbidade Administrativa e Devido Processo Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal. Curitiba: Jurúá Editora, 2014.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Manual de direito processual civil – Volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

OSÓRIO, Fabio Medina. Natureza Jurídica do Instituto da Não Persecução Cível Previsto na Lei de Improbidade Administrativa e Seus Reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.

PINHEIRO, Igor Pereira. Lei anticrime e acordo de não persecução cível: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Jhmizuno, 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual, volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O DOLO A PARTIR DO GIRO LINGUÍSTICO: UMA PROPOSTA

DOLUS FROM THE LINGUISTIC TURNING: A PROPOSAL

Eleonora Laurindo de Souza Netto¹, Adriane Garcel², Laura Aquino³

Como solução à problemática da insuficiência das teorias psicológicas e normativas na caracterização do dolo, o presente trabalho tem como objetivo apresentar um novo paradigma interpretativo a partir da filosofia da linguagem e da teoria significativa. Propõe-se compreender o dolo como um compromisso com o resultado, no qual os jogos de linguagem atribuem significado à ação. Como metodologia, parte-se da análise bibliográfica dos trabalhos de Vives Antón, Ludwig Wittgenstein, Paulo César Busato e Rodrigo Cabral para explicar o maior grau de reprovabilidade inerente às condutas dolosas, bem como a caracterização do dolo eventual.

Palavras-Chave: Dolo. Filosofia da linguagem. Jogos de linguagem. Teoria significativa. Dolo eventual.

This study aims to present a new paradigm to characterize the criminal intent, in accordance with the philosophy of language and the significant theory, facing the problem of the insufficiency of the psychological and normative theories. The proposal is to comprehend the intent based on the commitment with the result, demonstrated by the language games which assign a meaning to the action. As methodology, it is based on the works of Vives Antón, Ludwig Wittgenstein, Paulo César Busato and Rodrigo Cabral, to justify the stricter treatment of the intent and to present a new understanding of the dolus eventualis.

Keywords: Intent. Philosophy of language. Language games. Significant theory. Dolus eventualis.

¹ Mestra em Direito Penal e Política Criminal pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Especialização em Direito Civil pela Universidade Panthéon-Assas Sorbonne. Pós-Graduação em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

² Mestra em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Pós-graduada em Ministério Público - pela UNIVERSIDADE POSITIVO. Assessora Jurídica do TJPR.

³ Pós-Graduada em Direito Registral Imobiliário com ênfase em Direito Notarial no Verbo Jurídico. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Estagiária de Pós-graduação no TJPR

INTRODUÇÃO

O dolo é um tema central do Direito penal tanto em sua vertente material, como processual. No momento de uma condenação, é essencial saber se o agente atuou com dolo ou não, diante das consequências gravosas atribuídas pelo sistema penal à atuação dolosa. Referido instituto costuma ser definido a partir de dois elementos: cognitivo e volitivo – ou seja, a consciência e a vontade de praticar os elementos do tipo. O problema é que as teorias tradicionais – psicológicas e normativas – não são capazes de assegurar a caracterização do dolo em um fato típico, seja por associarem o dolo a um estado mental interno ao agente e impossível de ser acessado por terceiros, seja por o associarem a um grau objetivo de perigo.

Em relação às classes de dolo, a doutrina majoritária adota a divisão tripartite, distinguindo o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual. O dolo direto de primeiro grau ocorre quando o resultado era o objetivo do autor, o dolo direto de segundo grau é caracterizado pelas consequências necessárias da ação do autor para realizar o objetivo principal e o dolo eventual ocorre quando há uma dúvida razoável acerca da produção do resultado que não intimida o autor a realizar a ação.

Diante desse cenário e da importância do dolo em nosso sistema penal, o presente trabalho tem como objetivo apresentar melhorias para a teoria do dolo. Propõe-se a adoção de uma nova perspectiva, com a discussão de um dolo significativo, a partir do paradigma da filosofia da linguagem. Para isso, como metodologia, o presente artigo faz uma revisão bibliográfica, fundamentando-se em trabalhos de autores que se debruçaram sobre essa tendência, principalmente, na tese de doutoramento de Rodrigo Dias Cabral e em obras de Paulo César Busato, que, por sua vez, tomaram por base os estudos de Vives Antón e de Wittgenstein.

Nesse sentido, compreende-se a ação a partir de seu significado, analisando-a em conjunto com as regras que regem determinada sociedade. A ação dolosa é o resultado de um processo comunicativo e se traduz em um compromisso linguístico com a produção do resultado significativo. A justificativa dessa nova leitura se dá na explicação do maior grau de reprovabilidade atribuído às condutas dolosas em comparação com as culposas e em uma nova compreensão do dolo eventual.

No primeiro capítulo, explicar-se-á o giro linguístico que se propõe a partir de uma análise histórica das teorias do dolo, demonstrando as falhas das teorias psicológicas e normativas, e sugerindo que a ação seja analisada a partir de seu significado, compreendendo-se o dolo a partir de um processo de comunicação. No segundo capítulo, analisar-se-á os

elementos integrantes de uma concepção adequada de dolo, explicando o elemento cognitivo fundado na teoria da linguagem, com foco em seus dois sentidos: saber o que e saber como. No terceiro capítulo, propor-se-á uma nova abordagem da concepção do dolo eventual, a partir da filosofia da linguagem, demonstrando como este se caracteriza, em que medida se diferencia da imprudência e o que justifica o maior desvalor atribuído aos delitos dolosos. Por fim, encerrar-se-á com uma breve conclusão.

1 DOLO E LINGUAGEM: O GIRO LINGÜÍSTICO

Não há dúvida de que o agente que comete um crime intencionalmente merece maior punição do que aquele que o comete despropositadamente. Não só os delitos cometidos intencionalmente são socialmente mais condenáveis, como o nosso sistema penal trata o dolo de maneira diferenciada da imprudência, o que é refletido na imposição de penas mais severas aos delitos dolosos, na punição excepcional dos delitos imprudentes (apenas quando expressamente previstos) e na criminalização da participação apenas na modalidade dolosa (CABRAL, 2020, p. 49). Ademais, apesar de o legislador ter afastado a intensidade do dolo como condição de circunstância judicial de medição da pena, evidente que uma ação praticada com dolo intenso possui maior desvalor do que a realizada com um dolo de menor intensidade (BITTENCOURT, 2012, p. 763).

O Código Penal caracteriza o crime doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” e culposos “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (artigo 18, CP). A questão que deve ser respondida é como afirmar, durante o juízo da condenação, que houve dolo, ou seja, como afirmar que o agente atuou dolosamente ao realizar o fato delitivo. A histórica divergência doutrinária na tentativa de responde-la levou ao surgimento de uma série de teorias.

Em um primeiro momento, entendia-se o dolo como uma instância relacionada à consciência psíquica do agente, ou seja, algo que se situa na cabeça do autor. As origens do dolo remontam ao Direito penal romano, que o caracterizava a partir da maldade do agente ao realizar a conduta – o chamado *dolus malus* (CABRAL, 2020, p. 51).

As teorias causal-naturalista e finalista mantiveram o conceito de dolo vinculado ao estado mental. Para a primeira, “o dolo era uma forma de culpabilidade que representava o vínculo de ordem subjetiva entre o autor e o fato delitivo que permitia a imputação (*Zurechenbarkeit*) do ato” e para a segunda, “o dolo, como elemento subjetivo da própria ação típica, configurava sua nota distintiva” (BUSATO, 2019, p. 78-79). O finalismo se diferenciou ao retirar a maldade do conteúdo do dolo, configurando-se o *dolus naturalis*

(CABRAL, 2020, p. 52). Estas teorias que vinculam o dolo a fenômenos mentais podem ser chamadas de teorias psicológicas ou ontológicas. As ideias apresentadas buscaram aprimorar a teoria do dolo caracterizando-o pela vontade, consentimento, aprovação, indiferença, vontade de evitação e levar a sério o resultado.

O problema reside na impossibilidade da demonstração do dolo a partir de tais teorias, tendo em vista a inacessibilidade da mente dos agentes. Do ponto de vista das ciências naturais, só é possível realizar cálculos de possibilidade ou probabilidade da existência de fatos psíquicos (BUSATO, 2015, p. 400 – 402). As suas críticas resumem-se em três pontos centrais. Em primeiro lugar, a incapacidade de o conceito de natureza psíquica explicar o dolo eventual nas teorias psicológico-volitivas, pois é utilizado um conceito psicológico para o dolo direto e um conceito normativo para o dolo eventual. Em segundo lugar, a impossibilidade de comprovação do estado mental num processo penal. Em terceiro lugar, a incapacidade de solucionar os problemas existentes na caracterização do dolo, limitando-se a novas denominações (CABRAL, 2020, p. 104).

Contraopondo-se ao dolo como realidade psicológica, as teorias normativas, propostas pelo funcionalismo, passaram a afirmar que o dolo é o resultado de uma atribuição. Para estas, o dolo se caracterizaria ao imputar a alguém o conhecimento e a vontade da realização do fato delitivo (BUSATO, 2019, p. 83). As teorias funcionalistas se dividem em duas vertentes, de acordo com as funções atribuídas ao sistema de imputação e à pena: o funcionalismo teleológico e o sistêmico. O teleológico, capitaneado por Claus Roxin, fundamenta o Direito penal na proteção aos bens jurídicos e reconhece um caráter preventivo geral e especial à pena (BUSATO, 2015, p. 239-240). O sistêmico, liderado por Günther Jakobs, reconhece como missão do Direito penal a necessidade de estabilização da norma e como função da pena apenas a prevenção geral positiva (BUSATO, 2015, p. 241).

Ambas as vertentes da teoria normativa apresentam problemas. Roxin mistura a finalidade do direito penal com a fundamentação do tratamento mais severo ao delito doloso. A finalidade do direito penal é prevenir lesões a bens jurídicos, mas isso não explica o motivo de haver um tratamento mais severo para o dolo do que para a imprudência, e nem demonstra como se caracteriza o injusto doloso (CABRAL, 2020, p. 56). A teoria de Jakobs apresenta problemas semelhantes. Este, ao invés de fundamentar o tratamento mais severo do dolo na lesão a bens jurídicos, o fundamenta na existência de uma decisão, com indiferença, pela realização de uma conduta contra a validade da norma. Do mesmo modo, não há uma definição de critérios claros que identifiquem uma conduta dolosa (CABRAL, 2020, p. 60-61). Assim, apesar de as teorias normativas terem dado um passo a mais, demonstrando os sérios

problemas existentes nas teorias psicológicas, ainda não apresentaram uma solução satisfatória para o dolo (CABRAL, 2020, p.125). Há uma "crise de legitimidade" na perspectiva normativa do dolo, conforme expressão de Busato (2019, p. 85).

Em síntese, desde a época do Direito penal romano até o funcionalismo não foi solucionado o que é o elemento intencional, por meio do qual se caracteriza uma conduta típica como dolosa (SANTOS, 2019, p. 113). Diante desse cenário, se mostra necessário adotar novos critérios para a caracterização do dolo a partir dos postulados da filosofia da linguagem, como proposto por Rodrigo Dias Cabral em sua tese de doutoramento. Para tanto, parte-se da função preventiva do direito penal a partir de uma base comunicativa (CABRAL, 2020, p. 63). Nessa acepção, o direito penal tem duas opções para cumprir sua função preventiva, conforme as duas justificativas apresentadas por Habermas para a influência da intervenção estatal na conduta dos cidadãos – por meio da motivação empírica do castigo e por meio da motivação racional:

La disponibilidad generalizada de alterar a aceptar las ofertas de interacción de ego puede hacerse derivar de las distintas fuentes del prestigio e influencia de éste, que pueden consistir, o bien en vinculaciones motivadas empíricamente, es decir, generadas por incitación o intimidación, en el caso de la fuerza física, del atractivo corporal, de las habilidades cognitivo-instrumentales y de la capacidad de movilizar riqueza, o bien en una confianza motivada racionalmente, esto es, basada en un acuerdo fundado, en el caso de una señalada capacidad de la persona de responder de sus actos en la interacción, o en el caso del saber de que una persona dispone (HABERMAS, 1987, p. 256).

No entanto, o castigo baseado no protagonismo do medo para a eficiência das penas não é compatível com o Estado Democrático de Direito, sendo o protagonismo da motivação racional, por meio de um diálogo com a comunidade, a melhor maneira de se garantir o cumprimento das normas penais. A prevenção geral comunicativa é o resultado do encontro entre o argumento de utilidade – para garantir a prevenção a futuras violações a bens jurídicos – e o argumento de legitimidade – segundo o qual a norma penal deve estar fundamentada em uma norma legal e em razões práticas (CABRAL, 2020, p. 72-73). Com base nesses critérios, garante-se que o sistema penal seja eficaz em sua função preventiva.

A filosofia da linguagem, com o giro linguístico e a mudança paradigmática que operou na teoria do conhecimento, demonstra os problemas da adoção de uma visão realista do mundo – que sustenta que o Direito penal deve considerar apenas a existência de dados empíricos – e propõe a superação de uma filosofia do sujeito e de muitas das premissas adotadas

pelas teorias tradicionais do dolo. O giro linguístico proposto é no sentido de que se deve "motivar racionalmente a ação dos cidadãos por meio de leis que respeitem os conceitos implícitos de justiça, delineados pelas práticas linguísticas de determinada sociedade" (CABRAL, 2020, p. 74). Ou seja, supera-se a visão que leva em consideração apenas a subjetividade do sujeito e se defende que os fatos comunicados não podem ser separados do processo de comunicação, estabelecidos através de um processo de interações entre os membros de uma coletividade (CABRAL, 2020, p. 183).

O giro linguístico parte da teoria da ação significativa, com fundamento nos estudos de Tomás S. Vives Antón, e das contribuições da segunda fase da trajetória filosófica de Ludwig Wittgenstein.

Vives Antón é o responsável pela criação da teoria da ação significativa, segundo a qual o que importa não é o que o agente faz, mas sim o significado de seus atos em determinado contexto (FONSECA, 2017, p. 193). Ele sugere a reestruturação do sistema de imputação a partir de dois pilares: a norma e a ação. A norma contém um comando a ser seguido e o agente possui liberdade de ação, de modo que, para que seja responsabilizado pelo Direito, é necessário analisar a norma, a conduta e a opção do agente em respeitá-la ou não (FONSECA, 2017, p. 205). Passa-se a tentar compreender o nível de gravidade refletido na contradição entre a ação realizada e a norma, substituindo a tradicional ideia de tentar descrever quando há dolo por meio de estados mentais. Para o autor, há uma separação entre o dolo e o tipo de ação e há dolo quando o agente assume um compromisso com o resultado de sua ação. Para verificar a sua ocorrência, Vives Antón entende que é preciso analisar manifestações externas, verificando as regras sociais que definem a ação como uma das que interessa ao Direito penal em comparação às técnicas que o autor domina (BUSATO, 2019, p. 93). Na análise do cumprimento das regras, a linguagem deve ser pública e não privada, como algo que ocorre no interior da mente (VIVES ANTÓN, 2019, p. 118). Em resumo, Vives Antón rechaça a ideia de um processo mental e afirma que o saber e o querer possuem um caráter público.

Já Wittgenstein possui duas fases de pensamentos, a primeira é refletida em sua obra *Tractatus Logico-Philosophicus*, enquanto a segunda tem como obra central as *Investigações Filosóficas*. Nesta segunda obra, que foi publicada após a sua morte, o filósofo trouxe uma nova abordagem da filosofia da linguagem, realizando a analogia dos jogos de linguagem, segundo a qual nossas ações – assim como um jogo – possuem regras que estabelecem se são corretas ou não (CABRAL, 2020, p. 75), conforme trecho a seguir:

Imaginemos em que casos dizemos que um jogo será jogado segundo uma determinada regra!

A regra pode ser um recurso do ensino no jogo. Ela informaria o aprendiz e ensaiaria a sua aplicação. – Ou ela seria um instrumento do próprio jogo. – Ou: uma regra não tem emprego no ensino nem no próprio jogo; ou sequer é relegada a uma lista de regras. Aprende-se o jogo quando se assiste como os outros jogam. Mas nós dizemos que isso é jogado segundo tal e tal regra, porque um observador pode ler essas regras na prática do jogo, – como uma lei natural que as ações do jogo seguem — Como, entretanto, o observador diferencia, nesse caso, entre uma falha dos jogadores e uma ação do jogo correta? – Há, para isso, indícios na conduta do jogador. Imagine a conduta característica daquele que corrige um ato falho. Seria possível reconhecer que alguém faz isso, mesmo quando não compreendemos sua língua. (WITTGENSTEIN, p. 52)

Assim, para o filósofo austríaco, as ações são equiparadas a lances de um jogo, e cada lance tem possíveis reações como consequência, de acordo com o que determinam as regras. Como as ações são guiadas por regras, conclui-se que possuem um caráter normativo. Além disso, as regras definem como devem ser jogados determinados jogos de linguagem, de acordo com o contexto em que estão inseridas, ou seja, os jogos de linguagem são resultados de interações sociais e intersubjetivas (CABRAL, 2020, p. 76-77). Afinal, "uma norma só é justa quando todos podem querer que ela seja seguida por qualquer pessoa em situações semelhantes" (HABERMAS, 1997, p. 203). Por fim, a partir das regras, é possível inferir resultados futuros.

A importância das regras também é destacada por José Luis González Cussac a partir da expressão "dolus in re ipsa", segundo a qual: "a) o sentido da intenção tem que ser determinado a partir de um ato externo, e não ao contrário; b) os atos externos somente têm sentido quando se referem a um conjunto de regras prévias que lhes atribuem significado" (CUSSAC, 2019, p. 145). O processo que se desenvolve com o objetivo de afirmar o dolo é o processo de comunicação de um sentido, para o qual são imprescindíveis a filosofia do segundo Wittgenstein e as ideias a respeito do processo de comunicação de Habermas (BUSATO, 2019, p. 95). Para a teoria da ação comunicativa, o sistema social é composto por normas decorrentes de acordo prévio que estabelecem o comportamento adequado de seus membros, de modo que cumprir as normas significa cumprir a expectativa social (FONSECA, 2017, p. 195).

De acordo com Busato:

uma vez que o estabelecimento de um sentido depende da validade do processo de comunicação, e isso, por seu turno, depende de basear-se em regras compartilhadas, determinadas pela inclusão de todos no discurso, fica claro que a opção pela linguagem como mecanismo de legitimação da atribuição de um

sentido doloso de uma conduta figura como uma proposta humanista e respeitosa à ideia de alteridade (BUSATO, 2019, p. 98)

Partindo dessas premissas, em sua tese, Cabral busca solucionar dois problemas na teoria do dolo: "(i) a questão sobre a ratio que autoriza seja dispensado um tratamento penal mais severo para o injusto doloso que para o imprudente; e (ii) a questão sobre quais elementos devem fazer parte de uma concepção adequada de dolo e como devem ser eles compreendidos" (CABRAL, 2020, p. 26).

Reconhece-se um dolo que é ao mesmo tempo normativo e resultado de um processo comunicativo, que se traduz em um compromisso linguístico com a produção do resultado significativo (CABRAL, 2020, p. 11). Esse compromisso – que consiste em assumir a responsabilidade pelo resultado – é demonstrado pelo agente quando, intencionalmente, realiza uma ação no jogo de linguagem.

Assim, é o compromisso com o resultado – identificado a partir dos conceitos de justiça da sociedade – que fundamenta o dolo e que justifica a punição mais grave. Para uma melhor compreensão, é necessário se debruçar sobre os elementos que compõem o dolo, mais especificamente sobre o elemento cognitivo à luz da filosofia da linguagem.

2 ELEMENTO COGNITIVO E FILOSOFIA DA LINGUAGEM

Em relação aos elementos do dolo, discute-se se são necessários o conhecimento e a vontade ou se a vontade é dispensável. Nesse sentido, há enormes discussões entre as concepções volitivas e cognitivas do dolo. Entretanto, o presente trabalho propõe uma nova leitura destes elementos com base na filosofia da linguagem. Afinal, o mais importante não é saber se a vontade deve ou não ser acrescentada ao elemento cognitivo, e sim saber quando o indivíduo atuou dolosamente (BUSATO, 2019, p. 76).

Rechaça-se a ideia de que o elemento cognitivo é algo guardado no interior do cérebro humano, como propunham, em grande medida, as teorias psicológicas e normativas do dolo. Inclusive porque o que reside na psique humana não pode ser acessado por terceiros e, por conseguinte, não poderia servir como um elemento fundante do processo penal. Ainda que se afirme que o conhecimento está no interior da mente, conclui-se que este é revelado pelas ações e pela linguagem (CABRAL, 2020, p. 188 - 191). Nesse sentido, "é possível afirmar-se a ideia do saber, não como processo interno, mas como competência, aprendizagem, treinamento, domínio de uma técnica, etc" (VIVES ANTÓN, 2019, p. 118).

A concepção significativa da ação recusa a doutrina do dualismo cartesiano, que faz uma distinção entre a mente (*res cogitans*) e o corpo (*res extensa*), como elementos plenamente separáveis. Para esta

doutrina, a mente é acessível e transparente ao sujeito, mas não pode ser acessada por terceiros, que somente podem ter conhecimento do que ocorre no interior da mente de alguém por meio do que é externalizado por suas condutas (CABRAL, 2020, p. 130-131). Ocorre que a visão cartesiana da mente está superada por estudos filosóficos mais recentes, de modo que não é adequado que continue servindo como fundamento ao Direito Penal (CABRAL, 2020, p. 132-133). Entre os principais problemas do dualismo cartesiano, destaca-se a afirmação incorreta de que a intenção e o dolo são incorpóreos, bem como que a intenção pode ser separada da ação. Em verdade, a intenção e a ação não são separáveis, mas estão conectadas, sendo a ação significativa o veículo da intenção (CABRAL, 2020, p. 139). Outra premissa equivocada é a doutrina do acesso privilegiado, segundo a qual os estados mentais podem ser observados pelo próprio sujeito como se fossem imagens e a intenção é inferida do externo por meio da introspecção. Pelo contrário, a intenção pode ser acessada diretamente pela ação significativa e não é algo próprio do agente, mas sim dotada de significados intersubjetivos (CABRAL, 2020, p. 148). Por fim, rechaça-se o argumento da possibilidade de uma linguagem privada, que somente o sujeito criador poderia compreender, pois a linguagem somente ganha significado pública e intersubjetivamente (CABRAL, 2020, p. 151).

A utilização da doutrina do dualismo cartesiano serve como fundamento tanto para as teorias psicológicas, como para as teorias normativas. A principal diferença é que as teorias psicológicas apenas defendem um conceito mental para o dolo, já as normativas buscam formas alternativas de caracterizar esses estados mentais, por meio de dados externos ao sujeito (CABRAL, 2020, p. 158-159). No entanto, as teorias normativas são inadequadas, seja em sua vertente behaviorista – que defende que o dolo é inferido dos indicadores externos – ou objetivista – que parte da falsa premissa de que é possível realizar uma conceituação unitária, geral e objetiva do dolo. Além disso, as teorias normativas utilizam como critério para a identificação do dolo a probabilidade ou o alto grau objetivo de perigo, que não se mostram como adequados, pois permitem que se impute a alguém a responsabilidade por uma ação dolosa sem considerar, como foco central, o significado dessa ação (CABRAL, 2020, p. 174-176). Este critério apresenta resultados inaceitáveis para casos de baixo risco ou probabilidade e de alto risco, mas com altíssimo domínio de uma técnica. Portanto, critica-se as teorias normativas por caracterizarem o dolo a partir de um dever normativo, passando o Direito penal a impor a interdição de que as pessoas se envolvam em situações perigosas e, conseqüentemente, transformando a avaliação sobre as ações dolosas em uma imputação de responsabilidade, em virtude de perigos a que são

expostos determinados bens jurídicos, quando, em verdade, a avaliação deveria recair em juízos sobre o significado das ações conforme os conceitos de justiça de cada sociedade (CABRAL, 2020, p. 178).

Tendo em vista que as teorias tradicionais não solucionaram os problemas do dolo, a adoção da filosofia da linguagem mostra-se como caminho adequado para a sua caracterização, demonstrando a necessidade de se operar um giro linguístico na teoria do dolo. Este é o caminho mais adequado pois “pensar e significar são algo que fazemos por meio da linguagem, de cujo uso deriva tanto o significado, quanto o pensamento, o conhecimento e a compreensão” (VIVES ANTÓN, 2019, p. 112).

Para caracterizar o dolo, é necessário analisar seus elementos. Apesar de compreender-se pela necessidade tanto do elemento cognitivo, como do volitivo, o presente trabalho busca tratar mais profundamente sobre o elemento cognitivo, tendo em vista que este é entendido, pela unanimidade da doutrina, como necessário para que se caracterize uma conduta dolosa.

Pode-se identificar dois sentidos no elemento cognitivo do dolo: o primeiro é o conhecimento como consciência da ação e suas circunstâncias (saber o que ou know what) e o segundo é o conhecimento como domínio de uma técnica (saber como ou know how).

O fundamento do dolo “consiste precisamente na existência de um compromisso do autor com o resultado significativo de sua ação”. Para que assuma esse compromisso, é necessário que tenha consciência da ação que realiza, preenchendo o primeiro sentido do elemento cognitivo – saber o que. Este deve ser compreendido a partir de uma perspectiva linguística (CABRAL, 2020, p. 192 - 193).

Sobre a consciência da ação, afirmam Muñoz Conde e García Arán:

Para agir dolosamente, o sujeito da ação deve saber o que é que faz e conhecer os elementos que caracterizam sua ação como conduta típica. É dizer, deve saber, por exemplo, no homicídio, que mata outra pessoa; no furto, que se apodera de uma coisa alheia móvel; nos abusos sexuais, que o sujeito passivo está privado de sentido ou que é menor de 13 anos, etc., etc. [idade mínima prevista na Lei espanhola]. Não é necessário, no entanto, que conheça outros elementos pertencentes à antijuridicidade, à culpabilidade ou à punibilidade. O reconhecimento desses elementos pode ser necessário para outros efeitos, como por exemplo para qualificar a ação como antijurídica, culpável ou punível, mas não para qualificá-la como típica (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN apud. CABRAL, 2020, p. 192-193).

Assim, o conhecimento como consciência da ação e suas circunstâncias é representado pela consciência do agente sobre o que faz e sobre as circunstâncias de sua ação, incluindo o conhecimento

sobre os elementos objetivos descritos no tipo penal (CABRAL, 2020, p. 206). Obviamente, não se exige um conhecimento absoluto ou exato sobre todos os elementos do tipo para que se caracterize o dolo (BUSATO, 2015, p. 412).

Ademais, apesar de tradicionalmente defender-se que é imprescindível a atualidade do conhecimento para a caracterização do dolo, não é necessário que o agente efetivamente pense na ação que caracteriza o crime enquanto comete o delito, pois a informação pode estar retida na memória. A memória, assim como o conhecimento, não é algo cujo acesso se dá por introspecção, mas constitui em uma habilidade (SANTOS, 2019, p. 121). Um exemplo trazido por Cabral é que, em um delito funcional, não é necessário, para que se caracterize o dolo, que o autor, enquanto comete o crime, tenha consciência da qualidade de funcionário público. Em verdade, o funcionário público tem conhecimento de sua condição funcional desde que iniciou o exercício do cargo e esta informação fica retida em sua memória. Ao praticar um crime funcional, mesmo que a informação não seja atual, é acessada pelo agente por meio da memória. Portanto, a consciência sobre algum elemento do tipo em momento anterior à ação não viola a necessidade do elemento cognitivo do “saber o que” (CABRAL, 2020, p. 194 - 197).

Tendo em vista que o dolo se fundamenta na existência de um compromisso linguístico com o resultado, para assumir esse compromisso, é necessário, além da consciência acerca da ação que realiza, a consciência acerca das habilidades que possui, que possibilitam a realização de previsões de resultados. Essas habilidades são chamadas de domínio de uma técnica e representam o segundo sentido do elemento cognitivo do dolo – “saber como”.

Nesse sentido, expõem Hacker e Backer:

O conceito de uma técnica está conectado com a possibilidade de fazer previsões (RFM 193). Por outro lado, essas previsões não são causais. Caso não estivessem garantidas, não haveria regularidades discerníveis ao colocar-se em prática uma técnica e, portanto, não existiria técnica alguma. (...) a previsão acontecerá, em cada caso, se a pessoa competente na técnica fizer o que é correto e, portanto, ela pressupõe uma diferenciação independente entre os procedimentos corretos e incorretos (BACKER; HACKER apud. CABRAL, 2020, p. 198).

Assim, o conhecimento como domínio de uma técnica é representado pela avaliação das capacidades e competências que o agente domina, que lhe possibilitam prever os resultados significativos de sua ação (CABRAL, 2020, p. 206). Consiste em habilidades humanas que podem ser desenvolvidas por meio da aprendizagem e de experiências, que estão embutidas em uma cultura. Conforme definição de Cabral, “o

domínio de uma técnica consiste precisamente em saber como jogar jogos de linguagem em nosso sistema linguístico de verificação” e o conhecimento sobre como funcionam os jogos de linguagem é o resultado da constante observação e instrução. Assim, as pessoas, ao longo da vida, desenvolvem uma série de capacidades, sejam elas inatas ou adquiridas (CABRAL, 2020, p. 198 - 201).

Ao dominar determinada técnica, a pessoa é capaz de prever certos resultados derivados de suas ações e, conseqüentemente, assumir compromissos com eles. Para Busato, “o domínio de determinada técnica e o seguimento de regras sociais a respeito do que comumente acontece permite dimensionar a capacidade de fazer previsões” (BUSATO, 2015, p. 411).

Quanto mais uma pessoa domina uma técnica, mais ações perigosas ela pode realizar, sem que estas sejam caracterizadas como dolosas. Como bem exemplifica Cabral, com o caso de um atirador de facas profissional de espetáculos circenses que possui o domínio de atirar facas em uma roda giratória. Eventualmente, caso o atirador falhe e atinja a pessoa que está na roda, não se pode afirmar que ele agiu com dolo, pois não assumiu o compromisso com o resultado, acreditando que, com as técnicas que ele dominava, o resultado não ocorreria. É diferente do caso em que uma pessoa que está na plateia e não possui nenhuma experiência com a referida atividade resolve atirar facas na roda giratória. Nesse caso, se trata de uma conduta dolosa, já que o agente não dominava a técnica e podia facilmente prever a ocorrência de lesão à vítima, de modo que assume compromisso com o resultado (CABRAL, 2020, p. 202 - 203).

Assim, contrariamente ao que defendem muitas teorias normativas, a caracterização do dolo não pode ser realizada a partir de parâmetros puramente estatísticos ou do perigo objetivo, mas deve ser valorada a partir do domínio de uma técnica. Isso porque “as capacidades humanas, especialmente quando são desenvolvidas pelo domínio de uma técnica, são as características que permitem ao agente conhecer as condições de êxito de um jogo de linguagem e, por conseguinte, agir com compromisso com o resultado”. A adoção desse critério permite que terceiros, inclusive aqueles que não dominam as técnicas, emitam juízos de valor sobre as condutas – como é o caso dos juízes, na maioria das vezes (CABRAL, 2020, p. 204 - 206). Estes, tomando por base as regras públicas, podem julgar se o autor possuía a capacidade de inferir as conseqüências de sua ação (saber o que) e se realmente assumiu o compromisso com o resultado (saber como) (SANTOS, 2019, p. 123).

Em resumo a respeito dos dois sentidos do elemento cognitivo do dolo, afirma Cabral:

O conhecimento como consciência da ação serve para verificar se o agente efetivamente sabia, no caso específico, que estava assumindo um

compromisso com o resultado significativo de sua ação. Já o exame do conhecimento como domínio de uma técnica tem a função de verificar se o agente assumiu um compromisso com esse resultado (CABRAL, 2020, p. 206).

No entanto, o elemento cognitivo não é o suficiente para caracterizar o dolo, sendo necessário também o elemento volitivo, ou seja, o conhecimento deve estar atrelado à intenção. Ambos os elementos estão interconectados, sendo a intenção a expressão de uma pretensão significada de realizar determinada ação, cujo sentido é compreendido de acordo com o contexto da ação, com a consciência desta e com as técnicas que o agente domina (CABRAL, P. 215). Para a caracterização do dolo, é necessário compreender conjuntamente os dois elementos: “o elemento cognitivo permite prognosticar o futuro e o elemento volitivo consubstancia a pretensão de atuar de acordo com essa inferência, sendo que esses dois elementos manifestam o compromisso com o resultado significativo” (CABRAL, 2020, p. 226). Essa habilidade de fazer previsões é essencial para diferenciar o dolo direto do dolo eventual.

3 A COMPREENSAO DO DOLO EVENTUAL A PARTIR DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM

Em relação às classes de dolo, a doutrina majoritária os diferencia em dolo direto – de primeiro e segundo grau – e dolo eventual. Comenta-se que o dolo direto e o dolo eventual são descritos como quando o agente “quis o resultado” e “assumiu o risco de produzi-lo” (art. 18, I, CP), respectivamente. No entanto, nenhuma das classes do dolo está limitada a essas ideias, de modo que a previsão legislativa de nada resolveu para diferenciá-las (BUSATO, 2015, p. 417).

Para a caracterização do dolo, importa o compromisso com o resultado. Para verificar se houve esse compromisso, explica Pérez, a partir dos estudos de Vives Antón:

para determinar se existiu esse compromisso de executar uma determinada figura delitiva é preciso examinar, antes de tudo, dois parâmetros: em primeiro lugar, fixar as regras (códigos externos), sociais e jurídicas, que definam ação como uma ação típica, e, em seguida, por em relação tais regras com a bagagem de conhecimentos ou a competência do autor (ou seja, as técnicas que este dominava), de tal modo que, desde o ponto de vista externo, seja possível afirmar que é o que o autor sabia (PÉREZ, 2019, p. 43).

Diante dos distintos graus de previsibilidade do resultado – possibilitados pelas técnicas que dominamos – pode-se diferenciar o dolo direto e o dolo eventual. Cada jogo de linguagem, avaliado em seu contexto, permite afirmar que o resultado significativo

ocorrerá (grau de certeza) ou poderá ocorrer (grau de dúvida), caracterizando, respectivamente, o dolo direto e o dolo eventual (CABRAL, 2020, p. 228). No Código Penal ambas as classes são equiparadas, conforme expressou o então Ministro Francisco Campos na exposição de motivos da lei ao dizer que: "dolo eventual é, assim, plenamente equiparado ao dolo direto. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo: ainda que sem interesse nele, o agente o ratifica ex ante, presta anuência ao seu advento" (CAMPOS, 1940). Já que são equiparadas, o aplicador da lei pode fixar a mesma pena para ambas as classes de dolo, no entanto, nada impede que ele considere a distinção entre o dolo direto e o dolo eventual ao fazer a dosimetria da pena (BITTENCOURT, 2012, p. 763).

Se o agente prevê, com um grau de certeza, que, ao realizar determinada ação, ocorrerá determinado resultado significativo, se está diante do dolo direto. Pode-se dizer que, neste caso, o resultado era o objetivo do autor. Esta modalidade de dolo ocorre quando "o agente, em um determinado contexto, de acordo com o elemento cognitivo, realiza intencionalmente a ação que leva ao resultado significativo previsto no tipo objetivo, prognosticado com segurança, comprometendo-se com ele". Assim, para caracterizar o dolo direto, são necessários os seguintes elementos: prognóstico intersubjetivo seguro (relação inferencial direta), intenção referida à ação que se projeta ao resultado e compromisso do autor com o resultado significativo (CABRAL, 2020, p. 230).

Apesar de a doutrina normalmente diferenciar o dolo direto em duas modalidades – de primeiro e segundo grau – essa distinção perde o sentido ao se analisar a teoria do dolo a partir da filosofia da linguagem. Isso porque a distinção tradicional está fundada no conceito de desejo e não de intenção, na medida em que o dolo direto de primeiro grau ocorre quando o agente tem a intenção de realizar a ação e o de segundo grau seriam as consequências necessárias – mas não desejadas – de sua conduta para realizar o objetivo principal. Como se sugere que o dolo não seja conceituado a partir do desejo, o dolo direto de segundo grau restaria absorvido pelo dolo direto de primeiro grau (CABRAL, 2020, p. 231-233).

No mesmo sentido, para a caracterização do dolo eventual, não é necessário avaliar o desejo do autor, ou seja, o querer o resultado, mas sim se foi assumido um compromisso com o resultado. Se houver esse compromisso em situações de segurança com relação ao resultado significativo da ação, há o dolo direto, já em situações de dúvida, se caracteriza o dolo eventual (CABRAL, 2020, p. 233). No dolo eventual, o compromisso se estabelece através do desprezo das possibilidades de superveniência do resultado (BUSATO, 2015, p. 420). O seu principal elemento é a

dúvida, que deve ser razoável – fundada em razões que a justifiquem – e subjetiva – se caracterizando em um contexto em que o autor e terceiros possam constar a situação de dúvida (CABRAL, 2020, p. 234).

Em resumo, "para a caracterização do dolo eventual, deve existir um prognóstico positivo, mas intersubjetivamente duvidoso". Positivo porque indica a possibilidade de que sobrevenha o objeto da dúvida, duvidoso porque não é seguro e intersubjetivo porque está fundado em critérios públicos (CABRAL, 2020, p. 236).

Para a caracterização do dolo eventual, a dúvida razoável deve referir-se a duas situações, relacionadas com os dois sentidos do elemento cognitivo do dolo, acima descritos. Ou seja, a dúvida razoável pode referir-se a algum dos elementos do tipo – o saber o que – ou pode referir-se à qualidade da previsão oferecida pelas técnicas que o agente domina – o saber como.

Em relação à primeira situação, a respeito do conhecimento sobre as circunstâncias da ação, cumpre destacar que, em determinados casos, não é necessário ter um conhecimento pleno de todas as circunstâncias previstas no tipo penal, bastando a existência de um contexto de prognóstico positivo intersubjetivamente duvidoso, que gere uma desconfiança de que exista o elemento do tipo penal. Se, apesar dessa desconfiança, o agente decide agir e há o compromisso com o resultado, caracteriza-se o dolo eventual (CABRAL, 2020, p. 238 – 241).

Um exemplo é o caso uma pessoa contratada por trinta mil dólares para levar um carro de Tijuana (México) a San Diego (EUA) ou de Ciudad del Este (Paraguai) até São Paulo (Brasil), que aceita a contratação sem verificar o que havia no interior do carro. Apesar de não ser possível afirmar que o agente sabia o que estava transportando, é evidente que o contexto – de um valor exorbitante para um simples transporte e de fronteiras conhecidas por serem utilizadas como rota de tráfico de drogas – gerava uma desconfiança de que havia substâncias entorpecentes no veículo (CABRAL, 2020, p. 239). Se, apesar desse contexto de prognóstico positivo intersubjetivamente duvidoso, o agente realiza a ação, conclui-se que ele assumiu um compromisso com o resultado.

Para situações como essa, a práxis judicial admite a utilização da teoria da cegueira deliberada, com o fim de permitir a punição nos casos em que há um potencial conhecimento em relação à natureza ilícita dos atos, mas o autor deliberadamente opta por se manter ignorante. Trata-se de uma importação da teoria de origem no common law, para suprir determinadas lacunas da lei penal, equiparando-a ao dolo eventual, em razão da previsão genérica de dolo (art. 18, I, do CP) e da falta de tipificação legal que se adegue a determinadas condutas, principalmente em relação aos crimes de colarinho branco.

Sobre o tema, afirma Ragués I Vallès:

A doutrina da ignorância deliberada é oriunda do Direito penal anglo-americano, onde ela é conhecida já há mais de um século, como teoria da 'willful blindness' (literalmente, 'cegueira intencional'). Em termos gerais, esta doutrina vem a sustentar a equiparação, para efeitos de atribuir-se responsabilidade subjetiva, entre os casos de conhecimento efetivo dos elementos objetivos que configuram uma conduta delitiva e aqueles casos de desconhecimento intencional ou procurado pelo autor, com relação a ditos elementos. Tal equiparação se funda na premissa de que o grau de culpabilidade que se manifesta em que conhece não é inferior à daquele sujeito que, podendo e devendo conhecer, prefere manter-se na ignorância (RAGUÉS I VALLÉS apud CABRAL, 2020, p. 243).

No entanto, com base na proposta de análise do dolo a partir da filosofia da linguagem, é desnecessário recorrer a essa teoria, na medida em que o nosso próprio sistema é capaz de dar uma resposta para os casos em questão. Isso porque não é necessário o pleno conhecimento para que se caracterize o dolo. Na maior parte das vezes, os casos em que se aplica a teoria da cegueira deliberada correspondem a casos de dúvida subjetiva intersubjetivamente razoável, restando caracterizado o dolo eventual. Assim, não há necessidade de se presumir o conhecimento – como propõe a doutrina da cegueira deliberada –, bastando a existência de um contexto de prognóstico positivo intersubjetivamente duvidoso, suficiente para avaliar a ocorrência de uma assunção de compromisso com o resultado (CABRAL, 2020, p. 243 – 245).

Assim, a partir da concepção significativa da ação, pode-se resolver as hipóteses de "cegueira ante os fatos provocados" ou de "gravíssimo desprezo" pelos bens jurídicos, nos quais o autor é indiferente aos riscos que provoca. Nesses casos, ao assumir o compromisso com a lesão ao bem jurídico, resta caracterizado o dolo (PÉREZ, 2019, p. 44).

Em relação à segunda situação, do dolo eventual compreendido a partir do domínio de uma técnica, depende da existência de um prognóstico positivo intersubjetivamente duvidoso, que, com base nas técnicas dominadas pelo autor, gere uma desconfiança de que, caso a ação venha a ser realizada, o resultado tem a potencialidade ocorrer. Apesar disso, o autor realiza a ação, demonstrando a existência de um compromisso com o resultado (CABRAL, 2020, p. 256). Nas palavras de Vives Antón, o agente "se joga, torna-se comprometido com a possibilidade de perder: essa possibilidade (perder) faz parte de sua intenção" (VIVES ANTÓN apud CABRAL, 2020, p. 248).

O domínio de uma técnica é extremamente relevante e, muitas vezes, é o fator responsável por diferenciar dolo eventual de imprudência. O crime imprudente "deriva de uma falta de dever de cuidado

que cria um risco não permitido, o qual se realiza no resultado" e, para que haja punição, deve estar expressamente previsto em lei (BUSATO, 2015, p. 421). Na imprudência, não há o compromisso com o resultado e não há a intenção de jogar com a sorte dos bens jurídicos alheios, como ocorre no dolo eventual (CABRAL, 2020, p. 255). Ou seja, no caso da imprudência, não se extrai do contexto em que a ação é realizada que o resultado ocorrerá (SANTOS, 2019, p. 130).

Para que se analise se houve o compromisso com o resultado, é necessário avaliar o jogo de linguagem que dá significado à atuação. No delito imprudente, há uma má aplicação das regras do jogo de linguagem, que tem como consequência o resultado delitivo. Já no delito doloso, o agente conhece o jogo de linguagem e, a partir dele, assume um compromisso com o resultado (CABRAL, 2020, p. 81). Isso justifica o maior desvalor atribuído às condutas dolosas.

No exemplo citado acima, do atirador de facas circense, a conduta do profissional que, diante das técnicas que dominava, pode prever que não atingirá a pessoa que está na roda giratória, caso a atinja, restará caracterizada a imprudência. Já o espectador, sem nenhuma experiência, poderia prever que, ao atirar a faca e girar a roda, poderia causar sérias lesões à vítima, diante da falta de domínio de uma técnica, o que caracterizaria dolo eventual (CABRAL, 2020, p. 255). Esse exemplo demonstra a relevância do domínio de uma técnica para a caracterização do dolo eventual.

Nesse sentido, justifica-se o tratamento penal mais severo conferido ao injusto doloso em comparação ao imprudente, tendo em vista que, nas ações dolosas, o agente assume um compromisso com o resultado, possuindo estas um maior desvalor significativo.

CONCLUSÃO

Mostra-se necessária a adoção de uma nova abordagem sobre a teoria do dolo, calcada nos postulados da filosofia da linguagem, diante da impossibilidade de se verificar o que ocorre no interior da mente do autor. Não se pretende romper drasticamente com as teorias tradicionais do dolo – psicológicas e normativas –, mas apenas aprimorá-las com uma nova perspectiva.

Propõe-se, assim, a adoção de uma análise das condutas com base nos jogos de linguagem, que permitem a verificação de quais condutas são adequadas dentro de determinado contexto. Somente caracteriza-se um injusto doloso quando verificadas as ações externadas pelo agente e as técnicas que dominava em contraposição às normas estabelecidas.

A interpretação proposta soluciona os problemas inerentes à teoria do dolo, apresentando uma nova concepção para os seus elementos, por meio da consciência da ação (saber o que), o domínio de uma

técnica (saber como) e a intenção intersubjetiva, os quais, conjuntamente, permitem diferenciar o dolo da imprudência. O dolo eventual, por sua vez, se caracteriza quando houver um prognóstico positivo intersubjetivamente duvidoso e, mesmo assim, o agente decide agir. Há, portanto, um compromisso com o resultado, que justifica a atribuição de um desvalor maior aos delitos dolosos em comparação aos culposos.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17. ed. rev. ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito penal: modernas tendências. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Dolo e linguagem: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

CAMPOS, Francisco. In: BRASIL, Exposição de motivos do código penal de 1940. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewiXk6qSwJLvAhUKLLkGHZ94CG4QFjAFegQIBxAD&url=https%3A%2F%2Fwww2.senado.leg.br%2Fbdsf%2Fbitstream%2Fhandle%2Fid%2F224132%2F000341193.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&usq=AOvVaw3Wv9bq9daiMkx2djd8g8fF>. Acesso em: 02 mar. 2021.

CUSSAC, José Luis González. Dolus in re ipsa. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito penal: modernas tendências. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

FONSECA, Pedro H. C. Teoria da ação significativa: uma crítica sob o viés do finalismo. DELICTAE, v. 2, n.º 2, Jan.-Jun. 2017, p. 191-226.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Volume 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1987.

KFOURI NETO, Miguel; GARCEL, Adriane. SOUZA NETTO, José Laurindo de. O Direito De Acesso A Tribunal, à Mediação e à Arbitragem na Convenção Americana De Direitos Humanos. Revista Direito Ufms. Campo Grande,

MS, v. 5, n. 2, p. 207-225, jul. / dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9677>. Acesso em: 20 jan. 2022.

MORO, Sergio Fernando. GARCEL, Adriane. Dolo Eventual como Aspecto Controvérso na Lei De Lavagem ne Dinheiro. I Encontro Virtual do CONPEDI – Direito Penal, Criminologia, Política Criminal E Processo III. ISBN: 978-65-5648-128-9. Florianópolis, 2020. Disponível em: <https://conpediql.danilolr.info/file/cc7ce59fe609bd7f353cc798dffcffd7fd72180e.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2022.

NETTO, José Laurindo De Souza. GUILHERME, Gustavo Calixto. GARCEL, Adriane. COCHRAN III, Augustus Bonner. O Processo Civil Constitucional e os Efeitos Do Princípio Da Cooperação na Resolução de Conflitos. Revista Jurídica – UNICURITIBA ISSN: 2316-753X v. 2, n. 59, 2020. 576-600 Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4411>. Acesso em: 26 jan. 2022.

PÉREZ, Carlos Martínez Buján. O conceito "significativo" de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito penal: modernas tendências. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

SANTOS, Vinicius de Faria dos. Dolo em matéria penal: análise à luz da teoria significativa do delito. Revista Liberdades, 27. ed., Jan.-Jun. 2019, p. 104-135.

SOUZA NETTO, José Laurindo. Garcel, Adriane. O Direito Administrativo Sobreviverá à globalização? Um Diálogo Entre Os Princípios Constitucionais e a Revolução Virtual – Revista Eletrônica Do Centro Universitário Do Rio São Francisco – Unirios – edição 2020 – n.26, p. 230-249, ISSN 1982-057 Disponível em: <https://www.unirios.edu.br/revistarios/internas/conteudo/resumo.php?id=535>. Acesso em 05 jan. 2022.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexame do dolo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito penal: modernas tendências. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. Edição bilíngue alemão/português. Apresentação, tradução e notas: João José L. R. de Almeida. Wittgenstein Translations. Disponível em: <http://www.psicanaliseefilosofia.com.br/textos/InvestigacoesFilosoficas-Original.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

O ASSÉDIO MORAL E A CONVENÇÃO 190 DA OIT: PERSPECTIVA DE PREVENÇÃO INSERIDA NAS OBRIGAÇÕES DE FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

MORAL HARASSMENT AND ILO CONVENTION 190: PREVENTION PERSPECTIVE INSERTED IN THE COMPANY'S SOCIAL FUNCTION OBLIGATIONS

Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima¹, Luiz Eduardo Gunther², Francisco Cardozo Oliveira³

O presente artigo tem por objetivo iniciar os estudos sobre a Convenção 190 da OIT e analisar a figura jurídica da prevenção do assédio como parte do cumprimento da função social de uma empresa. A partir do momento em que o trabalho for utilizado com o emprego de violência, assédio e discriminação, a atividade empresarial não está cumprindo a sua função social e violando a dignidade da pessoa humana no ambiente laboral, razão pela qual nasce a importância dos atos de prevenção para se buscar eliminar a violência e o assédio no mundo do trabalho, meta central da Convenção 190 da OIT. Constata-se, assim, que o estudo da violência e do assédio é vital no cenário empresarial e laboral, pois a empresa tem uma responsabilidade social a ser buscada na comunidade em que está inserida, devendo a sua atuação ser focada na visão empresarial e cidadã, com respeito e dignidade, livre de assédio e violência.

Palavras-Chave: Convenção 190 da OIT; Assédio; Prevenção; Função Social; Responsabilidade Social da Empresa.

The purpose of this article is to initiate studies on the ILO Convention 190 and to analyze the legal figure of the prevention of harassment as part of fulfilling the social function of a company. From the moment that work is used with the use of violence, harassment and discrimination, the business activity is not fulfilling its social function and violating the dignity of the human person in the work environment, which is why the importance of acts of prevention to seek to eliminate violence and harassment in the world of work, central goal of ILO Convention 190. It appears, therefore, that the study of violence and harassment is vital in the business and labor scenario, as the company has a social responsibility to be sought in the community in which it is inserted, and its performance must be focused on the business and citizen vision, with respect and dignity, free from harassment and violence.

Keywords: ILO Convention 190; Harassment; Prevention; Social role; Corporate Social Responsibility.

¹ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Educação a Distância pelo Centro Universitário UniOpet. Graduada em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Advogada e Professora Universitária. E-mail: thomiresbadaro@hotmail.com.

² Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1997). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Integrante dos Conselhos Editoriais da Editora Juruá, do Instituto Memória e da Editora Clássica. E-mail: luiz.gunther@uol.com.br.

³ Doutor em Direito pela UFPR, Professor de Direito Civil e no PPGD do UNICURITIBA, Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná.

INTRODUÇÃO

O estudo da violência e do assédio perpassa gerações da evolução da humanidade. Com a aprovação da Convenção 190 OIT (Organização Internacional do Trabalho) no ano de 2019 a questão entra em pauta com maior intensidade no cenário mundial do trabalho e clama por uma maior reflexão e debate científico.

O artigo proposto tem por objetivo geral investigar a Convenção 190 da OIT e analisar a figura jurídica da prevenção do assédio como parte do cumprimento da função social da empresa, tendo ainda como objetivos específicos adentrar no estudo da definição e âmbito de aplicação das regras de assédio moral no meio ambiente de trabalho.

Com isso, o problema da pesquisa consiste em verificar em que medida a adoção da prevenção de atos de violência e de assédio, mediante treinamento e educação moral no ambiente laboral, constitui obrigação inserida na função social da empresa.

Assim o trabalho se inicia tratando da compreensão da função social da empresa. Na sequência, apresenta-se a Convenção 190 da OIT trazendo alguns conceitos inaugurais e propondo na sequência uma reflexão sobre a temática da violência e do assédio, em correlação com a proteção global em termos de direitos humanos; na continuidade da análise tratar-se da definição da violência e do assédio com base na Convenção 190 da OIT e seus reflexos em termos de configuração de obrigação inserida na função social da empresa.

Adota-se uma metodologia dedutiva, com apoio em referências bibliográficas e documentais.

1 NORMATIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E PREVENÇÃO DO ASSÉDIO MORAL

A Constituição brasileira de 1988 (art. 5., XXII e XXIII) não assegura apenas a garantia do direito de propriedade, numa espécie de concepção defensiva de direitos, de cunho subjetivo, contra o legislador ordinário com poderes abrangentes, a exemplo do que ocorria com as chamadas liberdades públicas. A propriedade é direito fundamental porque o direito já se encontra suficientemente protegido na Constituição, sem que o legislador ordinário possa esvaziar o seu conteúdo essencial, na medida em vedada deliberação tendente a abolir direitos e garantias individuais (art. 60 § 4.º).

O direito de propriedade deve ser visto inserido no modelo econômico constitucional, medido pelo alcance dos princípios integrantes do artigo 170, da Constituição de 1988.

A viabilidade da atividade empresarial, e consequentemente dos mercados, está apoiada no contrato e no direito de propriedade.

Como o contrato e o direito de propriedade devem observar finalidades de funcionalização, pode-se dizer que a atividade empresarial acaba sujeita a uma espécie de dupla funcionalização: a que deriva dos contratos e do direito de propriedade. Pode-se afirmar então que existe relação direta entre a funcionalização dos contratos e a do direito de propriedade que se manifesta na atividade empresarial, voltada para assegurar vida digna, no contexto do modelo econômico desenhado na Constituição.

A tarefa de aplicação do direito de propriedade funcionalizado passa por três níveis de compreensão do problema:

- a) fundamentalidade do direito de propriedade;
- b) concretização da função social da propriedade;
- c) premissa do direito constitucional de ser proprietário (direito de propriedade como situação em processo) (2006)

A função social, que deve propiciar utilidade para o titular e para os não-proprietários, é delimitação do exercício e do alcance dos poderes proprietários por ato do legislador ou do juiz, neste aspecto, no caso concreto.

O direito de propriedade funcionalizado abrange a atividade empresarial, de modo que se pode reconhecer a existência de um direito de propriedade empresarial sujeito à função social.

É controvertido na doutrina o entendimento de que a empresa deva estar subordinada a uma função social.

Fábio Konder Comparato entende incompatível a existência de uma função social para a propriedade de empresa, cuja finalidade é a de obtenção de lucro (1996); ele pode ter razão no sentido de que a atividade empresarial não inclui tarefa de prestações sociais.

Mas a função social da propriedade empresarial não está voltada para o caráter de prestações sociais diretas.

A funcionalização diz respeito ao modo de exercício dos poderes proprietários.

E neste sentido, a propriedade de empresa, como disciplinado no artigo 170, da Constituição de 1988, também está sujeita à obrigação da função social podendo ser alcançada pela tarefa de delimitação da funcionalização por parte do legislador ou do juiz, no caso concreto.

No campo da legislação ordinária, Fábio Leandro Tokars afirma que o artigo 154 da Lei n.º 6404/1976 contém comando específico destinado ao administrador empresarial para a satisfação da função social da empresa (2003, p. 77-96).

A atividade empresarial, na medida em que diz respeito ao exercício do direito de propriedade empresarial, está sujeita a finalidades de funcionalização ligadas, por exemplo, à preservação do

meio ambiente, cumprimento da legislação trabalhista, respeito aos direitos dos consumidores, etc.

Em razão da importância assumida pela tecnologia no processo de produção na atualidade, a regulação jurídica do direito de propriedade empresarial deve assimilar critérios de funcionalização que permitam equilibrar a proteção de interesses individuais e sociais. Como diz Luiz Edson Fachin, no contexto da despatrimonialização do direito civil, ganha relevo a funcionalização do sistema econômico, no sentido de valorizar a dignidade da pessoa humana e de distribuir riquezas com maior justiça (2000, p.16).

A delimitação da função social da propriedade empresarial pode observar os parâmetros de ordenação na linha do pensamento de Fernando Rey Martinez (1994):

- 1) a função social da propriedade é cláusula geral e não conceito jurídico indeterminado. Na função social a indeterminabilidade é intencional e não tem em vista uma espécie de discricionariedade, como ocorre no direito administrativo, com os conceitos jurídicos indeterminados. Os conceitos jurídicos indeterminados permitem uma única solução correta. As cláusulas gerais podem conduzir a soluções múltiplas e legítimas;
 - 2) a função social deriva da missão do Estado contemporâneo de criar relações sociais mais equitativas favorecendo os não-proprietários e impedindo os efeitos sociais nocivos do descontrole do poder econômico;
 - 3) a propriedade é função social (não apenas tem função social) porque modifica o conteúdo do direito de propriedade;
 - 4) a função social é reserva legal reforçada que utiliza da técnica de reenviar a matéria para o legislador futuro, e mesmo para o aplicador do direito, como espécie de mandato de ponderação objetiva de elementos a respeito da funcionalização em cada situação proprietária concreta ou a cada categoria de bens;
 - 5) a aplicação da função social está sujeita a princípios de proporcionalidade, operados de forma tópica, levando em conta a profundidade da intervenção pública sobre a propriedade privada e a conservação do aproveitamento útil do bem, por parte do proprietário.
- Com base nesses critérios de ordenação, é possível estruturar a concretização da função social da propriedade empresarial de acordo com as premissas da Constituição que pode incluir formas de proteção contra o assédio moral no trabalho.

2 A CONVENÇÃO 190 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E O IMPACTO DA PROTEÇÃO GLOBAL DOS DIREITOS HUMANOS

Como marco inicial do presente artigo deve-se considerar a dignidade da pessoa humana de forma integral, respeitando a sua integridade física e sobretudo moral, razão pela qual deve-se buscar um meio ambiente laboral sadio e livre de doenças,

situação a qual é refletida no momento histórico do centenário da OIT (Organização Internacional do Trabalho) em que na 108ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra, onde os membros tripartites da OIT (Governo, Empregados e Patrões) vieram a aprovar a Convenção 190 da OIT sobre a violência e o assédio no trabalho, buscando um mundo livre de assédio e de violência.

Com essa aprovação no ano de 2019 e com a recente ratificação da Convenção 190 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) em junho de 2020, torna-se necessário resgatar o estudo e reflexão sobre a temática assédio moral, diante do seu reconhecimento global e do impacto internacional na violação dos direitos humanos, uma vez que a presente convenção entrará em vigor em junho de 2021 a nível internacional.

É necessário refletir sobre os atos de assédio moral, como atentado a dignidade da pessoa humana, para se buscar a sua prevenção e a luta por reconhecimento e dos direitos mínimos de proteção, necessário para se eliminar e evitar tais práticas violadoras do direito da personalidade e do respeito inerente a qualquer ser humano.

Para iniciar tal reflexão vem a questionar: qual o valor da dor moral? Uma dor física é maior que uma dor moral? É importante a sua proteção a nível internacional e de respeito mínimo a dignidade de um trabalhador?

Essas indagações são necessárias antes de adentrar no objetivo geral do presente artigo sobre a Convenção 190 e a Responsabilidade Social da Empresa de se evitar atos de violência e assédio, com o que vem a propor uma reflexão e a questionar sobre o uso da violência física e sobretudo moral, mesmo diante de toda a evolução histórica conquistada de direitos, ainda no Século XXI clama-se a nível internacional a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho.

Antes de adentrar na temática propriamente da prevenção de violência física e moral no âmbito empresarial, propõe uma reflexão a partir de um caso narrado no livro "Justiça – O que é fazer a coisa certa" do autor Michel Sandel em que vem a questionar sobre a medalha outorgada aos soldados feridos ou mortos em caso de guerra, que eram considerados dignos de honra somente nos casos de ferimentos físicos em que os militares eram condecorados com o "coração púrpura":

Assim, o debate sobre o Coração Púrpura é mais do que uma discussão médica ou clínica sobre como determinar a veracidade do dano. No âmago da divergência estão concepções conflitantes sobre caráter moral e valor militar. Aqueles que insistem em que apenas ferimentos com sangue devem ser levados em consideração acreditam que o estresse pós-traumático reflete uma fraqueza de caráter que não é merecedora de

honorarias. Os que acreditam que danos psicológicos devam ser respeitados argumentam que os veteranos que sofrem traumas duradouros e têm depressão profunda se sacrificaram tanto por seu país quanto os que perderam um membro em combate, e de maneira igualmente honrosa (SANDEL, 2012, p. 20).

Observa-se na análise do caso prático que a condecoração nesse momento histórico de guerra era apenas no caso do sacrifício físico e não da bravura, que as doenças psíquicas eram sinônimo de fraqueza e não de merecimento dessa virtude, dessa honraria e homenagem (LIMA, 2019, p. 89).

Nessa reflexão observa-se um momento histórico vivido após as Guerras Mundiais, em que diante desse contexto, nesse momento a dor moral não tinha tanta importância, e inclusive não era objeto de condecoração. Com o que após uma guerra somente era digno de recebimento da medalha púrpura, o ferimento físico de sangue no seu sentido literal, não importando a sua dor moral, que poderia até mesmo ser sinal de fraqueza.

A transcrição desse caso foi para propor a reflexão da dor física, mas também da dor moral, que igualmente merece proteção, ambas objeto de descrição na Convenção 190 e Recomendação 206 da OIT, com o que não se pode esquecer da dor moral, que muitas vezes, pode ser mais dolorosa que a violência física.

Diante da transcrição, ora proposta para reflexão, observa-se que com o surgimento da OIT o mundo atravessa por guerras, e agora, após a comemoração do seu centenário ainda clama internacionalmente pela eliminação de violência e também do assédio no mundo trabalho, razão pela qual reveste-se de importância a reflexão da presente temática.

Esse é o contexto geral da OIT e da luta incessante pela proteção dos direitos humanos dos trabalhadores a nível mundial, aprovando as Convenções Internacionais e Recomendações, como a Convenção 190 e a Recomendação 206 sobre a violência e o assédio no mundo do trabalho, razão pela qual se torna necessário o seu estudo no presente artigo e essa nova regulamentação internacional do trabalho da OIT e universalização da justiça social.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho as Convenções são tratados internacionais que definem padrões e pisos mínimos a serem observados e cumpridos por todos os países que os ratificam, e por outro lado, as recomendações não têm caráter vinculante em termos legais e jurídicos, complementando uma convenção, propondo princípios reitores mais definidos sobre a forma como a Convenção poderia ser aplicada (OIT, s/d).

As Convenções são tratados internacionais e objeto de ratificação por seus estados membros da OIT,

Sussekind, Maranhão e Teixeira definem que as "convenções constituem tratados multilaterais, abertos à ratificação dos Estados-Membros, que, uma vez ratificados, devem integrar a respectiva legislação nacional" (SUSSEKIND; MARANHÃO; TEIXEIRA, 2005, p. 1559).

E as Recomendações são como princípios orientadores da Convenção, não sendo de cunho imperativo, obrigatório, são recomendações para a sua implementação e regulamentação interna, no país que assim opta pela sua ratificação, quer seja, as recomendações como orientações para aperfeiçoamento normativo, com isso Sussekind, Maranhão e Teixeira complementam que: "As recomendações se destinam a sugerir normas que podem ser adotadas por qualquer das fontes diretas ou autônomas do Direito do Trabalho, embora visem, basicamente, ao legislador de cada um dos países vinculados à OIT" (SUSSEKIND; MARANHÃO; TEIXEIRA, 2005, p. 1559).

A Convenção 190 da OIT nas suas considerações iniciais ressaltou a importância, da Declaração da Filadélfia, das Declarações Universal dos Direitos Humanos, da Convenção de não discriminação, da Declaração do Trabalho Decente, dentre outras convenções igualmente visam a não discriminação e o respeito da dignidade da pessoa do trabalho, marcos convencionais de destaque internacionais após o surgimento da OIT. Uma das formas de manifestação do assédio moral é mediante discriminação e do não respeito da dignidade da pessoa humana do trabalho.

Com isso a questão a ser enfrentada no artigo tem relevância e é contemporânea porque depois de mais de 4 anos de debate a OIT finalmente conseguiu aprovar em junho de 2019 a Convenção 190 sobre a violência e o assédio, diante das atrocidades que são cometidas mundialmente e que envolvem esse assunto, que deve ser objeto de pesquisa constante e com a abordagem de novos conhecimentos, com o intuito precípuo de haver a contribuição científica com essa problemática, que tem cunho teórico e prático, eis que prejudica a vida pessoal e profissional das pessoas, sobretudo a sua dignidade, diante da violação dos direitos humanos, que são inclusive incompatíveis com o trabalho decente.

3 O ASSÉDIO MORAL E A CONVENÇÃO 190 DA OIT: SUA ATUAL DEFINIÇÃO E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Propõe-se fazer na reflexão com um olhar e correlação internacional (Convenção 190 OIT), constitucional e legal do assédio moral no direito do trabalho, perpassando sobre uma visão humana e de cidadania diante do direito social fundamental do trabalho, adentrando na esfera dos direitos da personalidade, para que cumpra para com o dever maior de exercício de uma atividade empresarial

comprometida e sobretudo pautada na ética profissional e com a dignidade da pessoa humana do seu trabalhador, respeitando seus direitos no meio ambiente de trabalho, seja de forma presencial, seja virtual.

O regime de emprego brasileiro, previsto na CLT, e as leis esparsas de Direito do Trabalho, não estabelecem regras sobre o significado de assédio moral – a Justiça do Trabalho vem adotando o que diz a doutrina sobre o tema com base no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 3º, III, CRFB/88); portanto, de suma importância o estudo da Convenção 190 da OIT.

Segundo Marie France Hirigoyen entende-se por assédio moral na empresa como toda e qualquer conduta abusiva, que é manifestada por comportamento, palavras, atos, gestos, escritos, que pode trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2014, p. 65).

Observa-se do conceito dessa autora francesa, um dos marcos teóricos do estudo de assédio moral, que uma de suas consequências é o dano à personalidade de uma pessoa humana, qualificando ainda como um fenômeno destruidor do meio ambiente empresarial laboral.

Luiz Eduardo Gunther alerta no seu livro sobre o direito da personalidade nas relações de trabalho contemporâneas que não se pode esquecer que o trabalhador que sofre esse dano na sua personalidade é um indivíduo, e como pessoa humana “é titular, além do patrimônio (apreciável economicamente), de outros direitos, integrantes de sua personalidade” (GUNTHER, 2014, p. 10).

A Convenção 190 da OIT, marco teórico contemporâneo para reflexão global e nacional, pontapé inicial para novos conhecimentos e abordagem inovadora para pretensão legislativa interna sobre o assédio moral diante do contínuo debate no plano internacional dessa temática.

Observa-se, de início, que o conceito de assédio e violência são tratados de forma conjunta no artigo 1º da Convenção 190 da OIT de 2019, mudando a sua definição, não incluindo nesse recorte de interpretação a reiteração do ato, sendo suficiente para a sua configuração uma única manifestação.

O artigo 1º traz uma definição do conteúdo da presente convenção mencionando na letra “a” que a expressão violência e assédio no mundo do trabalho designa um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de ameaças a tais comportamentos e práticas, seja manifestado uma só vez ou de maneira repetida, que visam, causem ou sejam suscetíveis de causar, um dano físico, psicológico, sexual ou econômico, incluindo a violência e assédio por razão de gênero.

Nessa nova definição internacional descrita na Convenção 190 o assédio pode ser praticado uma única vez ou de maneira repetida, surgindo então um novo conceito, pois até então a definição doutrinária a nível internacional e nacional mencionava a repetição dos atos, como inerente ao enquadramento do conceito do assédio moral.

Observa-se ainda que há a opção pela abordagem integrada dos conceitos de violência e assédio no mesmo artigo, sendo que resulta das pesquisas produzidas pela reunião dos peritos, em outubro de 2016, substituindo o termo “violência” por “violência e assédio”, assegurando uma compreensão mais ampla dessa abordagem dos diferentes comportamentos inaceitáveis (SANTOS; PAMBLONA FILHO, 2019, p. 6-7).

Com isso e em uma análise preliminar constata-se que houve uma ampliação da definição do assédio, sendo que na sequência o artigo 2º vem a tratar do âmbito de aplicação da Convenção, protegendo tanto os empregados e também outras pessoas no mundo do trabalho, aplicando na relação de emprego e de trabalho, em qualquer situação contratual, incluindo os estagiários e aprendizes, os desempregados, os voluntários, as pessoas que buscam um emprego, e os indivíduos que exercem a autoridade, funções e responsabilidade de um empregador. No item 2 do artigo 2º ressalta que aplicação é em todos os setores, público e privado, tanto da economia formal como informal, nas zonas urbanas e rurais.

Mais adiante no artigo 3º da Convenção 190 OIT ainda se amplia o alcance convencional quanto ao lugar, trazendo no rol da localidade o espaço virtual, como outros meios de cometimento desse ato, abordando a evolução digital na conceituação na era da informação tecnológica em que o mundo está passando, o que entra em cena a temática atual do assédio virtual, e expressões como: cyberbullying, cyberstalking, ficando o alerta da Convenção e desse novo marco teórico de pesquisa do assédio moral que pode ocorrer de forma virtual, ultrapassando as fronteiras nacionais e internacionais, e ainda o espaço físico para macular a vida do trabalhador em qualquer local do mundo.

O cyberstalking pode ser caracterizado com o envio de mensagens eletrônicas, recados, convites insistentes ou ofensas nas redes sociais, podendo em casos extremos, o perseguidor, chamado de stalking envolver em intimidação explícita da vítima com ameaças e ações violentas, como, por exemplo, ofensa ao patrimônio e até a integridade física (BRANT, 2020, s/p), com o que demonstra com a presente exemplificação e ampliação do conceito e formas de configuração, envolvendo essa nova modalidade virtual de violação da dignidade e da personalidade do trabalhador.

Assim a problemática do assédio moral, da saúde mental, da violência e do esgotamento físico pode ocasionar no meio ambiente físico e inclusive no ambiente virtual do trabalho, diante do não respeito aos direitos mínimos da dignidade da pessoa humana, sendo possível destruir mentalmente a vida de uma pessoa com palavras presenciais e atos virtuais, denegando o lado moral do trabalhador.

O mundo do trabalho está se transformando, mas em que pese essa mudança real ou virtual, que impactam no futuro do trabalho, há necessidade contínua de respeito à dignidade da pessoa do trabalhador e do uso das ferramentas tecnológicas de forma ética.

Diante desse novo contexto mundial o primeiro item "I", letra "a", da Declaração do Centenário da OIT há a seguinte descrição:

La OIT conmemora su centenario en un momento en que el mundo del trabajo se está transformando radicalmente impulsado por las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos, el cambio medioambiental y climático y la globalización, así como en un momento de desigualdades persistentes, que tienen profundas repercusiones en la naturaleza y el futuro del trabajo y en el lugar y la dignidad de las personas que se encuentran en dicho contexto. (OIT, 2019)

Observa-se ainda que o Brasil se absteve de votar na aprovação da Convenção 190 OIT e até o presente momento não sinalizou quanto a sua ratificação, em que pese ser membro nato da Organização Internacional do Trabalho desde a sua fundação, conforme esclarece Arnaldo Sússekind "por pertencer à OIT na precitada data (1945), foi um dos membros fundadores da Organização em 1919" (SÜSSEKIND, 2003, p. 1509).

A OIT conta atualmente com 187 Estados-Membros, sendo que a votação de uma Convenção nesse órgão internacional é tripartite, contando com a participação do Governo, representantes dos empregadores e também dos empregados, sendo que na aprovação da Convenção 190 contou com 429 votos a favor da aprovação da Convenção 190 e sete contra, tendo havido 30 abstenções, dentre os quais se enquadra o Brasil, conforme fontes descritas no site da ILO (International Labour Organization) no Brasil (OIT, s/d).

A Convenção 190 da OIT entrará em vigor a nível internacional no prazo de 12 meses depois de ratificadas por pelo menos dois Estados Membros, sendo que já foi ratificada por países como Uruguai no dia 12 de junho de 2020 (OIT, 2020) e Fiji no dia 25 de junho de 2020, com o que entrará em vigor em 25 de junho de 2021 (OIT, 2020), mas o Brasil permanece inerte até o presente momento, com o que nasce o estudo da inclusão de mais uma fonte do direito para análise

científica, o que vem a corroborar a importância da apresentação do presente artigo, eis que a sociedade clama por um mundo livre de violência e de assédio.

4 A PREVENÇÃO DO ASSÉDIO E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Observa-se que a atividade empresarial que não cumpre para com as suas obrigações, desrespeitando o seu trabalhador, em todos os sentidos, seja através de violência física, seja através de assédio moral, dentre outras vertentes que podem advir desses atos nefastos e de não respeito da dignidade do outro, não está cumprindo a sua obrigação e função social, sendo um mal exemplo na sociedade em que está inserida com a prática desses atos desumanos, o que por conseguinte não cumpre a sua responsabilidade no entorno em que está inserida.

Em que pese toda a evolução da humanidade atos de violência e de assédio infelizmente ainda acontecem muito no dia a dia da atividade empresarial e laboral, faltando ética, respeito e no mínimo educação para com seu semelhante, demonstrando com essa visão inicial a importância do estudo a que se pretende, tanto que a Convenção 190 vem a pregar um mundo do trabalho livre de violência e de assédio, sendo que para cumprir para com esse objetivo é necessário a consciência das pessoas, dos administradores, trazendo essas metas no planejamento das atividades empresariais e na sociedade em que está inserida.

Como já descrito no período do pós Guerra Mundial e da Revolução Industrial que nasce a OIT, surgindo o grande paradoxo que acompanha essa relação burguesia x proletariado, empresa x trabalhador, que perpassa toda essa evolução histórica e continua sendo objeto de constante reflexão e busca de justiça social na presente relação desigual, em que moveram a ascensão do capitalismo como meio de produção dominante.

Observa-se numa análise perfunctória que num primeiro momento e dentro do contexto pós Revolução Industrial com o crescimento da empresa, em especial a indústria, surgiu a necessidade de um mínimo de proteção do trabalhador e respectiva regulamentação social, face a exploração da sua mão de obra naquele momento, observando-se dentro desse contexto uma exploração mais física do trabalhador, reflexão realizada na correlação da medalha púrpura, em que nesse momento histórico o objeto de proteção principal era mais físico e não psicológico, diante desse momento de revoluções e guerras.

Mas em que pese toda a mudança na atividade empresarial no decorrer da história ainda se busca constantemente o equilíbrio e respeito de ambas as partes, razão pela qual dentro desse contexto pode-se falar de responsabilidade social e justiça social de uma empresa quando respeita os direitos dos trabalhadores,

em especial quando há o cuidado, prevenção e repressão de atos tanto de violência quanto de assédio.

Observa-se da redação inicial da Convenção 190 da OIT que considerando que a violência e o assédio são incompatíveis com a promoção de empresas sustentáveis e afetam negativamente a organização do trabalho, as relações no local do trabalho, os compromissos dos trabalhadores, a reputação das empresas e sua produtividade.

Continuando a análise da Convenção 190 da OIT dentro do recorte específico do presente artigo na correlação dos atos de prevenção do assédio moral e o cumprimento da função social da empresa, na busca de uma maior responsabilidade social no entorno em que está inserida, vem a descrever os princípios fundamentais previstos no art. 4º da mencionada Convenção.

No item 1 do artigo 4º, enuncia que todo membro que ratifique a presente Convenção deverá respeitar, promover e assegurar o direito de toda pessoa a um mundo de trabalho livre de violência e de assédio. Essa situação descrita na Convenção 190 e que a atividade empresarial deve buscar, independentemente da ratificação pelo Brasil da presente Convenção, eis que tais princípios são inerentes ao conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, que possui todo trabalhador.

Mais adiante no item 2, do artigo 4º, vem a arrolar alguns procedimentos para se buscar atingir esses princípios fundamentais, elucidando que todo membro deverá adotar, em conformidade com a legislação e situação nacional, em consulta com as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, um enfoque inclusivo, integrado e que tenha em conta as considerações de gênero para prevenir e eliminar a violência no mundo do trabalho.

Com isso vem a arrolar procedimentos para atingir esse enfoque inclusivo, tendo em conta as implicações que atingem terceiros nos atos de violência e assédio, devem proceder em particular em:

- a) proibir legalmente a violência e o assédio;
- b) velar pelas políticas pertinentes que abordem a violência e o assédio;
- c) adotar uma estratégia integral a fim de aplicar medidas para prevenir e combater a violência e o assédio;
- d) estabelecer mecanismos de controle da aplicação e do seguimento ou fortalecer os mecanismos existentes;
- e) velar que as vítimas tenham acesso as vias de recurso, de reparação e as medidas de apoio;
- f) prever sanções;
- g) desenvolver ferramentas, orientações e atividades de educação e formação, e atividade de sensibilização;
- h) garantir que existam meios de inspeção e investigação efetivos dos casos de violência e assédio, inclusive através das inspeções de trabalho e de outros organismos competentes.

Observa-se do contexto do artigo 4º, item 2 e suas respectivas alíneas que há objetivo norteador da presente Convenção 190 de se eliminar a violência e o assédio, sendo que uma das medidas para se buscar atingir essa meta é através da prevenção, foco de análise e interpretação no presente item do artigo.

E mais no item 3, do mesmo artigo 4º dos princípios fundamentais da Convenção 190 da OIT aponta que ao adotar e aplicar o enfoque mencionado, todo Membro deverá reconhecer as funcionalidades e atribuições diferentes e complementares dos governos, e dos empregadores e trabalhadores, assim como suas organizações respectivas, tendo em conta sua natureza e o alcance das variantes de suas responsabilidades respectivas.

Com o que se entende que a Empresa deve buscar medidas de prevenção para se evitar os atos de assédio moral, através de cursos, palestras, treinamento constantes no ambiente laboral, para que seja sadio, utilizando essa ferramenta educacional na busca da ética, do respeito e do mínimo de dignidade humano que se deve dar ao seu semelhante.

Com isso observa-se a relação da empresa sustentável, vai além do meio ambiente físico, atingindo o meio ambiente laboral integral e do respeito da dignidade do trabalhador, quando cumpre sua obrigação social, atendendo a funcionalização, gerando, por conseguinte um ambiente empresarial sadio e com maior produtividade.

Francisco Cardozo Oliveira ressalta que esta funcionalização se manifesta através da responsabilidade social da empresa e pelo respeito da dignidade das pessoas:

Esta funcionalização se manifesta através da responsabilidade social da empresa pela redução das desigualdades. Inclui também o respeito à dignidade das pessoas, a que está sujeita qualquer atividade de produção de riqueza, por força dos princípios reitores da ordem econômica constitucional. A atividade empresária, desta forma, deve ter comprometimento finalístico com a resolução de problemas que a alocação de recursos humanos e materiais provoca para a sociedade. A empresa precisa incorporar a ideia de que a redução das desigualdades sociais é, antes de qualquer coisa, tarefa da administração da atividade empresarial. A empresa deve gerar renda e riqueza para proprietários (acionistas) e não-proprietários. Precisa ter comprometimento efetivo com a redução do desemprego e com a eliminação dos efeitos nocivos para a sociedade, provocados pela alocação de recursos e pelas crises do processo de acumulação de capital. (OLIVEIRA, 2006, p. 120).

Assim observa-se a importância da responsabilidade social da empresa com atos de prevenção e proteção do trabalhador, evitando-se a discriminação e a prática de violência e do assédio, com o respeito a dignidade da pessoa humana, através de

política institucional da empresa ressaltando que tal prática é um mau negócio e que custa caro para as empresas, afetando diretamente na produção, havendo reflexos econômicos também para as vítimas e para toda a sociedade, sendo a prevenção a melhor solução (LIMA, 2019, p. 91), deixando o alerta que no caso de não seja possível a prevenção, adentrar-se-á no campo da reparação desses danos provocados ao trabalhador.

Maurício Godinho Delgado resalta que o mais generalizante e consistente instrumento assecuratório de efetiva cidadania “no plano socioeconômico, e de efetiva dignidade, no plano individual. Está-se diante, pois, de um potencial e articulado sistema garantidor de significativo patamar de democracia social” (DELGADO, 2006, p. 142).

Gabriela Neves Delgado acrescenta que não há como se concretizar o direito à vida digna se o homem não for livre e tiver acesso ao direito fundamental ao trabalho também digno e da “mesma forma, não há possibilidade real do exercício do trabalho digno se não houver verdadeira preservação do direito fundamental à vida humana digna” (DELGADO, 2006, p. 211).

Necessário, pois, realizar uma reflexão social, econômica e jurídica, para atingir uma visão emancipatória do ser humano para tentar fazer face à degradação atual das condições de vida, através da prevenção de atos de violência e de assédio; definindo e estudando o fenômeno do assédio e seus reflexos na violação e não efetivação dos direitos sociais, razão pela qual o olhar e resgate da importância dos atos de combate dentro do contexto da atividade empresarial pode ser sim uma das medidas para se tentar eliminar a violência e o assédio e cumprir a meta estabelecida na Convenção 190 da OIT, pois “onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado (por exemplo, com o respeito à integridade física e moral do trabalhador, o direito à contraprestação pecuniária mínima), não haverá dignidade humana que sobreviva” (DELGADO, 2006, p. 207).

Marie France no I Seminário Internacional sobre Assédio Moral no Trabalho, realizado pelo Sindicato de Químicos e Plásticos de São Paulo alerta para a questão da prevenção do assédio moral:

Um dos argumentos que utilizo, atualmente, para ser ouvida, que dei para os políticos na França e que agora dou para as empresas, para que sejam vigilantes e que façam uma política de prevenção do assédio moral, é que o assédio moral não é produtivo, é péssimo, e custa caro. Custa caro para as vítimas porque são obrigadas a se tratar, às vezes perdem seus empregos, são, às vezes, obrigadas a recorrer a um advogado para se defender, portanto, custa caro para as vítimas.

Isto também custa caro para a sociedade porque as pessoas ficam doentes e impedidas de trabalhar. Custa caro também para as empresas porque há efetivamente, o problema do absentismo associado

a uma grande desmotivação e perda de produtividade (HIRIGOYEN, 2002, s/p).

Com isso fica o alerta da importância da política de prevenção da violência e do assédio na empresa para evitar danos maiores para os seus empregados, meio ambiente empresarial e para toda a sociedade de uma forma geral, podendo tais medidas serem implementadas através de um programa de compliance, um código de ética, e da constante educação que se deve ser objeto de treinamento na empresa, podendo estender esse programa para a sociedade em que está inserida.

Wagner Giovanini esclarece no livro “Compliance a excelência na prática” sobre a importância do foco na prevenção como um modelo que engloba primeira e principalmente a prevenção de condutas não-conformes, considerando a realidade empresarial e a imprevisibilidade das situações que possam surgir, descrevendo o modelo do tripé do compliance como: prevenção, detecção e correção, mas ressaltando que o principal pilar é a prevenção, devendo instituir-se políticas e procedimentos claros para todas as situações de risco, conjugados ao respectivo treinamento de funcionários, complementando que a “detecção é composta por “controle” (análise periódica dos processos adotados) e por “canais de acesso” (canal de comunicação com os stakeholders). Detectada alguma inconformidade, passa-se a buscar sua correção” (GIOVANINI, 2014, p. 50-52).

E uma vez implantada tal política de medida preventiva na empresa gera confiança dos seus investidores, como esclarece Marcia Ribeiro e Patrícia Diniz “a empresa tende a obter mais confiança dos investidores e maior credibilidade no mercado”, como o que por conseguinte “alcançará altos níveis de cooperação interna e externa, com o consequente aumento de lucro, mas sempre de forma sustentável, trazendo benefícios à organização, a seus empregados e à sociedade” (RIBEIRO; DINIZ, 2014, p. 90).

Com base nas reflexões e análise até então realizada, observa-se que a medida de prevenção com o respeito a dignidade do trabalhador, sem o cometimento de violência e do assédio pode ensejar na responsabilidade social da empresa, com atos de prevenção e educação, tais como treinamento, canal de comunicação, código de ética, medidas de conformidade - compliance, trazendo a ética e o respeito para com o seu semelhante no meio ambiente laboral, com um novo olhar e constante repensar através dos princípios fundamentais e norteadores do novo marco teórico de estudo da Convenção 190 da OIT, em que se busca eliminar a violência e o assédio no mundo do trabalho, com foco na atividade empresarial mais cidadã e com responsabilidade social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em função do contexto de análise, constata-se que o estudo do assédio moral é muito importante no contexto da função social da empresa, devendo a sua atuação estar focada na visão empresarial e cidadã, cumprindo além da função legal, adentrando no alcance da responsabilidade social no entorno em que está inserida, com um ambiente livre de acoso e de respeito a dignidade da pessoa humana.

A partir da análise do conceito de assédio e violência observou-se a ampliação da sua definição na Convenção 190 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), podendo incidir em apenas um ato de violência e de assédio, em que pese a doutrina anterior mencionar a reiteração para o enquadramento do assédio moral, ficando consignada o primeiro apontamento e reflexão introdutória no presente artigo para continuidade da análise científica.

Mas o conceito vai além, adentrando no seu âmbito de aplicação, ampliando o foco de sua incidência no âmbito das relações de emprego para a relação de trabalho, inclusive na esfera privada e também pública, no meio ambiente de trabalho presencial e virtual, pois mundo atual da sociedade de rede, da tecnologia e da era da informação, os atos de violência e o assédio podem incidir em todos esses ambientes, físico ou não, podendo o assédio ser praticado na modalidade virtual, o que infelizmente vem sendo comum nos dias de hoje, mas tal conteúdo do assédio moral virtual será abordado em outro artigo científico.

Diante dos atos nefastos da violência e do assédio no mundo do trabalho a sociedade internacional clama por uma maior reflexão da presente temática, exigindo maior respeito em todas as vertentes, políticas, sociais e econômicas, com o que no centenário da OIT houve a aprovação dessa Convenção 190 e da Recomendação n. 206 que a acompanha, invocando pela eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho.

Uma das metas traçadas para atingir esse objetivo de eliminar a violência e o assédio no mundo do trabalho é a prevenção, razão pela qual foi trazido os princípios fundamentais da Convenção 190, dentre os quais se destaca as medidas preventivas para se combater a violência e o assédio, nascendo o resgate dessa função social da empresa, através de medidas de consciência e de educação a ser inseridos no meio ambiente de trabalho e do respeito a dignidade do trabalho e da justiça social.

Com o que se procurou demonstrar o cumprimento da funcionalização da empresa com implementação de programas de prevenção de atos de violência e de assédio, diante da sua importância no meio ambiente social, livre de violência e de assédio, mas também indo além da função social, cumprindo a sua responsabilidade social na sociedade em que está

inserida, agindo de maneira ética e com confiança para o seu entorno, podendo ampliar esses atos de educação, de ética e de respeito para a comunidade, procurando fazer a diferença com uma atividade empresarial mais cidadã e inclusiva.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Política. Tradução: Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Coleção Vega Universidade/Ciências Sociais e Polítivas. Vega. 1998.

BRANT, Marcos Henrique Caldeira. Stalking - Perseguição obsessiva. Jus Brasil. Disponível em: <https://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100536991/stalking-perseguido-obsessiva>. Acesso em: 07 mai. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. Revista dos Tribunais, ano 85, v. 732, outubro de 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo, trabalho e emprego. Entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. Direito Fundamental ao Trabalho Digno. São Paulo: LTr, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

GIOVANINI, Wagner. Compliance: a excelência na prática. 1. ed. São Paulo. 2014.

GUNTHER, Luiz Eduardo. Direito da personalidade nas relações de trabalho contemporâneas. Curitiba: Instituto Memória - Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014.

HIRIGOYEN, Marie France. Marie-France Hirigoyen: apresentação [2002] I Seminário Internacional sobre Assédio Moral do Sindicato de Químicos e Plásticos de São Paulo. Disponível em: <http://www.assediomoral.org/spip.php?article214>. Acesso em: 06 ago. 2016.

HIRIGOYEN, Marie France. Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. Tradução: Maria Helena Kühner, 15. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

LIMA, Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de. Assédio moral e os limites do poder do empregador: as consequências na personalidade do assediado e a necessária ética preventiva na atividade empresarial laboral. Curitiba: Juruá, 2019.

MARTINEZ, Fernando Rey. La propiedad privada en la constitución española. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1994.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Normas Internacionais de Trabalho. [s.d.]. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 11 fev. 2021.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo. 1919-2019 adoptados por 108ª Conferencia Internacional del trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo. Comisión normativa: violencia y acoso en el mundo del trabajo, 2019 (No. 190). Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711719.pdf. Acesso em: 16 ago. 2019.

OIT. OIT Brasília. Conheça a OIT. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 20 dez. 2020.

OIT. OIT Brasília. Uruguai é o primeiro a ratificar a Convenção da OIT sobre Violência e Assédio. Disponível em: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_747820/lang--en/index.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

OIT. OIT Brasília. A Convenção da OIT sobre Violência e Assédio entrará em vigor em junho de 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_749148/lang--en/index.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Uma nova racionalidade administrativa empresarial. In: GEVAERD, Jair & TONIN, Marta Marília. Direito empresarial & cidadania: questões contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2006.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas.

Revista de Informação Legislativa/Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Ano 50, n. 199, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas, 2014.

SANDEL, Michel J. Justiça – O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos; PAMBLONA FILHO, Rodolfo. Convenção 190 da OIT: Violência e Assédio no Mundo do Trabalho. Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Disponível em: <http://www.andt.org.br/f/Conven%C3%A7%C3%A3o%20190%20da%20OIT.04.09.2019%20-%20Rodolfo.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

SUSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. 21. ed. v. II. São Paulo: LTr, 2003.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; TEIXEIRA, Segadas Vianna e Lima. Instituições de Direito do Trabalho. v. 2, 22. ed. São Paulo: LTr Editora, 2005.

TOKARS, Fábio Leandro. Função social da empresa. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). Direito civil constitucional – situações patrimoniais. Curitiba: editora Juruá, 2003.

NEUTRALIZAÇÃO DO INIMIGO PENAL: IMPACTO DA BIOPOLÍTICA PARA O FRACASSO DA RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA

NEUTRALIZATION OF THE CRIMINAL ENEMY: IMPACT OF BIOPOLITICS FOR THE FAILURE OF THE RESOCIALIZATION OF PENALTY

Anderson Ricardo Fogaça¹, Eduardo Cambi², José Laurindo de Souza Netto³,
Letícia de Andrade Porto⁴

O inimigo penal, proposto por Günther Jakobs, encontra-se vivo na sociedade contemporânea. A punição em praça pública não se mostra mais adequada, cabendo ao Estado estabelecer novas formas de sanção penal. A criação das prisões, como fábricas e depósitos de "indesejáveis", revela o fracasso do caráter de ressocialização das penas, que, ao invés de oportunizar assistência educacional e tornar o indivíduo apto a exercer um ofício, sofre com o déficit de vagas nos programas ofertados, reflexo do hiperencarceramento. O objetivo do trabalho reside no estudo das políticas de neutralização daqueles que não se adaptam aos moldes impostos pela sociedade, com auxílio das teorias da necropolítica, labelling approach, e Biopolítica, no contexto de um apartheid social, "deixando morrer" os chamados "Indignos de vida" em razão da intervenção do Estado Policial ou da omissão do Estado de Direito. Como conclusão, tem-se que a prisão se torna uma "fábrica dos indesejáveis", falhando na tentativa de ressocialização. Os grupos vulneráveis, por estarem à margem do sistema produtivo, são colocados nas prisões ou viram alvo do Estado Policial, por estarem estigmatizados pela pobreza, afastando-os dos serviços públicos essenciais, os faz subcidadãos com poucas perspectivas de ascensão econômica e social, o que os atrai, muitas vezes, para o trabalho informal e para mercados ilegais.

Palavras-Chave: Inimigo no Direito Penal; Biopolítica; Ressocialização da pena; Hiperencarceramento; Guerra às drogas.

The penal enemy, proposed by Günther Jakobs, is alive in contemporary society. Punishment in the public square is no longer adequate, and it is up to the State to establish new forms of penal sanction. The creation of prisons, as factories and deposits of "undesirables", reveals the failure of the resocialization character of sentences, which, instead of providing educational assistance and making the individual able to exercise a profession, suffers from the shortage of places in the programs offered, a reflection of hyperincarceration. The objective of the work lies in the study of policies to neutralize those who do not adapt to the molds imposed by society, with the help of theories of necropolitics, labeling approach, and Biopolitics, in the context of a social apartheid, "letting die" the so-called "Unworthy of life" due to the intervention of the Police State or the omission of the Rule of Law. In conclusion, the prison becomes a "factory of undesirables", failing in the attempt to resocialize. Vulnerable groups, because they are on the margins of the productive system, are placed in prisons or become targets of the Police State, because they are stigmatized by poverty, distancing them from essential public services, making them sub-citizens with little prospect of economic and social ascension, which often attracts them to informal work and illegal markets.

Keywords: Enemy in Criminal Law; Biopolitics; Resocialization of punishment; Hyperincarceration; War on drugs.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Juiz de Direito em 2º grau e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8495-9443>.

² Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná. Coordenador-geral da Escola Superior do MPPR. E-mail: eascambi@mppr.mp.br. ORCID: <http://orcid.org/000-0003-4944-1256>.

³ Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Estágio de Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil – CONSEPRE.

⁴ Doutoranda pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestra em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharela em Direito e Relações Internacionais. Especialista em Ministério Público e Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR). Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR). E-mail: leticia.porto21@gmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7625-6139>.

INTRODUÇÃO

É notório que o sistema carcerário brasileiro possui diversas deficiências, o que justificou, inclusive, a declaração pelo Supremo Tribunal Federal da existência de um estado de coisas inconstitucional (BRASIL, 2015). As condições precárias de instalação e convivência dentro dos complexos penitenciários colocam os detentos em um mundo à parte, com graves violações de direitos humanos, como o acesso precário à água, comida e higiene. As poucas vagas destinadas ao ingresso em alguma atividade laboral, ou à assistência educacional, não refletem o desejo de ressocializar presente na Lei de Execuções Penais (BRASIL, 2015).

Este artigo visa analisar a criminologia sob o aspecto do questionamento da pena privativa de liberdade e eventuais novas formas de cumprimento de uma sanção penal, sob o marco jurídico de Michel Foucault, tendo em vista as técnicas de constante vigilância e a ascensão do Estado Policial.

O objetivo do trabalho reside no estudo das políticas de neutralização daqueles que não se adaptam aos moldes impostos pela sociedade, com auxílio das teorias da necropolítica, labelling approach, e Biopolítica, no contexto de um apartheid social. O sistema prisional, que deveria operar como um instrumento de ressocialização do indivíduo, funciona como um "depósito de indesejáveis", que não contribui para a paz social, por se revelar um vivo modelo de cárcere e fábrica. Para tanto, a pergunta de pesquisa limita-se em saber: A biopolítica é uma teoria aplicável ao aspecto da neutralização do inimigo do Direito Penal?

O presente artigo pauta-se por uma matriz exploratória (GIL, 2002, p. 41) pautada no método dialético, mediante análise bibliográfica, com o intuito de demonstrar que a biopolítica, proposta por Foucault, tem um grave impacto na neutralização do chamado inimigo do Direito Penal, de Günther Jakobs, culminando no fracasso do aspecto de ressocialização da pena.

1 O APARTHEID SOCIAL COMO FORMA DE BIOPOLÍTICA

No contexto brasileiro, tem-se que os altos índices de violência urbana decorrem, em grande parte, da violência policial. A polícia brasileira é a que mais mata, em números comparativos com outras polícias pelo mundo. Quando lançado um olhar mais aprofundado, percebe-se que ela não mata sozinha, mas com o suporte de todo o aparelho burocrático da justiça criminal (ZACCONE, 2015, p. 23). A polícia exerce um papel de poder jurídico, com força de lei sem lei. Por isso, pode-se falar em um estado de exceção permanente, deslocando uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo. Revela-se uma reciprocidade contínua entre o Estado de Direito e

o Estado de Polícia, uma vez que o Estado de Direito carrega a violência do Estado Policial, já que permite o uso legítimo da força e violência conforme o Direito (ZACCONE, 2015, p. 81-94).

O exercício da segurança pública, de responsabilidade das polícias, deve observar os limites de atuação previstos em Lei. Todavia, é sabido que a atuação policial, em especial na periferia de alguns centros urbanos brasileiros, é marcada por casos reveladores de excessos e violências em prejuízo da população (FARHAT, 2018).

Especialmente para pobres, pretos e moradores das periferias, vítimas corriqueiras da violência, o Estado se torna um Estado Policial, voltado à economia da destruição e com uma linha de produção de mortos-vivos. O apartheid social que segrega a população humilde, integrante de grupos minoritários alijados da cidadania e substancialmente destituídos de direitos fundamentais, seja por negligência ou omissão do Estado, seja pela existência de políticas públicas limitadas e precárias, deixa-os ainda mais vulneráveis às intempéries promovidas por atuações policiais abusivas e, não raro, criminosas.

Por exemplo, o Relatório anual de 2018 produzido pela Ouvidoria da Polícia do Estado de São Paulo apontou 840 denúncias recebidas, tanto da polícia civil quanto militar, relatando abusos de autoridade nas abordagens policiais. Ainda, chegaram 756 denúncias envolvendo homicídios praticados por policiais durante abordagens, sendo registradas 851 mortes de civis por meio de intervenções policiais, o que representa 88% de todas as ocorrências com resultado morte no ano de 2018. Esse número alarmante culminou na criação do departamento de letalidade da Corregedoria Geral da Polícia Militar, o qual passou a investigar os inquéritos policiais militares de ocorrências de intervenção policial com resultado morte no Estado de São Paulo. A Ouvidoria da Polícia paulista concluiu que, em 48% das ocorrências de atuações policiais com resultado morte, os homicídios foram provenientes de excesso no uso da força letal, sendo que 26% revelaram indícios de ocorrências sem confronto armado, com vítimas desprovidas de arma de fogo (SÃO PAULO, 2019).

A condenação do Brasil, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Favela Nova Brasília corrobora os resultados apontados no Relatório da Ouvidoria da Polícia do Estado de São Paulo. O caso trata da demora injustificada na investigação e punição dos responsáveis envolvidos na execução extrajudicial de 26 pessoas e na prática de tortura e estupro, por parte de agentes policiais, cometidos contra 3 mulheres durante abordagens policiais em outubro de 1994 e maio de 1995 na Favela Nova Brasília, no município do Rio de Janeiro (CORTE IDH, 2017).

Nesse contexto de insegurança pública, império da violência policial e descumprimento dos direitos humanos, o conceito de estado de exceção, proposto por Giorgio Agamben (2004), pode ser aplicado. O filósofo italiano parte do pressuposto que a Constituição prevê aberturas pelas quais o Poder Executivo promove suspensões de prerrogativas fundamentais e constitucionais em face de situações atípicas. Porém, o estado de exceção tem se tornado a regra, ao permitir que diariamente uma parcela da população – especialmente, os jovens negros de baixa renda da periferia das grandes cidades – viva com seus direitos e garantias suspensos ao se tornarem inimigos do Estado. Aliás, o estado de exceção no Brasil é caracterizado não apenas pela suspensão dos direitos da população mais carente, mas também por um sistema que trata de exterminá-los, negligenciá-los ou encarcerá-los (FARHAT, 2018).

O homicídio é a principal causa de morte de jovens entre 15 e 29 anos no Brasil, tendo um recorte impactante na população negra juvenil do sexo masculino. O estudo realizado pelo Mapa da Violência, em 2013, revela que o número de vítimas brancas apresentou um decréscimo de 26,4% no período entre os anos de 2002 e 2010, enquanto que a taxa de vítimas negras representou um aumento de 30,6% no mesmo período. Ainda, o número de homicídios de jovens negros comportou uma elevação de 24,1%, sendo a maior incidência nos Estados de Alagoas, Bahia, Paraíba e Rio Grande do Norte, com crescimento acima de 200% na mencionada década, o que evidencia uma mortalidade seletiva (WAISELFSZ, 2013, p. 88-90).

Tais dados são em grande medida confirmados pelo Mapa da Violência de 2020 (CERQUEIRA, BUENO, 2020, p. 20-21). Conforme dados de 2018, 30.873 jovens foram vítimas de homicídios, o que significa uma taxa de 60,4 homicídios a cada 100 mil jovens, e 53,3% do total de homicídios do país. Em outras palavras, o homicídio continua sendo a principal causa dos óbitos da juventude masculina, responsável pela parcela de 55,6% das mortes de jovens entre 15 e 19 anos; de 52,3% daqueles entre 20 e 24 anos; e de 43,7% dos que estão entre 25 e 29 anos. No ano de 2018, dezesseis Estados brasileiros apresentaram taxas de homicídios de jovens acima da taxa nacional de 60,4 por 100 mil. Os Estados onde os jovens mais foram assassinados foram Roraima, Rio Grande do Norte e Ceará.

Pode-se dizer que não apenas ocorrem violações de direitos humanos atribuídas às intervenções policiais, mas também que tais direitos são desrespeitados em face da demora injustificada para a realização de uma investigação policial eficiente e do devido processo legal. Os casos de execuções sumárias, extrajudiciais, não são investigados de maneira adequada, protraindo-se pelo tempo, o que culmina na impunidade e/ou na prescrição (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2021, p. 130-

143). Ademais, grande parte do número de homicídios realizados por agentes policiais são classificados como "resistência à prisão", o que ressalta mais a preocupação em traçar um perfil da vítima falecida do que garantir a persecução do agente criminoso (CORTE IDH, 2017, p. 28-29).

Sob o prisma da necropolítica, é importante salientar o apartheid social que separa e segrega grupos raciais e étnicos minoritários. Por exemplo, o patamar de mortes da população negra, em situação de rua ou no sistema carcerário é muito mais elevado que os mesmos índices relacionados à população branca. Essa forma de poder é pautada em raízes coloniais de separatismo que dá ensejo ao racismo institucional, caracterizado pela existência de políticas sistêmicas, práticas e estruturas econômicas e sociais que inserem essas minorias em desvantagem em relação à maioria racial ou étnica.

O conceito de necropolítica remonta ao estudo sobre biopoder de Michel Foucault, que parte do pressuposto da eliminação de certos grupos sociais em detrimento da sobrevivência da maior parte da população (MBEMBE, 2018). A partir de Foucault, Achille Mbembe aglutina a noção de biopoder às raízes históricas segregacionistas coloniais/neocoloniais para explicar as relações sociorraciais da sociedade moderna. Os sistemas de plantation e de escravidão assolaram a América Latina e o Caribe, razão pela qual esses países carregam e atualizam os elementos presentes no colonialismo, sendo a chave para a compreensão da violência e da perseguição contra determinados grupos sociais, que se tornam cada vez mais precarizados (LIMA, 2018, p. 20-33).

Nesse contexto, a teoria do etiquetamento social explica a seletividade do processo penal em punir determinados indivíduos em face de outros. O estigma da pessoa marginalizada cria um círculo vicioso no qual o sujeito não logra êxito em romper, uma vez que o crime e suas consequências penais não serão suficientes para ressocializar um indivíduo que nunca foi socializado. A etiqueta social advém de complexos processos de interação social, não se limitando unicamente às características pessoais do sujeito. Logo, essa teoria parte do pressuposto da identidade social e da integração do indivíduo com os grupos sociais aos quais pertencem e sua interação com a sociedade, passando a confrontar o paradigma etiológico (SILVA, 2015, p. 101-109).

Além disso, o controle da teoria do etiquetamento social faz-se por duas vias: informal e formal. O controle formal concerne à própria sociedade e às interações que ela promove por meio de espaços públicos, como as instituições de ensino, fundamentando-se na opinião pública. Já o controle informal toca aos poderes estatais, como a polícia, o Ministério Público, o Judiciário e o Executivo. A teoria do etiquetamento social espelha um retrocesso não

apenas na proteção dos direitos humanos para as vítimas, mas também para toda a sociedade que desconhece os números reais da criminalidade. Isso porque uma parcela seleta de crimes cometidos não são devidamente punidos, não sendo sequer objeto de investigação ou de conhecimento da polícia judiciária ou do Ministério Público. A etiqueta social pune uma classe de pessoas e crimes específicos, o que confirma o racismo institucional que naturaliza a violência contra pobres, pretos e moradores da periferia (SILVA, 2015, p. 101-109).

No mesmo contexto, a teoria do direito penal do inimigo, desenvolvida por Günther Jakobs, prevê a possibilidade da divisão do direito penal em duas facetas: uma voltada para o cidadão e outra para o inimigo. O combate do Estado ao inimigo comporta toda a espécie de punição, sendo permitida a suspensão de garantias e direitos desse sujeito em nome do bem estar social e da segurança nacional. O inimigo deixa de ser cidadão, pessoa, para tornar-se objeto do sistema de controle social. Assim, o inimigo é considerado como um perigo futuro, justificando as punições mais severas e a antecipação das suas sanções (JAKOBS, 2012, p. 45-62).

O apartheid social presente na sociedade brasileira culmina na divisão social de classes, que restringe os direitos dos mais pobres, impondo-lhes diversos obstáculos para o exercício da cidadania, o acesso à educação e aos serviços públicos essenciais. A cartografia urbana, dividida em zonas selvagens e civilizadas, faz com que o Estado atue, nas áreas nobres das cidades, como promotor da democracia, ainda que muitas vezes de maneira ineficaz. Por outro lado, nas chamadas "zonas selvagens", nas periferias, ele atua como predador, ainda que com aparente respeito ao Direito (CAMBI, 2020, p. 691).

Aqui, vale destacar importante recorte trazido por Laura Bazzicalupo (2010, p. 79-80) sobre racismo e biopolítica na concepção de Foucault,

El racismo es el nexo que modifica los dispositivos biopolíticos de seguridad y de incremento en la cesura que excluye: «si quieres vivir es preciso que el otro muera». Foucault identifica la lógica única que subyace en la técnica de potenciamiento de la vida como el racismo genocida: «el racismo permitirá establecer, entre mi vida y la muerte del otro, una relación que no es militar y guerrera de enfrentamiento sino de tipo biológico» [...]: «La muerte del otro, la muerte de la mala raza, de la raza inferior (o del degenerado o el anormal), es lo que va a hacer que la vida en general sea más sana; más sana y más pura» [...]; «la muerte, el imperativo de muerte, sólo es admisible en el sistema de biopoder si no tiende a la victoria sobre los adversarios políticos sino a la eliminación del peligro biológico y al fortalecimiento, directamente ligado a esa eliminación, de la especie misma o la raza» [...] El dispositivo racista se entiende entonces como

dar muerte inmediata, efectiva, exposición a la muerte: la regulación de emergencia y de excepción multiplica el riesgo mortal para determinados grupos de población, o impone la muerte política por medio de la exclusión, el rechazo. La biopolítica recurre al racismo para hacer morir o repeler en la muerte. Los saberes biológicos, especialmente el darwinismo (la vulgata de nociones como jerarquía de las especies en la evolución, lucha por la vida, selección de los más aptos), acreditan científicamente la transcripción del discurso político en términos biológicos.

A lógica da Tanatopolítica - para Agamben - e o Racismo de Estado - para Foucault - ilustram a política eugenista que busca separar e eliminar raças. Foucault afirma que não há "funcionamento moderno do Estado que, em certo momento, em certo limite e em certas condições, não passe pelo racismo" (FOUCAULT, 2005, apud DIÓGENES, 2013, p. 161). Sob essa ótica, "é pelo racismo que o antigo poder soberano de fazer morrer é inserido nos cálculos do biopoder" (DIÓGENES, 2013, p. 170). O desenvolvimento do "racismo biológico social" mostra que

[...] l'altra razza non è, in fondo, quella che è arrivata da altrove, non è quella che per un certo tempo ha trionfato e dominato, ma è invece quella che, in permanenza e incessantemente, si infiltra nel corpo sociale, o piuttosto si riproduce incessantemente all'interno e a partire dal tessuto sociale. In altri termini: ciò che nella società ci appare come polarità, come frattura binaria, non sarebbe tanto l'affrontamento di due razze estranee l'una all'altra, quanto lo sdoppiamento di una sola e stessa razza in una sovra-razza e in una sotto-razza.

Ainda, para Foucault, o poder não é uma coisa, consubstanciando-se em um "sistema - mais ou menos organizado, mais ou menos hierárquico, mais ou menos coordenado, e, de todos os modos, sempre reversível - das relações que tecem e mantêm a tensão" (CHIGNOLA, 2018, p. 239).

Le pouvoir est donc omniprésent, non pas comme domination à foyer unique ou central, mais au sens d'une activité immanente aux rapports sociaux, ceux-ci pouvant être compris comme des "situations stratégiques complexes". Ces rapports de pouvoir sont immanents aux rapports économiques, familiaux, de connaissance, sexuels, etc., dans lesquels ils jouent un rôle producteur (CAEYMAEX, 2012, p. 17).

É necessário assegurar o desenvolvimento humano e social a partir da ampliação de liberdades. As instituições democráticas inerentes ao Estado Democrático de Direito devem prover a condição do agente capaz de transformar sua própria realidade (FREIRE, 2013).

As oportunidades adequadas fornecem aos indivíduos a possibilidade de investirem no seu próprio futuro, ao invés de se tornarem beneficiários passivos de programas assistencialistas governamentais por tempo indeterminado. O estado mínimo de igualdade permite que a liberdade política, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora se fundamentem na conquista da liberdade. Afinal, a realização das atividades humanas recebe influência das oportunidades econômicas, poderes e condições sociais, dentre elas o provimento de saúde e educação de qualidade. Essas condições encontram-se interligadas pelas liberdades políticas que suportam a organização estatal. Portanto, a condição do cidadão como agente político de transformação é o modo de alcançar o objetivo de garantir progressivamente o desenvolvimento social (PANSIERI, 2016).

2 O ESTADO DE COISAS INCONVENCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, coletados entre julho e dezembro de 2019, o número total de presos em unidades prisionais no Brasil alcançava a marca de 748.009 indivíduos privados de liberdade. Desse total, pouco mais de 360 mil encontram-se cumprindo pena em regime fechado (BRASIL, 2019). A população carcerária brasileira é uma das mais elevadas do mundo, ocupando o 3º lugar no ranking de países com maior número de presos, ficando atrás, apenas, dos Estados Unidos e China, respectivamente (CONJUR, 2017).

Considerando a alta taxa de aprisionamento, o Brasil é carente em vagas nos estabelecimentos prisionais, o que culmina em precárias práticas de higiene e de saúde, reflexos de uma política pública desorganizada e sucateada. Retrato disso, como já salientado, foi o reconhecimento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

O julgamento da ADPF 347 MC/DF (BRASIL, 2015) constatou massivas violações de direitos fundamentais, em razão das falhas estruturais e da falência das políticas públicas carcerárias. O levantamento nacional de informações penitenciárias, realizado pelo DEPEN em 2019, confirmou que, de todas as unidades prisionais brasileiras, há apenas 1.022 consultórios médicos e 509 salas de procedimentos (BRASIL, 2019). Tais dados encontram-se aquém do esperado, em manifesta violação às Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos, popularmente conhecida como Regras de Mandela (BRASIL, 2020). Este diploma internacional prevê uma série de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana privada de liberdade, proibindo tratamentos

degradantes, cruéis ou com uso de tortura. Afirma, entre outros direitos humanos, que as acomodações devem respeitar as condições mínimas de higiene e dignidade, conforme disciplina a regra 13 das Regras de Mandela.

Todavia, sabe-se que as normas dispostas naquele diploma internacional referentes à saúde do custodiado não encontram ressonância na realidade brasileira. O provimento de serviços médicos nem sempre é adequado - o que fica evidente quando se correlaciona o número total de presos no Brasil com a quantidade de consultórios médicos existentes nas unidades prisionais.

Ainda, nesse sentido, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça obrigou o Estado a disponibilizar, em suas unidades prisionais, equipamentos para banho dos presos em temperatura adequada ("chuveiro quente") (BRASIL, 2017-a). Caso contrário, haveria violação aos direitos humanos, uma vez que a integridade física e mental deve ser garantida a todos, como corolário da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF). O Estado precisa tratar os prisioneiros como pessoas, não como animais. Ainda àqueles que estejam privados da liberdade, o Estado possui o dever de proteção da sua saúde, devendo zelar por medidas de assepsia pessoal e do ambiente, para não agravar o risco de enfermidades e a disseminação de patologias. Neste caso, o STJ asseverou que o dever do Estado assegurar a dignidade de presos sob sua custódia decorre das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, promulgadas pelas Nações Unidas (Regras de Mandela), as quais dispõem que "Devem ser fornecidas instalações adequadas para banho", exigindo-se que seja "na temperatura apropriada ao clima" (Regra 16), cuja interpretação pode se extrair, ainda que não se faça referência expressa, chuveiros com água quente.

O Estado de Coisas Inconstitucional, reconhecido pelo plenário do STF, permite também questionar quanto ao possível reconhecimento de um Estado de Coisas Inconvencional.

Com efeito, o fenômeno do Estado de Coisas Inconvencional, parte das violações massivas à Convenção Americana de Direitos Humanos é decorrente de omissões do Brasil quanto à tutela deficiente dos direitos fundamentais (FERREIRA, ARAÚJO, 2016).

Tal conceito se aplica ao contexto do sistema penitenciário brasileiro. Afinal, as resoluções da Corte IDH direcionadas ao Brasil em razão de violações em direitos humanos - como nos casos das penitenciárias de Pedrinhas (CORTE IDH, 2019), Urso Branco (CORTE IDH, 2004) e Complexo do Tatuapé - FEBEM (CORTE IDH, 2006) - demonstram a omissão do Estado para com essa parcela da população privada de liberdade.

É importante salientar que a expressão "Estado de Coisas Inconvencional" não existe na jurisprudência da Corte IDH. Trata-se de uma proposta

da doutrina para o exercício de uma espécie de "controle de convencionalidade por omissão construtivo", apto a buscar soluções para as inúmeras violações que chegam como denúncias à Corte IDH (FERREIRA, ARAÚJO, 2016).

É dever do Estado garantir "os direitos à vida e à saúde de todas as pessoas sob a jurisdição do Estado, sem nenhuma discriminação, incluindo idosos, pessoas migrantes, refugiadas e apátridas, e membros das comunidades indígenas" (CORTE IDH, 2020). As restrições quanto ao exercício pleno dos direitos humanos devem ser excepcionais e temporárias, limitadas a um determinado período de tempo e observar "critérios científicos, razoáveis, estritamente necessários e proporcionais, de acordo com os demais requisitos desenvolvidos no Direito Interamericano dos Direitos Humanos" (CORTE IDH, 2020).

Vale notar que os presos provisórios no Brasil correspondem a quase 30% do total da população carcerária brasileira (BRASIL, 2019). O perfil dos presos no Brasil é uma característica que salta aos olhos, sobretudo no que tange à idade e à raça. Nos dados divulgados pelo Ministério da Justiça, em 2017, 64% da população carcerária corresponde às pessoas negras, 35% brancas e, apenas 1% de amarelas. No que diz respeito às idades, 55% se referem a uma população jovem, entre 18 e 29 anos. Em um olhar mais apurado, o crime de tráfico de drogas é a infração que prepondera no sistema carcerário brasileiro (30%), seguido de roubo (21%) (BRASIL, 2017-b). A prisão, ao não oferecer condições mínimas de respeito à dignidade dos presos, não cumpre o seu objetivo de ressocialização, para se constituir em um depósito de indesejáveis, o que faz dos presos farrapos humanos (WACQUANT, 2002).

Traçando um paralelo comparativo em relação aos Estados Unidos, país que detém a maior população carcerária do mundo, percebe-se que os números relativos às pessoas detidas antes de julgamento também são altos (70% do número total de presos nas penitenciárias locais), o que ocorre, principalmente, em virtude da ausência de pagamento das fianças - arbitradas em patamares altos quando comparadas com a renda anual das famílias dos presos. O valor médio das fianças nos Estados Unidos é de U\$10,000 - sendo que o salário anual, médio, de um homem preso fica em U\$15,000 (RABUY, 2016). Com efeito, a família desse indivíduo não consegue adimplir com o pagamento da fiança arbitrada, o que culmina na sua detenção até o julgamento, inflando os números penitenciários.

Esses dados reafirmam o papel do Estado Policial, mantendo o encarceramento como "panaceia diante da ascensão da insegurança social e das 'patologias' urbanas a ela estreitamente relacionadas" (WACQUANT, 2003, p. 79).

Enquanto estratégia eleitoral populista e demagógica, "prender os pobres" é a solução para a

segurança pública. A falsa premissa de retirar da rua pessoas propensas a cometerem crimes, notadamente pretos, pobres e pessoas que vivem na periferia, tem o condão de esconder os verdadeiros fins dessa prática: usar a força do Estado para o controle social da população mais vulnerável, perpetuar práticas de racismo institucional, propagar mecanismos autoritários de opressão, manter o status quo e a rígida divisão de classes sociais, bem como fomentar a ascensão de um modelo de complexo penitenciário industrial, que possa auferir lucros da mão de obra encarcerada (WACQUANT, 2003, p. 86-87).

Uma importante evidência da falência do sistema carcerário é o grau de reincidência dos custodiados brasileiros. Pesquisa realizada, entre 1997 e 1999, pelo Grupo Candango de Criminologia da Universidade de Brasília, no tocante aos condenados por crimes de furto e roubo, mostra que, quanto maior a pena, maior é o índice de reincidência. Do grupo objeto de estudo, apenas 24,2% dos condenados a penas alternativas reincidiram. Por outro lado, réus que cumprem penas em regime penitenciário, reincidiram em 53,1% dos casos estudados. Um dado que também chama a atenção é o fato de que apenas 25% daqueles condenados a penas alternativas responderam o processo em liberdade, em razão do flagrante delito em que se encontravam (UNB, 2010).

As condições pós-encarceramento também levam à reincidência dos egressos prisionais, porque "saem da prisão com um passaporte que têm de mostrar em todo lugar onde vão e que menciona a condenação que sofreram" (FOUCAULT, 2014, p. 262; MARBOIS, 1823, p. 17). Uma vez egressos, a vigilância da polícia se amplia, pela designação de domicílio, pela proibição de frequentar determinados locais, além da atribuição de trabalho lícito - o que rememora os moldes sociais pelos quais o indivíduo deve se encaixar a fim de pertencer e ser reconhecido na sociedade, espécie de mecanismo de poder. Dessa forma, a prisão tornou-se um depósito de criminosos, provenientes de classes pobres e que não logram êxito em romper com o ciclo de recrutamento prisional (FOUCAULT, 2018, p. 216-219).

Conforme rememora Loïc Wacquant (2003, p. 71),

Em 1997, o Illinois deu acesso livre nas telas de computador ao arquivo de todos os seus detentos. Com alguns cliques do mouse, e sem a menor justificativa ou o menor controle, qualquer um pode acessar a sinalética de todos os presos do estado - nome, sobrenome, data e lugar do nascimento, número da assistência social (normalmente mantido em segredo), "raça", altura e peso, os mais íntimos sinais distintivos ("descrição de cada marca, cicatriz, tatuagens do detento, inclusive sua descrição e localização") - assim como a um resumo de seu prontuário judicial incluindo a enumeração de todas as suas

condenações (natureza, categoria e número de infrações, entre as quais algumas que podem remontar a vinte ou trinta anos, lugar do julgamento). Qualquer um pode também saber quando e onde este ou aquele detento foi encarcerado, a data prevista (ou efetiva) de sua saída e da eventual liberação.

Graças a "Look up on inmate", qualquer empregador ou proprietário pode, antes da admissão de um assalariado ou do aluguel de um apartamento, assegurar-se sem a menor dificuldade de que o candidato em questão não tenha antecedentes criminais e portanto, no caso contrário, discriminar na mais plena legalidade segundo o prontuário judicial. Conforme explica, como se fosse uma evidência, a porta-voz da administração penitenciária do estado: 'afinal são criminosos, as pessoas têm todo o direito de ter esta informação para que possam se defender deles' (Grifo Nosso).

A condição de presidiário o acompanha egresso, que não consegue se reinserir no mercado de trabalho, fomentando o ciclo da fabricação de delinquentes pela prisão. Para Foucault, a prisão constitui um duplo erro econômico, em razão do custo da sua organização e o custo da delinquência que não reprime (FOUCAULT, 2014, p. 262-263) - e até mesmo contribui para reincidir. A prisão não é considerada um efetivo método para ressocializar um indivíduo, podendo o sistema prisional, especialmente para os delitos sem violência ou grave ameaça às pessoas, se valer de outras opções, como a multa, um serviço de utilidade coletiva ou a privação de determinados direitos (FOUCAULT, 1954-1988, p. 209).

A prisão faz com que o condenado "cheire como prisioneiro", tendo o encarceramento o condão de fixar sofrimento, no sentido puro da pena - do latim 'poena' - que significa 'dor' (WACQUANT, 2003, p. 95). Os detentos são atingidos por um triplo estigma: moral (banimento da cidadania ao violar a lei), de classe (são, em sua maioria, pobres) e de raça (negros). Eles constituem o chamado "párias entre os párias", categoria que sofre constantes humilhações e violações de direitos (WACQUANT, 2003, p. 97).

3 A BIOPOLÍTICA E AS TÉCNICAS DE NEUTRALIZAÇÃO DOS "INDESEJÁVEIS"

A disciplinarização das massas corresponde ao aspecto pelo qual certos institutos jurídicos têm o condão de controlar, distribuir regras que devem ser seguidas e moldes pelos quais os indivíduos devem se encaixar, sob pena de permanecerem à margem da sociedade.

Conforme leciona Foucault (1954-1988, p. 191)

[...] La discipline est, au fond, le mécanisme de pouvoir par lequel nous arrivons à contrôler dans le corps social jusqu'aux éléments les plus ténus,

par lesquels nous arrivons à atteindre les atomes sociaux eux-mêmes, c'est-à-dire les individus. Comment surveiller quelqu'un, comment contrôler sa conduite, son comportement, ses aptitudes, comment intensifier sa performance, multiplier ses capacités, comment le mettre à la place où il sera plus utile: voilà ce qu'est, à mon sens, la discipline.

O primeiro contato formal que o indivíduo tem com a disciplina é na escola, que possui métodos de individualização do poder, para um controle permanente e monitoração constante dos alunos. A disposição dos estudantes em filas, de modo a manter uma relação de hierarquia e respeito para com os professores, o fazer silêncio para que a fala não atrapalhe as aulas e a obediência às demais normas escolares (FOUCAULT, 1954-1988, p. 192) configura um modelo disciplinar que os alunos devem seguir, adequando-se aos padrões pretendidos pela sociedade.

Escolas, prisões, quartéis, fábricas e hospitais psiquiátricos são consideradas organizações de sequestro, frutos da sociedade disciplinar. Isso porque são "instituições capazes de capturar nossos corpos por tempos variáveis e submetê-los a variadas tecnologias de poder" (VEIGA-NETO, 2003, p. 91). A organização dessas instituições, a partir de critérios espaciais, temporais e hierárquicos, têm como objetivo a prescrição de comportamentos humanos homogêneos. O alcance dessa finalidade revela-se muito mais fácil quando constatada a docilidade do corpo, que, segundo Foucault, são moldáveis. Nesse panorama, o corpo ganha força por conta de sua utilidade. Por outro lado, perde força em razão da sujeição à obediência política (FERREIRINHA, RAITZ, 2010, p. 378-379).

A observação permanente é inerente a essas instituições. Nesse sentido, é importante trazer a imagem do panóptico, que garante a observação e vigilância dos indivíduos punidos.

[...] É preciso que o prisioneiro possa ser mantido sob um olhar permanente; é preciso que sejam registradas e contabilizadas todas as anotações que se possa tomar sobre eles. O tema do panóptico - ao mesmo tempo vigilância e observação, segurança e saber, individualização e totalização, isolamento e transparência - encontrou na prisão seu local privilegiado de realização. [...] O panóptico se tornou, por volta dos anos 1830-1840, o programa arquitetural da maior parte dos projetos de prisão. Era a maneira mais direta de traduzir "na pedra a inteligência da disciplina", de tornar a arquitetura transparente à gestão do poder; de permitir que a força ou as coações violentas fossem substituídas pela eficácia suave de uma vigilância sem falha [...] (FOUCAULT, 2014, p. 242-243).

O panóptico constitui uma espécie de prisão-máquina, pois coloca o detento em um espaço de

visibilidade permanente. Isso permite o controle e a vigilância incessante das autoridades. A pena deve ser revertida em favor da sociedade, constituindo "cada detento, na esfera da educação individual, um capital colocado no interesse penitenciário" (FOUCAULT, 2014, p. 244; LUCAS, 1838, p. 449). À título de curiosidade, a única prisão que usava o sistema panóptico na América Latina foi a que abrigou Fidel Castro, pouco antes da Revolução Cubana (GUERRERO, 2016).

A prisão - como instrumento de reeducação e ressocialização dos indivíduos que cometeram crimes - guarda certo grau de similaridade com as escolas. Isso porque, após um período na prisão, o indivíduo é "domesticado", para deixar de ser um "delinquente" e se tornar uma pessoa que obedeça às leis (FOUCAULT, 1954-1988, p. 195).

Todavia, os propósitos do sistema prisional são questionáveis, porque raramente alcançam à ressocialização dos presos. Afinal, o egresso do sistema prisional possui uma produtividade negativa, uma vez que, quanto mais tempo ele passa preso, menos é reeducado, o que diminui as possibilidades de vir a se tornar um agente ativo em uma sociedade altamente competitiva (FOUCAULT, 1954-1988, p. 195). Um modelo prisional falho não consegue "moldar" os indivíduos conforme as regras sociais nem "reeducá-lo" para tornar-se um cidadão produtivo.

As prisões, apesar de ineficientes, são mantidas porque, segundo Foucault (1954-1988, p. 195), se mostram úteis, econômica e politicamente, na sociedade, fazendo parte de um ciclo:

Pourquoi les prisons sont-elles restées, malgré cette contre productivité? Je dirais: mais précisément parce qu'en fait elle produisait des délinquants et que la délinquance a une certaine utilité économique-politique dans les sociétés que nous connaissons. L'utilité économique-politique de la délinquance, nous pouvons la dévoiler facilement: d'abord, plus il y aura de délinquants, plus il y aura de crimes; plus il y aura des crimes, plus il y aura peur dans la population, et plus il y aura peur dans la population, plus acceptable et même souhaitable deviendra le système de contrôle policier. L'existence de ce petit danger interne permanent est l'une des conditions d'acceptabilité de ce système de contrôle; ce qui explique pourquoi, dans les journaux, à la radio, à la télé, dans tous les pays du monde sans aucune exception, on accorde autant d'espace à la criminalité, comme si à chaque jour nouveau il s'agissait d'une nouveauté (Grifo nosso).

A delinquência justifica o nascimento e a manutenção da polícia. A presença e o controle policial são tolerados em razão do medo do delinquente por parte da população (FOUCAULT, 2018). Os meios de comunicação, ao ressaltarem diariamente a ocorrência de crimes, dando destaque para os mais violentos

possíveis, alimentam o sentimento de medo social e reafirmam a necessidade da repressão policial.

Quanto mais crimes, maior é o amedrontamento da população, o que torna o controle policial amplamente aceito. A difusão do medo e do caos serve para pôr em prática políticas públicas, que toleram a violência do Estado Policial, e marcam o apartheid social, ao identificarem como inimigos da sociedade, sobretudo pretos, pobres e moradores da periferia. Nesse sentido, a chamada "guerra às drogas" ampliou a estigmatização dessa população mais vulnerável, a sua perseguição e controles permanentes, a constante violação de direitos humanos e a alta letalidade policial (o que inclui o fenômeno do "genocídio da juventude negra") (BATISTA, 2003, p. 06-12).

O receio de uma explosão e/ou rebelião desses grupos vulneráveis aumenta o medo na classe burguesa. A implantação da fantasia de caos social impulsiona políticas de limpeza social, de tolerância zero, de armamento da sociedade e de rigor na atuação policial. A atuação da polícia nas favelas cariocas, encorajada pelos governantes, é reflexo dessa ideologia (BATISTA, 2003, p. 06-12), que causa, reiteradamente, casos como o da Favela Nova Brasília, em que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela demora na investigação e punição dos agentes policiais responsáveis pela execução de 26 pessoas e na prática de tortura e estupro de 3 mulheres, durante operações ocorridas entre outubro de 1994 e maio de 1995, na Favela Nova Brasília, no município do Rio de Janeiro (CORTE IDH, 2017).

A biopolítica moderna, conforme Laura Bazzicalupo (2010, p. 69), se consubstancia em

El nexu saber-poder introduce el carácter «persuasivo», no represivo, de la influencia del poder. Mas esto no significa que el poder sea solo palabras y saberes. La relación saber-poder se juega sobre los cuerpos, sobre el cuerpo del cual el poder es depositario y sobre el cuerpo que está modelado por el poder. Esta es la biopoliticidad del poder moderno.

Em uma análise filosófica pós-Foucaultiana, Judith Butler aprofunda os saberes biopolíticos clássicos, atentando-se à "dimensão corpórea e física das vidas 'vulneráveis' implicadas nas relações biopolíticas de sujeição, comprometidas com esforços de transcrição identitária" por meio de uma "análise da vida psíquica do poder trabalhando sobre o circuito de subjetivação da sujeição que revela" (BUTLER, 2005, apud BAZZICALUPO, 2010, p. 70).

Colocar a sociedade "em ordem" implica na eugenia, por meio de mecanismos coloniais usados na época da escravidão, como o controle social e a obediência cadavérica, próprias de uma política de segurança pública baseada na naturalização do

racismo institucional. As pessoas tidas como "estranhas", que não se encaixam no padrão exigido pela sociedade, tornam-se verdadeiras "inimigas". Aos "indesejáveis" não sobra muito: são mortos ou neutralizados, bem como segregados, conforme a teoria do direito penal do inimigo proposta por Günther Jakobs.

Conforme leciona Zaffaroni (2007, p. 44),

[...] As dificuldades, como assinalamos, manifestaram-se em relação aos indesejáveis, cujo número aumentou com a concentração urbana. Era necessário domesticá-los para a produção industrial e neutralizar os resistentes. Como não era tolerável continuar matando-os nas praças, foi preciso procurar outras formas de eliminação. A solução encontrada foi o encarceramento em prisões com altas taxas de mortalidade (MELOSSI, PAVARINI, 2006), a submissão a julgamentos intermináveis com as mencionadas medidas de neutralização sob a forma de prisão preventiva ou provisional ou então a deportação (especialmente adotada pela Grã-Bretanha e pela França, mas também pela Argentina).

Os cárceres detêm uma dupla função, pois, além de serem responsáveis pela "limpeza social", ainda são marcados por altíssimos índices de violência e mortalidade, com uma alta probabilidade de eliminação dos que lá estão presos. Em paralelo, os que não estão internados, permanecem à mercê das execuções policiais sem processo, em uma espécie de sistema penal subterrâneo (ZAFFARONI, 2007, p. 70).

As altas taxas de impunidade e as reiteradas violações de direitos humanos, praticadas pelo Brasil, ao não investigar, processar e responsabilizar, crimes praticados pelos agentes de segurança pública não são compatíveis com o Estado Democrático de Direito. Sabe-se que o Estado de polícia é intrínseco ao Estado de Direito. Quanto mais se observa a letalidade do Estado, mais presente e pulsante é o Estado policial, que procura romper com as amarras e limitações que o Estado de Direito lhe coloca. A seletividade do poder punitivo não pode ser suprimida, caracterizando a fragilidade do sistema processual penal, porque "o estado de polícia está sempre inventando novos inimigos" (ZAFFARONI, 2007, p. 170), cultivando as raízes do Estado absoluto. A prática de biopoder, caracterizada pela suspensão dos direitos fundamentais pelo soberano, em virtude de necessidade e emergência, traz demasiada insegurança jurídica, sobretudo em razão do apontamento do inimigo (ZAFFARONI, 2007, p. 163), identificado como preto, pobre e morador da periferia.

A sociologia da miséria constrói-se a partir de uma visão de seletividade populacional. A busca por encaixar cada indivíduo em seu papel social acaba por reproduzir as injustiças que se buscam romper, perpetuando o ciclo de marginalização dos grupos mais

vulneráveis da sociedade. Um ciclo de violência se reproduz pela ausência de políticas públicas e de exclusão no mercado de trabalho (com altos índices de informalidade ou pela exploração da mão de obra barata, por meio de empregos mal pagos e humilhantes) (RUGGIERO, 2008, p. 04-06). A falta de oportunidades na economia lícita impulsiona essas pessoas para a economia paralela, o que faz surgir os mercados ilegais e motiva a prática de crimes (RUGGIERO, 2008, p. 10-12). As respostas alternativas se limitam à economia ilegal, que, invariavelmente, conduzem à prisão. A própria "empresa" que recruta vendedores de drogas nos grandes centros urbanos, opta por escolher minorias estigmatizadas, corroborando com a segregação ocorrida na chamada "economia legal" (RUGGIERO, 2008, p. 60).

As massas sem trabalho, que diante da fome e da necessidade tendem a cometer delitos ditados pelo desespero, só podem ser contidas através de penas cruéis. Numa sociedade onde os trabalhadores são escassos, a execução penal tem uma função totalmente diversa. Quando alguém que quer trabalhar encontra trabalho, o estrato social mais baixo é formado por trabalhadores não qualificados e não por desempregados que se encontram numa situação de necessidade. A execução penal pode, assim, contentar-se em obrigar ao trabalho quem a ele se recusa e ensinar aos delinquentes que eles se contentem com o que é suficiente para um trabalhador honesto viver (RUSCHE, 1976, p. 526-527).

Os "indesejáveis" são, de forma discreta e silenciosa, encerrados. Eles passam a compor uma massa de força de trabalho. O modelo social de controle disciplinar inaugura-se a partir da expansão da sociedade industrial. A disciplina dos corpos encontra lugar no regime econômico da fábrica, principalmente no modelo fordista. Já o cárcere é a resposta "correcional" para os indivíduos que não se enquadram no sistema de produção capitalista (DE GIORGI, 2006, p. 27), na tentativa de reverter sua mão de obra barata para a sociedade.

Os chamados "condenados da metrópole", representados pelos mendigos, pobres, desempregados e migrantes, são direcionados aos mecanismos de controle, individualizando-os e separando-os da classe laboral. Em metrópoles onde atividades ilegais tornam-se comuns, é relativamente fácil realizar a separação por meio da neutralização da periculosidade e da prevenção de risco, articulando-se por meio da vigilância, segregação urbana, racismo institucional, violência policial e contenção carcerária (DE GIORGI, 2006, p. 28).

O sistema carcerário constitui um modelo de depósito de indesejáveis, ao traçar um perímetro ao redor das populações excedentes (DE GIORGI, 2006, p. 28).

Trazendo esse panorama para o Brasil, facilmente é possível deparar-se com o elevado número de pessoas presas, caracterizado pelo hiperencarceramento. As "vidas sem valor de vidas" são reprimidas nas periferias, nos subúrbios e nas favelas, que constituem verdadeiros campos de concentração a céu aberto, expondo seus habitantes ao jogo duplo da inclusão e exclusão cidadã: de um lado, os mecanismos de poder operam o disciplinamento daqueles que se resignam ao estatuto jurídico - mecanismos de dominação -, de outro, o poder soberano na sua forma jurídico-política decide pela indignidade e pelo desvalor da vida matável dos criminosos resistentes ao estatuto jurídico (ZACCONE, 2015, p. 33).

Nas palavras de John Irwin, "O encarceramento serve antes de tudo para 'governar a ralé' que incomoda" (WACQUANT, 2003, p. 68).

A política estatal de criminalização das consequências da miséria de Estado opera mediante duas formas:

A primeira e menos visível, exceto para os interessados, consiste em transformar os serviços sociais em instrumento de vigilância e de controle das novas 'classes perigosas'. Prova disso é a onda de reformas votada nestes últimos anos em vários estados, condicionando o acesso à assistência social à adoção de certas normas de conduta (sexual, familiar, educativa, etc) e ao cumprimento de obrigações burocráticas onerosas e humilhantes. As mais difundidas estipulam que o beneficiário deve aceitar qualquer emprego que lhe seja proposto, não importam a remuneração e as condições de trabalho oferecidas, sob pena de abdicar do seu direito à assistência (workfare). Outras modulam a assistência às famílias em função da assiduidade escolar de seus filhos (learn fare) [...]. O segundo componente da política de "contenção repressiva" dos pobres é o recurso maciço e sistemático ao encarceramento [...]. Depois de ter diminuído em 12% durante a década de 60, a população carcerária americana explodiu, passando de menos de 200 mil detentos em 1970 a cerca de 825 mil em 1991, ou seja, um crescimento nunca visto em uma sociedade democrática, de 314% em vinte anos [...] A causa-mestra deste crescimento astronômico da população carcerária é a política de "guerra à droga", política que desmerece o próprio nome, pois designa na verdade uma guerrilha de perseguição penal aos vendedores de rua, dirigida contra a juventude dos guetos para quem o comércio a varejo é a fonte de emprego mais diretamente acessível (WACQUANT, 2003, p. 27-29).

O Estado policial permanente não visa unicamente dar uma resposta frente ao aumento da criminalidade, mas é considerada a prova do desengajamento do Estado caritativo (WACQUANT, 2003, p. 32-33). A "balança" do Estado deixou de pender do lado social para o repressivo. Essa mudança de

paradigma contribui para a insegurança e a violência que pretendia combater.

Questiona-se a existência de um totalitarismo moderno, por meio de um regime de exceção - ou de um estado policial permanente. O Estado Policial legitima sua ação - ou repressão - ao desqualificar a vítima, tornando-a inimiga do Estado. Assim, pretos, pobres e moradores de periferia têm negados seus direitos humanos e garantias fundamentais, para se tornarem vítimas de um Estado opressor, moldado em uma polícia violenta voltada ao controle social dos grupos sociais economicamente excluídos pelo sistema capitalista de produção (ZACCONE, 2015, p. 164).

Sobre o Estado de polícia, Vanessa Chiari Gonçalves (2011, p. 136) explicita que,

Em países latino-americanos como o Brasil, a dicotomia entre estado de polícia e Estado de Direito parece ainda mais evidente. Isso decorre pelo fato de a violência policial seletiva empregada contra os estratos menos favorecidos economicamente, fazer com que coexistam, de um lado, um estado de polícia com toda a sua força direcionada ao controle de uma parte significativa da população e, de outro, um Estado de Direito aplicável apenas aos estratos médios e às elites. Desse modo, não se trata apenas de um estado de polícia latente no seio de uma sociedade formalmente democrática, mas de um estado de polícia permanentemente ativo e seletivamente direcionado aos subcidadãos e aos inimigos de ocasião.

Não é outro o diagnóstico da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2021, p. 104-105) ao pontuar:

276. A CIDH pode constatar, com extrema preocupação, que as mortes violentas no Brasil não incidem de forma aleatória em parcelas da população. Essas tendem a vitimar desproporcionalmente segmentos sociais que sofrem da discriminação estrutural e, por conseguinte, estão expostos à violência estrutural interseccional, principalmente com base em características étnico-raciais e socioeconômicas. Nesse aspecto, 75,4% do total de vítimas de homicídios ocorridos no ano de 2018 foram identificadas como pessoas afrodescendentes, tendência que se repete quando comparadas aos números de 2017 (75,5%) e 2016 (76,2%).

Portanto, o derramamento de sangue revela a contínua e permanente fábrica de cadáveres das ações policiais de pacificação. Aqui, os direitos humanos não foram feitos para os "faunos" (ZACCONE, 2015, p. 259-265), em total inversão de valores democráticos e da lógica da igualdade, liberdade e fraternidade.

CONCLUSÃO

No Brasil nesta primeira parte do século XXI, é imprescindível o fortalecimento das instituições jurídicas que asseguram a realização do Estado Democrático de Direito aptas a inibir retrocessos na defesa dos direitos humanos, bem como buscar a sua progressiva concretização.

O sistema carcerário brasileiro é constantemente alvo de acionamentos perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, relacionados à precariedade das suas condições, o que viola sistematicamente dispositivos presentes na Constituição da República, na Lei de Execução Penal, nas Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil e em diplomas internacionais, como as Regras de Mandela (ONU).

A vulnerabilidade presente em determinados grupos minoritários e certos setores da sociedade brasileira, com destaque para os pretos, pobres e moradores da periferia, aliada às negligências e às omissões estatais na formulação e na execução de políticas públicas, repercutem na dificuldade de integração e inclusão social. A política de apartheid e etiquetamento sociais naturalizam o racismo institucional e tornam invisíveis uma parcela dos cidadãos que não se encaixa socialmente ou, o que é pior, passa a ser alvo de políticas de "limpeza social", que alimentam os discursos de ódio, preconceitos, discriminação, violências e até o extermínio dessas pessoas.

A delinquência fechada em si mesma e especializada tem como vítimas as classes pobres, perseguidas pela polícia, que têm seus direitos e garantias fundamentais sistematicamente descumpridos, e acabam se submetendo ao controle social do Direito Penal que as leva, muitas vezes sem o devido processo legal, ao sistema carcerário, mesmo quando da prática de delitos sem violência ou grave ameaça à pessoa (FOUCAULT, 2014, p. 273).

Ao remontar à pergunta de pesquisa, que cinge em saber se a biopolítica é uma teoria aplicável ao aspecto da neutralização do inimigo do Direito Penal, revela-se possível que os critérios estabelecidos por Michel Foucault, em seus estudos sobre biopolítica, sejam transplantados ao sistema atual da nossa sociedade, sobretudo no que diz respeito à realidade prisional.

A prisão se torna uma "fábrica dos indesejáveis", ao mostrar-se falha na tentativa de ressocialização, o que alimenta o ciclo da violência. Os grupos vulneráveis, por estarem à margem do sistema produtivo, são colocados nas prisões ou viram alvo do Estado Policial, por estarem estigmatizados pela pobreza, que lhes afasta de serviços públicos essenciais, os faz subcidadãos com poucas perspectivas de ascensão econômica e social, o que os

atrai, muitas vezes, para o trabalho informal e para mercados ilegais.

A sociedade capitalista, como instrumento de disciplinarização, falha ao fechar os pobres dentro das prisões, quando os delitos não apresentam violência ou grave ameaça contra a pessoa. As oportunidades sequestradas, pela omissão do Estado e pela corrupção na aplicação dos recursos públicos, perpetuam as injustiças sociais e, o que é pior, fazem com que vidas "indignas" não sejam vistas como pessoas, reduzidas a meros números incômodos em relatórios policiais ou nas estatísticas da mídia sensacionalista.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. O medo na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAZZICALUPO, Laura. Biopolítica: un mapa conceptual. Espanha: Melusina, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. DEPEN. Levantamento nacional de informações penitenciárias. Período de julho a dezembro 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODA2MCO0YmZiLWI4M2ltNDU2ZmlyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRI0GRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1537530/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 27.04.2017, DJe 27.02.2020. 2017-a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Mandela. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. 2017-b. Acesso em: 10 nov. 2020.

CAEYMAEX, Florence. Le concept de biopolitique est-il un concept critique? In.: MATTUCCI, Natascia. VAGNARELLI, Gianluca. MEDICALIZZAZIONE, SORVEGLIANZA E BIOPOLITICA - A partire da Michel Foucault. Milão: Mimesis Filosofie, 2012.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samia (Coord.). Atlas da violência 2020. Brasília: IPEA, 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Situação dos Direitos Humanos no Brasil. Washington: Organização dos Estados Americanos, 2021.

CONJUR. Brasil tem a 3ª maior população carcerária do mundo, com 726.712 mil presos. 8 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>. Acesso em: 11 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Favela Nova Brasília Vs Brasil. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_c_333_por.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 14 DE OUTUBRO DE 2019. MEDIDAS PROVISÓRIAS A RESPEITO DO BRASIL ASSUNTO DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE PEDRINHAS. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_03_por.pdf. Acesso em: 6 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 7 DE JULHO DE 2004. MEDIDAS PROVISÓRIAS A RESPEITO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. CASO DA PENITENCIÁRIA URSO BRANCO. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf. Acesso em: 6 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 4 DE JULHO DE 2006. MEDIDAS PROVISÓRIAS E SOLICITAÇÃO DE AMPLIAÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS COM RESPEITO À REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. CASO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERDADE NO "COMPLEXO DO TATUAPÉ" DA FEBEM. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_03_portugues.pdf. Acesso em: 6 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. COVID-19 Y DERECHOS HUMANOS: LOS PROBLEMAS Y DESAFÍOS DEBEN SER ABORDADOS CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS Y RESPETANDO LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES. DECLARACIÓN DE LA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1/20. 9 DE ABRIL DE 2020. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>. Acesso em: 12 out. 2020.

DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DIÓGENES, Francisco Bruno. Racismo de Estado e Tanatopolítica: sobre o paradoxo do Nazismo em Michel Foucault e Giorgio Agamben. Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea. Brasília, n.2, ano 1, 2013.

FARHAT, Rodrigo. O Estado de Exceção é a regra geral. Entrevista com Felipe Paiva. Le Monde Diplomatique Brasil. 16 mar. 2018. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/o-estado-de-excecao-e-regra-geral/>. Acesso em: 05 nov. 2020.

FERREIRA, Siddharta Legale. ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. Revista Publicum. Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2016.

FERREIRINHA, Isabella Maria Nunes. RAITZ, Tânia Regina. Revista de Administração Pública - FGV. Rio de Janeiro, 44. ed., mar./abr.2010.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Paz e Terra. 8. ed. Rio de Janeiro, 2018.

FOUCAULT. Punir est la chose la plus difficile qui soit. In.: Dits et écrits. Gallimard, 1954-1988, v. IV, Édition établie sous la direction de Daniel Defer et Franções Ewald avec la collaboration de Jacques Lagrange.

FOUCAULT. Vigiar e punir. 2014, Editora Vozes. 42. ed.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

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

GONÇALVES, Vanessa Chiari. A tortura como violência instituída e instrumento para a simulação do réu confesso [manuscrito], 2011. 272 f. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2011. "Orientação: Dr. Juares Cirino dos Santos".

GUERRERO, Natália. As ruínas da peculiar prisão cubana onde Fidel Castro foi detido. 4 jan. 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160>

104_fotos_presidio_cuba_fidel_ng_cc. Acesso em: 10 nov. 2020.

JAKOBS, Günther. Direito penal do inimigo: Noções e Críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 45-62.

LIMA, Fátima. Bio-necropolítica: diálogos entre Michel Foucault e Achille Mbembe. Arq. bras. psicol., Rio de Janeiro, v. 70, n. spe, p. 20-33, 2018. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672018000400003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 03 out. 2019.

LUCAS, Ch. De la réforme des prisons. v. II, 1838.

MARBOIS, F. de Barbe. Rapport sur l'état des prisons du Calvados, de l'Éure, la Manche et la Seine Inférieure. 1823.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. Cárcere e Fábrica. As origens do sistema penitenciário. Rio de Janeiro, Revan, 2006.

PANSIERI, Flávio. Liberdade como desenvolvimento em Amartya Sen. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, v. 8, n. 15, jul./dez., p. 463-479. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista16/liberdadeFlavio.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

RABUY, Bernadette. KOPF, Daniel. Detaining the poor: How money bail perpetuates an endless cycle of poverty and jail time. 10 mai. 2016. Disponível em: <https://www.prisonpolicy.org/reports/incomejails.html>. Acesso em: 30 out. 2020.

RUGGIERO, Vincenzo. Crimes e Mercados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RUSCHE, G. Il mercato di lavoro e l'esecuzione della pena. Riflessioni per una sociologia della giustizia penale", trad. it. in La Questione criminale, 2, 1976.

SÃO PAULO. Relatório Anual - Prestação de Contas 2018. Ouvidoria da Polícia do Estado de São Paulo. São Paulo: fev. 2019. Disponível em: <ftp.sp.gov.br> > <ftp://ftpouvidoria-policia> > Anual2018. Acesso em: 5 nov. 2020.

SILVA, Raíssa Zago Leite da. Labelling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização. Revista

Liberdades. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. n. 18, jan./abr. 2015. p. 101-109. Acesso em: 19 nov. 2020.

UNB Ciência. Penas alternativas reduzem reincidência. 12 mar. 2010. Disponível em: <http://unbciencia.unb.br/humanidades/57-direito/301-penas-alternativas-reduzem-reincidencia>. Acesso em: 13 nov. 2020.

VEIGA-NETO, Alfredo. Foucault e a educação. Belo Horizonte: Autêntica, 2003.

WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro; Revan, 2003.

WACQUANT. A tentação penal na Europa. In.: BORDIEU, Pierre (Org.). De l'État social à l'État pénal. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro: Revan, ano 7, n. 11, 2002.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2013 - Homicídios e juventude no Brasil. Secretaria-Geral da Presidência da República. Secretaria Nacional de Juventude. Brasília, 2013. p. 88-90. Disponível em: https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020.

ZACCONE, Orlando. Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no Direito Penal. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2. ed.

CUSTO MARGINAL PRÓXIMO A ZERO: INTERNET DAS COISAS, UMA ANÁLISE AO NOVO PARADIGMA EMERGENTE DO CAPITALISMO

MARGINAL COST NEAR ZERO: INTERNET OF THINGS AN ANALYSIS, OF THE NEW EMERGING PARADIGM OF CAPITALISM

Andrielly Prohmann Chaves Zanella¹, Demetrius Nichele Macei²

Ao mesmo tempo em que o desenvolvimento tecnológico vem permitindo crescentes ganhos de produtividade, os bens e serviços passaram a ser disponibilizados a um custo marginal próximo de zero, facilitando o compartilhamento. A economia, antes baseada em escassez de produtos, está dando lugar à economia da abundância ao mesmo tempo em que o lucro corporativo de alguns setores está começando a diminuir. Como objetivo geral, pretende-se entender o contexto da Economia compartilhada como uma nova forma de produção e consumo. O objetivo do presente artigo é verificar em que medida o custo marginal próximo à zero poderá auxiliar um novo modelo de sociedade, denominado de Sociedade da Informação. Para responder a essa questão de pesquisa, a metodologia utilizou-se da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo. Como método de procedimento, na pesquisa em tela foi utilizado à análise bibliográfica e documental acerca da temática.

Palavras-Chave: Custo Marginal; Capitalismo; Internet das Coisas.

At the same time that technological development has allowed increasing productivity gains, goods and services started to be made available at a marginal cost close to zero, facilitating sharing. The economy, once based on scarcity of products, is giving way to the economy of abundance at the same time that corporate profit in some sectors is starting to decline (Rifkin). As a general objective, it is intended to understand the context of the shared economy as a new form of production and consumption. The objective of this article is to verify to what extent the marginal cost close to zero can help a new model of society, called the Information Society. To answer this research question, the methodology used bibliographical research and the deductive method. As a method of procedure, in the research on screen, bibliographic and documental analysis on the subject was used.

Keywords: Marginal Cost; Capitalism; Internet of Things.

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Pós-graduada em Processo Penal pela FAEL. Especialização em Direitos Humanos e Cidadania pelo programa de Pós-Graduação Stricto Sensu pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Integrante do Grupo de Pesquisa Clínica de Direitos Humanos, vinculados ao curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da UFPR (2019). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6786-5098>. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3678767336872485>.

² Pós-doutorado na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012). Mestre em Direito Econômico e Social (2004) e Especialista em Direito Empresarial (2000), ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). Professor de Direito Tributário na graduação, especialização, mestrado e doutorado na Faculdade de Direito Curitiba (UNICURITIBA), Ex-professor da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2006-2007) e na graduação e especialização da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000-2006/2011-2013). Ocupou os cargos de gerente e diretor jurídico de empresas de grande porte no Brasil e no exterior, nos ramos da Indústria e Auditoria Externa. Realizou Curso de Extensão em Direito Norte-Americano pela Fordham University, em Nova Iorque/EUA (2010). Atuou como titular na Câmara Superior de Recursos Fiscais no CARF/MF (2015-2019) e do Conselho Temático de Assuntos Tributários da Federação das Indústrias do Paraná (FIEP). Atualmente participa como titular do Conselho Fiscal de Companhias listadas na Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), e da Comissão de Direito Tributário da OAB/PR. Conselheiro Certificado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). Advogado em SP e no PR. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7635-3668>. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/8913796337992460>.

INTRODUÇÃO

Os custos marginais são os custos de uma unidade adicional de um bem e serviço após seus custos fixos estarem cobertos. Novo paradigma emergente ao capitalismo, custos mais baixos dos produtos, ganhando mais consumidores, aumentando a produtividade, reduzindo o custo marginal. Segundo Jeremy Rifkin "assistimos já à emergência de uma economia híbrida, composta, por um lado, pelo mercado capitalista e, por outro, pela economia da partilha na comunidade dos bens comuns colaborativos".

Presenciamos contemporaneamente uma evolução constante e veloz dos meios tecnológicos. Novos equipamentos e avanços nos meios de telecomunicação, sobretudo a partir do surgimento da internet que ocasionaram uma revolução nas formas de comunicação e de acesso às fontes de conhecimento e cultura, o que, conseqüentemente, provocou o surgimento de um novo modelo de sociedade, denominado de Sociedade da Informação.

No que diz respeito a paradigmas econômicos, o capitalismo foi bem-sucedido. A Revolução Industrial representou um marco na história da humanidade, transformando as relações sociais, as relações de trabalho, o sistema produtivo e estabeleceu novos padrões de consumo e uso dos recursos naturais.

Muitos pensadores diriam que ainda estamos vivendo a terceira revolução industrial, mas para Klaus Schwab em sua obra A quarta revolução industrial diz que:

Seu escopo é muito mais amplo. Ondas de novas descobertas correm simultaneamente em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. O que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos.

A Quarta Revolução Industrial também chamada de Indústria 4.0 iniciou em meados da década de 2010, engloba um amplo sistema de tecnologias avançadas como inteligência artificial, internet das coisas e computação em nuvem, que estão mudando as formas de produção e os modelos de negócios no Brasil e no mundo.

Para Roblek, Mesko e Krapez, os conceitos da indústria 4.0 envolvem além dos sistemas produtivos, vários outros setores da sociedade, como as cidades inteligentes (Smart City), a digitalização de toda economia, mobilidade urbana, meio ambiente, formas de moradia e governos.

Para o economista Jeremy Rifkin, um verdadeiro salto para uma economia colaborativa, multiparticipativa e, como consequência, um novo modelo econômico que tira o protagonismo do debate

político hoje marcado entre capitalismo e socialismo; uma economia global, baseada na internet das coisas, especialmente na internet das comunicações, do transporte e da energia, "o paradigma capitalista, longamente aceito como o melhor mecanismo para promover uma organização eficiente da atividade econômica".

A tecnologia prega que somos seres fracos e debilitados, por isso precisamos nos aprimorar. Hans Jonas diz que revolução "é uma mudança coletiva nos assuntos humanos, e que é radical, abrangente e de ritmo claramente rápido [...] se refere ao ambiente, ao comportamento e pensamento do homem".

1 A INTERNET DAS COISAS

A Internet das Coisas (do inglês Internet of Things - IoT) emergiu dos avanços de várias áreas como sistemas embarcados, microeletrônica, comunicação e sensoriamento, em poucas palavras, nada mais é que uma extensão da Internet atual, que proporciona aos objetos do dia-a-dia (quaisquer que sejam), mas com capacidade computacional e de comunicação, se conectarem à Internet.

A Quarta revolução industrial tem várias tecnologias, para auxiliar no desenvolvimento e alavancar indústrias intensivas de conhecimento que se beneficiariam da facilidade e da abundância de recursos naturais.

O pesquisador britânico do Massachusetts Institute of Technology (MIT) Kevin Ashton, é considerado o primeiro especialista a usar o termo "Internet das Coisas" (IoT, na sigla em inglês), em 1999, durante uma apresentação sobre tecnologia a executivos da Procter & Gamble.

A grande novidade do século XXI é que essa revolução virtual já atinge a energia e o mundo material, um tripé, formado pela unidade entre a internet das comunicações, a internet da energia e a internet da logística.

Para Rifkin a Internet das Coisas fomentará esse novo sistema, desenvolvendo um paradigma de compartilhamento desde sua base, o que possibilitará o bem-estar geral por meio de redes integradas e de bens comuns colaborativos, os quais substituirão empresas verticalmente integradas no mercado capitalista:

[...] A internet das Coisas (IdC) irá conectar todas as coisas com todo o mundo numa rede global integrada. Pessoas, máquinas, recursos naturais, linhas de produção, hábitos de consumo, fluxos de reciclagem e praticamente todo e qualquer aspecto da vida econômica e social estará conectado via sensores e software a plataforma IdC, alimentando continuamente as empresas, lares, veículos.

Guilherme Ferreira da Costa esclarece sobre a crescente descentralização da sociedade e seus motivos:

O desenvolvimento tecnológico apresentado nas últimas décadas cumpre papel decisivo para que a sociedade continue migrando de um sistema centralizado, pautado em firmas verticalmente integradas e intensivas em capital financeiro, para uma sociedade descentralizada e lateralmente distribuída. Jeremy Rifkin argumenta que os principais momentos disruptivos da sociedade ocorreram com o desenvolvimento de uma nova matriz de comunicação, energia e transporte. Para o autor, o presente século parece reunir ferramentas tecnológicas suficientemente fortes para a consolidação de um novo paradigma".

As redes de objetos inteligentes serão parte de nossas vidas nos próximos anos. Por isso, entender as bases da Internet das Coisas, no que tange seus paradigmas de comunicação e modelos de conectividade é de grande importância. Na Internet das Coisas, os objetos inteligentes estão verdadeiramente conectados à Internet e qualquer usuário da Internet, seja humano ou máquina, poderá ter acesso aos recursos dos objetos inteligentes. A Internet das Coisas é uma evolução e combinação de diversas tecnologias, uma de suas principais características diz respeito à sua capacidade de proporcionar conhecimento sobre o mundo físico, a partir da grande quantidade de dados coletados pelos seus sensores.

Para o alemão Byung-Chul Han, na sociedade digital, o uso da tecnologia, faz com que haja certo tipo de controle sobre a população, uma vez que este tipo de sociedade, tendo como base e conhecendo os dados pessoais de seus indivíduos, consegue e pode controlá-los. Por meio da interdependência que a quarta revolução industrial possui, é possível controlar a liberdade das pessoas. Segundo Han: "a sociedade digital de controle faz uso intensivo da liberdade".

Vivemos na sociedade da transparência, segundo a qual pode utilizar as informações colocadas na internet, para produzir mais informação. A sociedade da transparência possui esse nome porque todos os dados são conhecidos pelo sistema cibernético.

Cada dispositivo, cada técnica de dominação, produz seus próprios objetos de devoção, que são empregados para a submissão, materializando e estabilizando a dominação. Devoto significa submisso. O smartphone é um objeto digital de devoção. Mais ainda, é o objeto de devoção do digital por excelência. Como aparato de subjetivação, funciona como o rosário, e a comparação pode ser estendida ao seu manuseio. Ambos envolvem autocontrole e exame de si. A dominação aumenta sua eficiência na medida em que delega a vigilância a cada um dos indivíduos. O curtir é o amém digital. Quando clicamos nele, subordinamo-nos ao contexto de

dominação. O smartphone não é apenas um aparelho de monitoramento eficaz, mas também um confessor móvel. O Facebook é a igreja ou a sinagoga (que literalmente significa <<assembleia>>) do digital.

As plataformas de redes sociais são websites ou aplicações, permitem que pessoas interajam, criem, compartilhem e troquem informações, com a sensação de liberdade quando estão navegando nesses ambientes, sem se dar conta que a cada foto postada no Instagram geram comentários, cada check-in no Facebook deixa gravado em que lugar o usuário se encontra, cada informação prestada no LinkedIn, compartilha e registra informações a respeito de suas vidas profissionais, bem como detalham seus relacionamentos com empresas e outros tipos de organizações. Sites de hospedagem conseguem definir se o usuário pesquisou alguma cidade ou destino, utilizando-se de informações para "bombardear" propagandas oferecendo pousadas e hotéis em plataformas acessadas por este consumidor posteriormente.

Sobre o aspecto digital destacamos a internet das coisas. Para Rifkin:

[...] a internet das coisas se compõe de uma internet de comunicação, de uma internet da energia e de uma internet da logística que funcionam juntas em um sistema único. [...] Cada uma das três internets permite que as duas outras funcionem. Sem comunicação, impossível gerar atividade econômica, sem energia, impossível criar a informação ou alimentar o transporte, sem logística, impossível fazer avançar a atividade econômica ao longo da cadeia de valor.

A internet das coisas cria sistemas e ferramentas os quais emprestam mais inteligência os objetos para que estes possam conversar entre si e tornar a vida das pessoas mais fácil, transformando informações em conhecimento. Cada vez mais, o mundo físico e o digital se tornam um só, por meio de dispositivos que se comunicam com outros.

BAUWENS estudioso da tecnologia, salienta que a Internet simultaneamente contém elementos do pós-capitalismo. A tecnologia é determinante no que refere à redução do tempo de trabalho e, antes de restringir a crítica ao aspecto do desemprego estrutural, é fundamental considerar o contexto.

David Jacoby sugere dicas para que as pessoas permaneçam seguras em um mundo de dispositivos conectados:

[...] torne a vida do hacker mais difícil. Todos os seus dispositivos devem estar atualizados com todos os últimos updates de segurança e firmware. Isso minimizará o risco de explorar vulnerabilidades conhecidas. Certifique-se de que o nome de usuário e a senha padrão estejam alterados. Esta é a primeira ação de um criminoso

ao tentar mudar e comprometer o seu dispositivo. A maioria dos roteadores e switches em casa tem a opção de configurar sua própria rede para cada dispositivo e também a possibilidade de restringir o acesso ao aparelho - com a ajuda de vários. DMZs diferentes (um segmento de rede separado para sistemas com um maior risco de comprometimento) / VLANs (um mecanismo para alcançar a separação lógica entre as diferentes redes lógicas na mesma rede física).

2 ECONOMIA BASEADA NA COOPERAÇÃO COMUNITARIA

Ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a Constituição Federal, no seu artigo 3º, elenca a sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos e a garantia do desenvolvimento nacional. Há objetivos de diferentes naturezas e, portanto, pressupõe-se uma compatibilização de interesses para alcançá-los.

Ao analisar o tema do desenvolvimento, SALOMÃO FILHO ensina:

O desenvolvimento, antes de um valor de crescimento, ou mesmo um grupo de instituições que possibilitem determinado resultar, é um processo de autoconhecimento da sociedade. Nesse processo a sociedade passa a descobrir seus próprios vetores aplicados ao campo econômico. As sociedades desenvolvidas sob essa visão são aquelas que bem conhecem suas próprias preferências. Portanto, dar privilégio aos valores não significa substituir o determinismo de resultados da teoria econômica por um determinismo de valores pré-estabelecidos. Significa, isso sim, dar prevalência à discussão sobre as formas específicas para cada sociedade de autoconhecimento e auto definição das instituições e valores mais apropriados ao seu desenvolvimento econômico-social.

A Internet das Coisas consiste na primeira revolução de infraestrutura inteligente da história, que irá conectar cada equipamento, empresa, residência e veículo em uma rede inteligente composta pela Internet das Comunicações, a Internet da Energia e a Internet do Transporte, todas embutidas em um único sistema operacional. Rifkin chega a dizer que a produção de massas dará lugar à produção pelas massas, numa espécie de recuperação dos ideais ghandianos de autoprodução e independência, mas sob condições técnicas que permitem competir com o que, até aqui, só era possível em virtude da grande indústria e da gigantesca concentração de poder que lhe é correlativa.

A ordem econômica e financeira, igualmente, pressupõe a harmonia entre direitos de variadas ordens, como a livre iniciativa e a livre concorrência, a par da função social da propriedade e da defesa do meio

ambiente e do consumidor, na linha do desenvolvimento sustentável.

A economia criativa, as redes de colaboração, a economia solidária, o princípio do compartilhar e outras iniciativas trazem sem dúvida vento fresco ao opressivo sistema corporativo que nos empurra em correrias incessantes para ter mais dinheiro para comprar mais coisas que teremos cada vez menos tempo ou paciência para apreciar (SUNDARARAJAN, 2018)

De acordo com ELKINGTON, autor da teoria Triple Bottom Line, a sustentabilidade deve abarcar o prisma ambiental, mas também as perspectivas econômica e social, todos intimamente interligados, implicando uma redefinição radical das novas visões de igualdade social, justiça ambiental e ética empresarial.

Guilherme Ferreira da Costa esclarece sobre a crescente descentralização da sociedade e seus motivos:

O desenvolvimento tecnológico apresentado nas últimas décadas cumpre papel decisivo para que a sociedade continue migrando de um sistema centralizado, pautado em firmas verticalmente integradas e intensivas em capital financeiro, para uma sociedade descentralizada e lateralmente distribuída. Jeremy Rifkin argumenta que os principais momentos disruptivos da sociedade ocorreram com o desenvolvimento de uma nova matriz de comunicação, energia e transporte. Para o autor, o presente século parece reunir ferramentas tecnológicas suficientemente fortes para a consolidação de um novo paradigma. (2017, p. 19).

A era da Internet permitiu o retorno à ideia de compartilhamento, que remonta às antigas comunidades, entretanto, sob uma perspectiva um tanto ampliada.

Nessa linha, BOTSMAN e ROGERS propõem:

Estamos começando a sair do transe do consumo em que vivemos nos últimos cinquenta anos. No cerne desta transformação estão dois fenômenos que se entrelaçam. O primeiro é uma mudança de valores. O consumidor está cada vez mais consciente de que o crescimento finito e o consumo baseado em recursos infinitos não são uma combinação viável. Consequentemente, estamos encontrando maneiras de tirar mais daquilo que compramos e, principalmente, daquilo que não compramos. Ao mesmo tempo, estamos começando a reconhecer que a busca constante por coisas materiais ocorreu em detrimento do empobrecimento de relacionamentos com amigos, família, vizinhos e o planeta. Esta percepção está causando um desejo de recriar comunidades mais sólidas novamente.

Segundo Aristóteles no livro a Política diz que: "toda cidade é um tipo de associação, e toda associação

é estabelecida tendo em vista algum bem". (ARISTÓTELES, 2001, pp. 53-56). A sociedade esta cada vez mais criativa e sustentável o desenvolvimento necessário para a melhoria de vida da sociedade, tarefa na qual a tecnologia pode contribuir decisivamente, mormente por meio do que se convencionou chamar de Internet das Coisas.

A Internet das Coisas veio para conectar o smartphone a tudo que antes se perdia tempo e como muitos dizem que tempo é dinheiro. Atualmente a escolha da música, o transporte, os pagamentos de boletos, compras em supermercado, farmácia, roupas, sapatos e até objetos de decoração são feitos em um toque, por aplicativos como Spotify, Uber, Samsung Smart Things, Positivo Casa Inteligente e até Ifood. Com a Alexa, que funciona por meio do machine learning (aprendizado de máquina) e é capaz de assimilar textos ou comandos de voz, a um toque o comando de TVs, lâmpadas, ar condicionado, portas, tomadas e muito mais, a um pedido de distância. Como já previa Rifkin em 2016:

A IoT promete conectar campos de agricultura, linhas de produção fabril, lojas de varejos, armazéns, veículos autônomos, casas inteligentes, e diversos outros bens e setores que obteriam maior eficiência - reduzindo desperdício, perdas e custos - através da maior capacidade de monitoramento e integração.

Com a internet da energia, permite que o consumidor se transforme em um vendedor de energia, possibilita que o usuário gere sua própria energia a partir de fontes renováveis e vender o excesso para a empresa de geração e distribuição. Na economia baseada na cooperação comunitária os principais trunfos são alimentos, água e as mudanças climáticas, "a produção de energia elétrica de maneira doméstica, tendo como fonte geradora o sol, terá custo marginal próximo a zero já em 2030".

Em meio à pandemia instaurada pelo mundo (SARS-CoV-2), com o isolamento, a educação passou ao custo marginal próximo a zero. Salas de aula física que antes ficavam lotadas e com capacidade atingível, agora são salas virtuais, onde milhares de pessoas assistem aulas em tempo real ou ainda aulas gravadas possibilitando ser assistidas a qualquer hora. Os cursos on line e massivos aparecem para ficar, iniciando o declínio da sala de aula física. A ascensão do prosumidor e a expansão da economia inteligente;

Dentro das próximas duas ou três décadas, os prosumidores nas amplas redes continental e global estarão produzindo e compartilhando energia renovável assim como bens físicos e serviços, e estudando em salas de aulas virtuais a um custo marginal muito baixo, levando a economia para uma era de bens e serviços praticamente gratuitos.

E complementa Rifkin:

O antigo paradigma de proprietários e trabalhadores, de vendedores e consumidores, está começando a ruir. Os consumidores estão se tornando seus próprios produtores, eliminando a distinção. Os prosumidores serão cada vez mais capazes de produzir, consumir e compartilhar seus próprios bens e serviços entre si a custo marginal decrescente, criando novas maneiras de organizar a vida econômica em substituição ao modelo capitalista tradicional.

Com o colapso global da economia, fez com que centenas de milhões de pessoas se vissem inundadas em coisas que mal usavam e em dívidas para financiá-las, e o questionamento coletivo sobre as razões que os levavam a acumular mais e mais bens, sem acrescentar no seu senso de felicidade e bem-estar. Com as mudanças climáticas trouxe o questionamento de "será que essa riqueza irá passar para os filhos e netos desses indivíduos como um ônus de uma dívida ambiental ainda maior que talvez nunca fosse paga?"

A ideia de comprar menos, economizar mais e compartilhar o que se tinha com os outros, iniciou se o movimento de novos prosumidores (produtores e consumidores) que colaboram e compartilham bens e serviços em comunidades globalmente distribuídas e conectadas em rede a um custo marginal próximo de zero, causando transtorno no fundamento dos mercados capitalistas e substituindo pela economia de compartilhamento.

Nota-se que uma revolução tecnológica está em curso e impactará variados setores da sociedade. Estudos divulgados recentemente estimam que, no ano de 2025, a Internet das Coisas poderá alcançar um impacto econômico em torno de U\$11,1 trilhões, equivalente a onze por cento da economia global, sendo que, no ano de 2050, serão cinquenta bilhões de objetos conectados à Internet. Com isso, para RIFKIN, "até mesmo o trabalhador do conhecimento é dispensável" e complementa: "se o motor a vapor libertou o homem da servidão feudal para buscarem seus próprios interesses no mercado capitalista, a IOT libera os homens da economia de mercado para buscarem interesses imateriais compartilhados na sociedade colaborativa".

CONCLUSÃO

A Internet das Coisas representa uma revolução tecnológica sem precedentes e, em que pese existirem inseguranças e implicações de variadas ordens no desenvolvimento, é inegável que a tecnologia tem se desenvolvido de maneira exponencial.

O estudo da economia do compartilhamento indica alterações significativas na sociedade, na forma como produz e consome bens. Apresenta a mudança do

padrão de capital financeiro para o capital social, demonstra uma escala lateral ao invés de vertical, gerindo bens comuns ao invés do mecanismo estritamente capitalista da propriedade privada. Mostrando preocupações ambientais, refletindo sobre questões sociais e econômicas.

Observa-se a mudança dos hábitos de consumo, o que antes era propriedade privada agora dá lugar ao compartilhamento. O que antes era consumo desenfreado passa ao consumo consciente, chamado de minimalismo. O imóvel e carro próprio dá lugar ao Airbnb e ao carro de aplicativo (Uber), o shopping dá lugar aos brechós de luxo, livros que abarrotavam as estantes e prateleiras hoje cabem dentro do kindle, além de ser altamente sustentável economiza espaço, e com isso a economia dá lugar ao benefício financeiro. Com energia renovável, com instituições gratuitas de ensino ou com custo marginal próximo a zero, com a cooperação comunitária, o mercado capitalista perderá seu domínio com o crescimento da atividade econômica colaborativa.

Segundo Rifkin, o custo marginal e o compartilhamento é a evolução do capitalismo, os direitos de propriedade perdem força e a noção convencional de escassez econômica dá lugar à possibilidade de abundância à medida que setores inteiros da economia ingressam na web com custo marginal zero será o "triunfo máximo do capitalismo".

Porém a pergunta que fica como sugestão de novas pesquisas é com a evolução do capitalismo, com a economia de compartilhamento como ficarão os futuros empregos? As inovações tecnológicas que reduzem o custo marginal também afetam o trabalho, através da "substituição da mão de obra humana". Mesmo a ideia de especialista está ameaçada: a esperada evolução dos algoritmos poderia, no futuro, ameaçar até a profissão de médico, já que seria possível obter um diagnóstico confiável pela Internet ou advogados e juizes. Na nova revolução tecnológica, nada é mais democrático, igualitário e empoderador ao cidadão do que dar-lhe a opção de compartilhar, comprar, criticar, produzir e criar. A sociedade mundial está produzindo a própria informação e compartilhando-a por meio de vídeos, áudios e texto por um custo marginal próximo de zero.

Sem lucro, entretanto com benefícios sociais, com a economia baseada na cooperação comunitária, os serviços como saúde, organizações ambientais serão motivados por algoritmos e Big Data? A internet das coisas inevitavelmente será usada para auxiliar a administração pública a ampliar e melhorar suas políticas públicas acarretará na necessidade de investimentos em larga escala para a prestação de serviços por meio dessa tecnologia, entretanto as aquisições podem representar economia e redução de gastos para os municípios, Estados e União.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Política. Tradução Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BARROS, Maria Vitória. Big Data e a Internet das Coisas. In: Markets ST, S/L, n.14, p. 20, setembro 2016.

BAUWENS, Michel; KOSTAVIS, Vasilis. Network Society and Future Scenarios for a Collaborative Economy. Nova York: Palgrave Macmillan. 2014.

BOTSMAN, R. & ROGERS, R. O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo. Porto Alegre: Bookman, 2010.

ELKINGTON, John. Canibais com garfo e faca. Tradução Patrícia Martins Ramalho. São Paulo: Makron Books, 2001.

COSTA, Guilherme Ferreira da. Economia Compartilhada: Um novo paradigma? Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/4916/1/GUILHERME%20COSTA%20-%20MONOGRAFIA%20-%202009-05-17.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022

GREENGARD, Samuel. The Internet Of Things. Massachusetts Institute of Technology. 2015.

HAN, Byung-Chul. Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Trad. Maurício Liesen. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2018.

INSTITUTO BUTANTAN. Qual a diferença entre SARS-CoV-2 e Covid-19? Prevalência e incidência são a mesma coisa? E mortalidade e letalidade? 2021. Disponível em: <https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/qual-a-diferenca-entre-sars-cov-2-e-covid-19-prevalencia-e-incidencia-sao-a-mesma-coisa-e-mortalidade-e-letalidade>. Acesso em: 11 jan. 2021

JACOBY, David. Hackers avançam na Internet das Coisas - Smart TVs viram alvo. 2009. Disponível em: <http://convergenciadigital.uol.com.br>. Acesso em: 26 dez. 2021.

JONAS, Hans. Ensaio Filosófico: da crença antiga ao homem tecnológico. Tradução de Wendell Evangelista Soares Lopes. São Paulo: Paulus, 2017.

LUC, Ferry. A revolução transumanista. Barueri: Manole, 2018.

MAGALHÃES, R.; Vendramini, A. Os Impactos da Quarta Revolução Industrial. GVExecutivo, V. 17, n. 1, jan/fev

2018, p. 40-43. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/viewFile/74093/71080> Acesso em: 11 jan. 2022

VIOMUNDO. Internet das coisas: Até o mau humor terá valor de mercado. Disponível em: <https://www.viomundo.com.br/voce-escreve/115875.html> Acesso em: 10 jan. 2022.

RIFKIN, Jeremy. Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo. trad. Monica Rosemberg. São Paulo: M.Books, 2016/2014.

Roblek, V., Mesko, M. & Krapez, A. A Complex View of Industry 4.0. SageOpen, April-June 2016, 6(2). Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2158244016653987>. Acesso em: 10 jan. 2022;

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento: novos temas. São Paulo: Malheiros, 2012.

SCHWAB, Claus. A quarta revolução industrial. 2016, p.19. Disponível em: <https://experienceclub.com.br/a-quarta-revolucao-industrial/> Acesso em: 10 jan. 2021.

SUNDARARAJAN, Arun. Economia compartilhada: o fim do emprego e a ascensão do capitalismo de multidão. In: Dowbor.org. 2018. Disponível em: <https://dowbor.org/2019/01/arun-sundararajan-economia-compartilhada-o-fim-do-emprego-e-a-ascensao-do-capitalismo-de-multidao-senac-sao-paulo-2018-301p-isbn-978-85-396-2377-8-e-isbn-978-85-396-2378-5.html>. Acesso em: 10 jan. 2022.

WACHOWICZ, Marcos. Direito fundamental do autor: tensão constitucional entre a propriedade intelectual e o direito à liberdade de informação dos bens informáticos. Anais do V Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2008.

MEDIAÇÃO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E ARGENTINA

MEDIATION: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND ARGENTINA

Valeska Vendramin Guimarães¹, Edison França Lange Junior², José Laurindo de Souza Netto³

O objetivo deste artigo consiste em abordar o instituto da mediação através de uma perspectiva envolvendo o direito comparado entre Brasil e Argentina. Por conclusão, tem-se que o Brasil tem buscado, nos últimos anos, aprimorar os meios consensuais de resolução de conflitos, destacando-se, nesse sentido, a Resolução 125 do CNJ, o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei 13.140/2015 (Lei da mediação). Na Argentina, com quase vinte e quatro anos institucionalizada, a mediação desenvolveu-se inicialmente na província autônoma de Buenos Aires, posteriormente se expandindo a todo território nacional, ressaltando-se a vigência da Lei 24.573/1995, posteriormente atualizada pela Lei 26.589/2010. Para a realização do trabalho foi utilizado o método dedutivo, servindo-se de ampla pesquisa bibliográfica sobre o tema.

Palavras-Chave: Mediação; Autocomposição; Brasil; Argentina; Direito comparado.

The purpose of this article is to approach the institute of mediation through a perspective involving comparative law between Brazil and Argentina. In conclusion, Brazil has sought, in recent years, to improve consensual means of conflict resolution, highlighting, in this sense, Resolution 125 of the CNJ, the Civil Procedure Code of 2015 and Law 13.140/ 2015 (Mediation Law). In Argentina, with almost twenty-four years institutionalized, mediation was initially developed in the autonomous province of Buenos Aires, later expanding to the entire national territory, highlighting the validity of Law 24.573/1995, later updated by Law 26.589/2010. To carry out the work, the deductive method was used, using extensive bibliographic research on the subject.

Keywords: Mediation; Autocomposition; Brazil; Argentina; Comparative law.

¹ Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Professora do Curso de Direito da UNIGRAN. E-mail: valeska.vilella@unigran.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0509-0418>. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7557122629439503>

² Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Professor do Curso de Direito da UNIGRAN. E-mail: edison.lange@unigran.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6874-7827>. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/5895151935013407>.

³ Doutor e Mestre pela UFPR. Estágio de Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil – CONSEPRE. E-mail: jln@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>.

INTRODUÇÃO

A mediação é de método autocompositivo de resolução de conflitos por meio do qual as partes em litígio são auxiliadas por um terceiro neutro e imparcial, o mediador, considerando que elas próprias sejam capazes chegar a uma solução pertinente para a disputa em que estão envolvidas.

Destarte, trata-se de um processo voluntário de restabelecimento de laços sociais, de prevenção e de resolução de conflitos através de uma comunicação ética.

Nessa ótica, percebe-se que não se restringe a uma tentativa de redução dos processos judiciais, mas trata-se de modelo fundado em perspectiva sistêmica, em que a comunicação tem produção própria e o mediador torna visível o não dito, restaurando os laços comunicativos entre as partes.

Consiste em extensão dialogal, na qual o mediador opera com vocabulário e gestos não impetuosos nos âmbitos cognitivo, emocional e relacional, obedecendo o tempo da fala de cada uma das partes.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução n.º 125 de 2010, instituiu a mediação e a conciliação como práticas restaurativas de resolução de conflitos, com destaque para a figura do mediador. Em 2015, com a Lei de Mediação, baseada na resolução do CNJ, e o Código de Processo Civil, as práticas autocompositivas no âmbito jurídico brasileiro foram ainda mais estimuladas.

Embora o legislador dê a chance de as partes se manifestarem desejo quanto à realização da audiência inaugural de mediação, ou conciliação, a priori, fala-se no caráter obrigatório do método de resolução de conflitos, quando já instaurado processo judicial.

Por outro lado, no direito argentino, a mediação se perfaz há quase vinte e quatro anos. A Argentina adotou, em 1996, a mediação obrigatória, fazendo com que esta deixasse de ser apenas uma opção para as partes e começasse a ser requisito de procedibilidade para a demanda judicial.

Desta forma, a partir de revisão bibliográfica, o artigo explora a identificação dos motivos que ensejam a mediação, sua operacionalização, a inserção no corpo social e as consequências respectivas.

Nesse contexto, também, aborda alguns breves aspectos do direito argentino, analisando o contexto interno e o modelo aplicado, primacialmente, o caráter de obrigatoriedade, que é profícuo, diante do intuito de modificação da cultura da sociedade brasileira, para que se tenha mais diálogo e menos resoluções de lides pela atividade típica desempenhada pelo magistrado.

A pesquisa será desenvolvida, sobretudo, por meio de emprego de revisão bibliográfica, onde serão

analisadas resoluções, leis e normas, e pelo método comparativo, ao permitir o diálogo entre duas legislações distintas quanto à mediação.

1 A EXPANSÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o processo passou a ter contornos capazes de alavancar modelos mais humanizados de resolução de conflitos.

Não obstante a indeclinabilidade da atividade jurisdicional, faz-se necessária a implantação de meios adequados de resolução de conflitos. Permite-se, com isso, garantir efetividade, eficiência, celeridade e justiça, buscando, assim, desmistificar e afastar do jurisdicionado brasileiro a cultura do litígio.

A despeito da atuação do Poder Judiciário, o processo deve se apresentar como *ultima ratio* a fim de garantir a pacificação social. Ademais, no processo enquanto modelo heterocompositivo, reserva-se ao juiz o poder decisório quando a lide exigir a atividade cognitiva jurisdicional ou não admitir a autocomposição. Sábias são as palavras do jurista baiano Didier Júnior (2015, p. 280) sobre a importância da autocomposição:

(...) a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no Judiciário ou como técnica de aceleração dos processos. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos: o incentivo à participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autoregramento.

Pensando em romper com o modelo da cultura do litígio, o Código de Processo Civil de 2015, nos termos do art. 3º, § 2º, incorporou a necessária promoção pelo Estado da solução consensual dos conflitos.

Em várias passagens do CPC/2015, o legislador se preocupou em estimular a autocomposição. À exemplo desta tendência, foi dedicado um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165 ao 175). Os arts. 334 e 695, versam sobre o procedimento de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa; admissão da homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III e art. 725, VIII); permissão de acordo judicial de matéria estranha ao objeto do litígio (art. 515, § 2º); previsão de acordos processuais atípicos (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 165-166).

Ademais, cada um dos tribunais irá criar um centro judiciário de solução consensual de conflitos (CEJUSCs) responsável pelas sessões e audiências de mediação (art. 165, CPC). A audiência deve ser conduzida por mediador e, em caráter excepcional, pelo juiz (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 624).

A propósito, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 125/2010, já vinha incentivando a adoção de uma política de meios adequados de solução de conflitos, tendo em vista a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais.

Paralelo ao CPC/2015, no Brasil, nasce a Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

O parágrafo único do artigo 1º da Lei supramencionada estabelece que a mediação é “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

No artigo 9º da mesma Lei, o mediador extrajudicial pode ser:

(...) qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Já, o mediador judicial, nos termos do art. 10 da Lei, deve ser:

pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores. Também deve ser reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Diferentemente da mediação extrajudicial, que permite a escolha do mediador pelos interessados, nos termos do art. 25 da Lei 13.140/2015, o mediador judicial não se sujeita à prévia aceitação das partes.

Destaca-se a figura do mediador, terceiro imparcial, que na forma do § 3º do art. 165 do CPC “atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes (...) de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”.

Segundo disposição expressa do art. 166 do CPC, a mediação é informada pelos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada.

Tais princípios encerram verdadeiros deveres do mediador, ora prevendo garantias, já que a sua

independência é necessária para o bom andamento do procedimento; ora objetivos a serem alcançados, através de regramentos a ele impostos (MEDINA, 2016, p. 320).

Medina (2016, p. 321) destaca os graus diferentes de importância, bem como as consequências processuais da não observância de tais princípios:

(...) o desrespeito à autonomia de vontade das partes pode levar à invalidação da composição obtida com a conciliação ou mediação (caso, p. ex., se demonstre que houve coação); o dever de sigilo, de um lado, impede que conciliador e mediador sejam testemunhas, de outro, caso descumprido, pode levar à responsabilização civil do conciliador ou mediador, por perdas e danos.

De acordo com o art. 167 do diploma processual civil, para atuar como auxiliar da justiça, o mediador deve estar inscrito em cadastro nacional e do Tribunal de Justiça, ou de Tribunal Regional Federal.

Passando à análise do processo judicial, nos termos do art. 319 c/c a primeira parte do § 5º do art. 334, ambos do CPC, o autor deverá indicar na petição inicial a opção pela realização ou não da audiência de mediação.

Já, o réu, nos termos da segunda parte do art. 334 do CPC, deverá manifestar o desinteresse na autocomposição por petição, que deve ser apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

Se autor e réu demonstrarem desinteresse pela realização da audiência, não será ela realizada, nos termos do inciso I do § 4º, do art. 334 do CPC.

Realizada a audiência, restando frutífera a autocomposição, será reduzida a termo e homologada por sentença, formando título executivo judicial, passível de cumprimento de sentença (arts. 334, § 11 c/c art. 515, inciso II, ambos do CPC).

Nota-se que, no Brasil, a mediação torna-se obrigatória se, uma vez instaurado o litígio, uma das partes inclinar interesse pela tentativa de autocomposição.

Não obstante, a cultura do litígio foi responsável pelo judicialização crescente dos conflitos, com sobrecarga do Judiciário e gastos exorbitantes. Apesar disso, o país ainda tem muito que evoluir para chegar a patamares satisfatórios de controle de resolução de conflitos, avançando na cultura do consenso.

2 A MEDIAÇÃO NA ARGENTINA

Na Argentina, o método de resolução de conflitos através da mediação desenvolveu-se em razão do colapso de seu sistema judicial (PELEJA JÚNIOR, 2019, p. 109). Em 1991, o Ministério da Justiça da Argentina apresenta a Resolução 279, designando uma

comissão de mediadores, imbuídos de elaborar um programa de mediação de abrangência nacional (ALMEIDA, RIBEIRO, 2019, p. 230). No ano seguinte, através do Decreto Presidencial 1480, foi criado o Plan Nacional de Mediación, sendo estabelecido um cuerpo de mediadores, funcionando dentro do Ministerio de Justicia, com o objetivo de auxiliar na formulação de projetos legislativos voltados ao desenvolvimento da mediação.

Após sucessivas discussões, foi aprovada e sancionada a Lei 24.573 de 04/12/1995, que instituiu "con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio" (artículo 1º). Além de estabelecer uma série de prazos e procedimientos, previu que "las actuaciones serán confidenciales" (artículo 11). Havendo acordo, os termos serão lavrados em ata e, em caso de descumprimento, "lo acordado podrá ejecutarse ante el juez designado, mediante el procedimiento de ejecución de sentencia regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación". A qualificação exigida para ser mediador chama atenção, na medida em que é necessário "poseer título de abogado" (artículo 16). A aplicação da lei efetivou-se na província autônoma de Buenos Aires, vigorando por aproximadamente quatorze anos, sem sofrer modificações (ALMEIDA, RIBEIRO, 2019, p. 231).

O mediador deve ser registrado no Ministério da Justiça da Argentina e intervém no conflito através de sorteio judicial (em caso de mediação pública ou mediación oficial), ou por meio de eleição (quando tratar-se de mediação privada) (ALVAREZ, 2003, p. 4). Para registro do mediador, Alvarez (2003, p. 3) esclarece que "los efectos de esta ley, el mediador debe ser abogado con dos años de antigüedad en el título, tener cumplida la capacitación (curso introductorio, 40 horas de entrenamiento y 20 de pasantía de observación)".

A Lei 24.573, em seu artigo 30, propõe uma experiência de cinco anos, prorrogáveis por várias vezes, realizando-se diversas adequações ao longo dos anos (ALMEIDA, RIBEIRO, 2019, p. 231).

Superada a fase experimental, é aprovada a Lei 26.589/10, de Mediación y Conciliación, promulgada em 03/05/2010, através do Decreto Presidencial n. 619/2010, e publicada no Boletín Oficial de la República Argentina em 06/05/2010. As disposições normativas foram incorporadas ao Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Preservada a essência da Lei 24.573/95, a Ley de Mediación y Conciliación impôs a mediação prévia como obrigatória e com validade em todo território nacional (ALMEIDA, RIBEIRO, 2019, p. 232-233), conforme verifica-se de seu artigo 1º:

Artículo 1º - Objeto. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

Observa-se que é marcante no direito argentino a obrigatoriedade da mediação prévia. Para a promoção de demandas judiciais, é requisito indispensável que seja acompanhada a ata expedida pelo mediador constando a impossibilidade de acordo. Segundo o art. 2º da Lei 26.589/10: "Al promoverse demanda judicial deberá acompañarse acta expedida y firmada por el mediador interviniente". Entretanto, em seu art. 5º, a lei dispõe sobre demandas em que resta dispensada a obrigatoriedade da mediação prévia:

Art. 5º. Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable em los siguientes casos:

- a) Acciones penales;
- b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;
- c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil;
- d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación;
- e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos;
- f) Medidas cautelares;
- g) Diligencias preliminares y prueba anticipada;
- h) Juicios sucesorios;
- i) Concursos preventivos y quiebras;
- j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512;
- k) Conflictos de competencia de la Justicia del Trabajo;
- l) Procesos voluntarios;
- m) Controversias que versen sobre conflictos en las relaciones de consumo, que queden alcanzadas por el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo.

Ademais, a designação do mediador pode ocorrer de quatro formas possíveis, conforme artigo 16 da Lei 26.589/10: (a) através de acordo entre as partes, que elegem o mediador por acordo escrito; (b) por sorteio, quando o proponente da demanda formalizar um requerimento junto a mesa de entradas del fuero, que promoverá o sorteio do mediador; (c) pela proposta do autor ao réu, momento em que é solicitada a escolha de um dos mediadores indicados em lista apresentada pelo autor; (d) por derivação do juiz, que atua em um processo judicial em tramitação. A designação do mediador será realizada por sorteio, salvo se houve acordo entre as partes indicando um mediador específico.

Por fim, destaca-se que a Lei 26.589/10 modificou os requisitos para ser mediador, senão vejamos:

Artículo 11. - Requisitos para ser mediador. Los mediadores deberán reunir los siguientes requisitos:

- a) Título de abogado con tres (3) años de antigüedad en la matrícula;
- b) Acreditar la capacitación que exija la reglamentación;
- c) Aprobar un examen de idoneidad;
- d) Contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Mediación;
- e) Cumplir con las demás exigencias que se establezcan reglamentariamente.

Em geral, não houve grandes mudanças na essência da mediação com a entrada em vigor da Lei 26.589/10, mas um aperfeiçoamento do instituto, de forma bastante pontual. Foi mantida a confidencialidade (art. 8º da Lei 26.589/10), bem como a executoriedade do instrumento de acordo (art. 30 da Lei 26.589/10).

Com a nova lei, o advogado precisa ter ao menos três anos de inscrição, enquanto a lei anterior exigia apenas dois anos. Cumpre observar, ainda, que os princípios que regem o procedimento, segundo o art. 7º da Lei 26.589/10, são os seguintes:

- a) Imparcialidad del mediador en relación a los intereses de las partes intervinientes en el proceso de mediación prejudicial obligatoria;
- b) Libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación;
- c) Igualdad de las partes en el procedimiento de mediación;
- d) Consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes;
- e) Confidencialidad respecto de la información divulgada por las partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria;
- f) Promoción de la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto;
- g) Celeridad del procedimiento en función del avance de las negociaciones y cumplimiento del término fijado, si se hubiere establecido;
- h) Conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

Por fim, destaca-se que a mediação na Argentina, mormente, em Buenos Aires, geralmente, ocorre fora das dependências do Poder Judiciário, em locais como Dirección Nacional de Mediación y Promoción de Métodos Participativos de Resolución de Conflictos, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Direitos Humanos do Poder Executivo Federal argentino, e o Consultorio Jurídico Gratuito, vinculado à Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires (UBA) -

Departamento de Práctica Profesional (assistência jurídica gratuita) (BAPTISTA, MELLO, FILPO, BORZINO, 2016, p. 80).

CONCLUSÃO

A mediação é método de resolução consensual de conflitos em que o diálogo entre as partes é facilitado e estimulado por meio do trabalho do mediador.

Através da análise da mediação no Brasil e na Argentina, torna-se possível traçar um paralelo de sua aplicação nos dois países sul-americanos, objetivo desta pesquisa.

Em geral, os princípios gerais do instituto da mediação, a técnica, bem como a confidencialidade, são pontos comuns entre os dois países. Entretanto, existem diferenças significativas na forma de aplicação.

O primeiro ponto a ser destacado é a obrigatoriedade da mediação. No Brasil, tanto a parte autora como a parte ré, podem manifestar desinteresse na mediação. Na Argentina, a mediação é obrigatória, salvo raríssimas exceções estabelecidas em lei. Inclusive, para o ajuizamento de uma demanda judicial é necessária a juntada da ata lavrada pelo mediador de que houve, sem sucesso, a tentativa de mediação.

Outra diferença importante envolve a formação dos mediadores. No Brasil, para ser mediador judicial, a Lei 13.140/15, em seu art. 11, exige graduação há pelo menos dois anos em (qualquer) curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação. Já, na Argentina, o mediador deve ser advogado com no mínimo três anos de inscrição. Assim, a exigência quanto a qualificação dos mediadores é maior na mediação argentina, propiciando uma autocomposição de melhor qualidade e efetividade. Além disso, o fato de os mediadores argentinos serem advogados, permite que compreendam com maior profundidade as questões jurídicas envolvidas na demanda e possam atuar de forma a prestar melhor auxílio às partes em conflito.

O ambiente em que se realiza a mediação é outro ponto que chama atenção. Enquanto no Brasil a mediação ocorre, em geral, em um ambiente dentro da estrutura do Poder Judiciário, nos conhecidos CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos), situados nas dependências dos fóruns, na Argentina, a mediação ocorre fora do clima litigioso que existe dentro dos prédios da justiça. Na mediação argentina, o ambiente dos centros de mediación são especialmente propícios para criar um clima mais favorável à conciliação.

Assim, a Argentina tem obtido bons resultados em relação a mudança da cultura do litígio para a da conciliação. A absorção da experiência de décadas do país vizinho pode colaborar para o desenvolvimento do

instituto da mediação no Brasil que, embora tenha se desenvolvido nos últimos anos, ainda está muito aquém das necessidades do país, que atualmente possui um sistema judicial demasiadamente sobrecarregado, tornando o processo pouco célere e bastante ineficiente.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Gladys Stella. Los métodos alternativos de solución de conflictos en los procesos judiciales: experiencias argentinas. Centro de Estudios de Justicia de Las Americas, 2003. Disponível em: https://ceja.cl/bitstream/handle/2015/4085/arg_marc_alvarez.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 dez. 2020.

ARGENTINA. Decreto 1480 de 19/08/1992. Declárase de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/5000-9999/9899/norma.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020.

ARGENTINA. Ley 24.573 de 04/10/1995. Mediación y Conciliación. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020.

ALMEIDA, Lucas Alves.; RIBEIRO, Mariana Cesco. Mediação: uma perspectiva comparada Argentina – Brasil. Novos rumos do processo civil. In: BERTONCINI, Carla; ESTEVÃO, Roberto da Freiria; MARCATO, Gisele Caversan Beltrami (org.). 1. ed. Jacarezinho, PR: UENP, 2019. (Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito).

BAPTISTA, Bárbara Lupetti; MELLO, Kátia; FILPO, Klever; BORIZINO, Thais. Fronteiras entre judicialidade e não judicialidade: percepções e contrastes entre a mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires. Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas. v. 10, n. 1, 2016.

BRASIL. CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 125 de 29 de nov. 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 dez. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 14 dez. 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

FOGAÇA. Anderson Ricardo; GARCEL. Adriane; SOUZA NETTO. José Laurindo. As Audiências De Conciliação E Mediação Nos Conflitos Envolvendo a Fazenda Pública. Revista Digital De Direito Administrativo, v. 7, n. 2, p. 252-268. ISSN-L: 2319-0558 – Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/166599>. Acesso em: 14 fev. 2021. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v7i2p252-268>.

KFOURI NETO. Miguel; GARCEL. Adriane. SOUZA NETTO. José Laurindo de. O Direito de Acesso A Tribunal, à Mediação e à Arbitragem na Convenção Americana de Direitos Humanos. Revista direito UFMS. Campo Grande, MS, v. 5, n. 2, p. 207-225, jul. / dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9677>. Acesso em: 16 fev.2021.

MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NETTO, José Laurindo De Souza et al. O processo civil constitucional e os efeitos do princípio da cooperação na resolução de conflitos. Revista Jurídica – UNICURITIBA, Curitiba, v. 2, n. 59, p. 576 – 600, set. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4411/371372652>. Acesso em: 16 fev. 2021. doi: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i59.4411>.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. O renascimento da conciliação e da mediação com valores-vetores do judiciário: algumas considerações e uma proposta. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS, Edição Digital. Porto Alegre – RS. v. XIV, n. 2, 2019.

SOUZA NETTO, Jose Laurindo; MONTESCIO, Horácio; GARCEL, Adriane. A Mediação Judicial como instrumento efetivo no processamento e julgamento dos processos de recuperação e insolvência empresarial. Administração de Empresas em Revista, Curitiba, v.2, n. 16, 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/4047revista.unicuritiba.edu.br/inde>

x.php/admrevista/article/view/4037/371372353. Acesso em: 20 nov. 2020.

TEXTOS DE OPINIÃO

O AGIR PRODUTIVAMENTE

"Dos registros da 2a. Guerra Mundial ficou um episódio tocante, que ilustra, com bastante intensidade, o conceito de agir produtivamente. Um dos navios da frota americana havia sido atingindo um torpedo e naufragava lentamente. Num dos compartimentos, pouco acima do nível da água, quatro homens ficaram encerrados, com a porta completamente bloqueada por destroços provocados pela explosão.

Saída impossível. Dos quatro, um, com ferimentos na cabeça, estava semi-inconsciente e dois outros, bastante feridos nos braços e pernas, semi-imobilizados. Somente o outro deles, cujo nome a marinha dos Estados Unidos guardou, Sargento Smith, estava ileso. Pensando rapidamente, ele verificou que se conseguisse arrancar o caixilho da escotilha poderia obter uma passagem para o exterior do navio.

Imediatamente, usando um pedaço de ferro que havia se rompido na explosão, começou a quebrar o caixilho. Era um homem grande e forte, com 1,90 m de altura e quase 100 kg de peso. Depois de algum tempo, que para os demais pareceu uma eternidade, conseguiu aumentar a abertura a ponto de tornar possível a passagem de uma pessoa. Com muita dificuldade os três feridos foram empurrados para fora e conseguiram ser resgatados por um dos botes salva-vidas.

De lá, aguardando pelo sargento que não aparecia, gritavam desesperadamente: "Saia rápido daí sargento. Venha, venha." "Mas a dura realidade era que o sargento Smith, por ser demasiado grande, não poderia passar pela estreita abertura e sabia disso de antemão. Finalmente, aparecendo na escotilha, ele despediu-se dos amigos com uma frase que expressava toda a sua filosofia de vida: "Na guerra, devemos estar preparados para morrer matando. Fico feliz de poder morrer salvando". Foi condecorado como herói "post-mortem".

Agir produtivamente é um conceito de relacionamento com o mundo. Poder-se-ia dizer que é uma forma de agir que nasce na alma e é posta em prática seguindo os ditames da busca do bem. O bem é aqui entendido como a ação de alguém realizar o seu potencial visando não só ao próprio crescimento como também ao daqueles com quem se relaciona.

A atividade produtiva é então definida como o exercício do desenvolvimento das capacidades de cada indivíduo, de acordo com sua natureza e constituição, abrangendo reações mentais, emocionais e sensoriais favoráveis com relação aos outros e a si mesmo. Ela se exerce através da razão, do amor e do trabalho produtivo.

Ser guiado pela razão significa conhecer as próprias forças e definir como e para que usá-las, no relacionamento; para tanto é preciso compreender o mundo intelectualmente. Ser guiado pelo amor significa sentir-se intimamente ligado ao objeto do amor e atuar como agente do crescimento dele, além do

seu próprio; para isso é necessário compreender o mundo emocionalmente. Ser guiado para o trabalho produtivo significa ter uma atitude afirmativa em relação ao mundo; para a sua realização é preciso agir com intensidade, de forma certa e no momento certo.

O termo "produtividade" é geralmente associado a capacidade criadora, particularmente capacidade de criação artística. No entanto, nem todos os artistas são produtivos neste sentido; alguns são meros imitadores. A "produtividade" aqui mencionada não deve tampouco ser confundida com simples "atividade". A atividade é geralmente definida como a modificação de uma situação existente, que envolve gasto de energia física. Essa concepção, no entanto, não leva em conta as condições psíquicas fundamentais que se encontram por detrás da atividade. Uma coisa é realizar algo porque se gosta; outra é realizar a mesma coisa por obrigação.

Um tipo comum de atividade não produtiva, é a reação à ansiedade, consciente ou inconsciente, encontrada como fonte das movimentações frenéticas de certas pessoas, que acreditam dever estar sempre "correndo" para se mostrarem ativas. Como folhas secas levadas pelo vento, não promovem nem o próprio crescimento nem o do próximo, mas não deixam de estar sempre em constante agitação.

Dentre as mais poderosas fontes de atividade improdutivas estão os chamados impulsos irracionais: ambição, cobiça, inveja, ciúme, rancor e também o desejo compulsivo de "aparecer", a necessidade incontrolada de "aparentar produtividade" (aos outros e a si mesmo), etc. A pessoa movida por esses impulsos é compelida a agir, mas suas ações não são livres nem racionais. Ela repete-se a si mesma, tornando-se cada vez mais estereotipada. É ativa, mas não produtiva no sentido aqui adotado. Pode ser capaz de ver as coisas como são, ou como a sua visão diz que são, mas é incapaz de animar interiormente a sua percepção usando seus poderes intelectuais e emocionais. Uma pessoa nessas condições vê perfeitamente os aspectos superficiais dos fatos, mas não é capaz de passar da superfície ao essencial e visualizar o que não está aparente.

O agir produtivo, ao contrário, exige que a pessoa não só procure compreender o mundo como ele é, mas também seja capaz de enriquecê-lo e animá-lo com a sua atuação, buscando influir na realidade de forma favorável. As duas condições; compreender e influir, constituem os dois polos magnéticos antagônicos cuja interação é a fonte da produtividade. A pessoa produtiva, de acordo com este conceito, não precisa produzir nada mais do que o próprio crescimento e dos que a cercam. Ela não tem necessariamente que criar algo visível ou comunicável. Basta ver, sentir e pensar. Só depois irá agir produtivamente.

Mas como é possível compreender o mundo? Pode-se fazê-lo de duas maneiras, conforme já foi dito. Intelectualmente, através da razão, e emocionalmente, através do amor.

A inteligência é o instrumento utilizado para que sejam alcançados objetivos práticos, sem que haja, obrigatoriamente, a preocupação em compreender a essência dos fenômenos. A razão, de outra pane, encerra a dimensão da profundidade. Seu objetivo é penetrar através da superfície, desvendando a essência do relacionamento e procurando seus significados mais profundos. A razão procura, pois, abranger todos os aspectos, não apenas os de importância prática.

Quanto ao amor produtivo, seu conceito é bem diferente de tudo aquilo que comumente se chama amor. Na verdade, é difícil encontrar palavra mais ambígua do que a palavra amor. Ela é empregada para indicar quase todos os sentimentos com exceção do ódio e da aversão. O amor produtivo, contudo, é entendido não só como afeto, mas principalmente como uma atividade cujos elementos básicos são o desvelo, a responsabilidade e o respeito. Desvelo indica que a essência do amor produtivo consiste em trabalhar pelo objeto do amor, fazendo-o crescer; amor produtivo e trabalho são pois coisas inseparáveis. Além disso, o amor produtivo não pode ser dissociado de responsabilidade...

Responsabilidade e resposta têm a mesma origem: respondere = responder. Ser responsável que dizer estar pronto a responder por. Além disso, não é possível ter amor sem ter respeito e ter respeito implica em conhecer; sem respeito o amor degenera em dominação. Amar produtivamente implica, portanto, em cuidar de (desvelo), sentir-se responsável por (responder) e ter respeito por (conhecer). O amor produtivo, pois; não se coaduna com passividade nem com possessividade.

Com referência ao amor produtivo, cada indivíduo é ao mesmo tempo sujeito e objeto pois o que se aplica aos outros aplica-se igualmente a si próprio.

Em síntese:

O agir produtivo exige que a pessoa procure compreender o mundo através da razão e do amor e que influa no mundo agindo através de uma atitude favorável. Isso se torna possível através da busca permanente do bem, entendido como a realização do próprio potencial juntamente com o do próximo.

Finalmente, agir produtivamente não é sinónimo de falar, a não ser que ambos estejam em sintonia.

AGIR PRODUTIVAMENTE é o equivalente do mandamento bíblico: "Faça aos outros como você quer que façam a você."

É o 4º. mandamento da socialização."

João Laurindo de Souza Netto¹

Nota: O texto faz parte de uma série de riquíssimos escritos do autor para o INFORMATIVO "O SOLAR" – Órgão de divulgação da chácara Solaris e hoje compõe o acervo da família "LAURINDO DE SOUZA NETTO" no MUSEU SOLARIS.

¹ João Laurindo de Souza Netto, um ser humano em toda sua essência. Humanista, preocupado com os problemas de seu país e do mundo, lançou as bases para um pensamento autônomo capaz de gerar ações que promoveram um agir consciente em prol da sociedade. À humanidade deixou um verdadeiro legado de

sabedoria, espiritualidade e amizade. Aos 78 anos de idade, cumpriu sua missão. Em 24 de janeiro de 2008 voltou para casa, foi para os braços do Pai!