

Revista Jurídica

THEMIS

Nº 33 - 2021/22 ISSN 1983-2036



CAHS

CHEGA
DE
AUDADE



REVISTA JURÍDICA THEMIS – 33ª EDIÇÃO (2021/2022)

CONSELHO EDITORIAL

Giovana Batista Sadloski
Lara Marcon Michels
Lorena Parzianello Dagios
Luisa Doria de Oliveira Franco
Natália Dubezkyj
Sofia Jaworski de Sá Riechi

CONSELHO ADMINISTRATIVO DO CAHS - CHEGA DE SAUDADE

Giovana Batista Sadloski	Carolina Kayat
Lorena Parzianello Dagios	Giocondo Lacerda
Luisa Doria de Oliveira Franco	Rafael Gimenez
Matheus Gomide	Lucas Lorenzetti
Luiza Formaggine	Nathalia Queiroz
Leonardo Pilato	Rafaella de Aragão
Vitor Kleinert	Kamila Alkmin

Revista Jurídica Themis / Centro Acadêmico Hugo Simas (organizador). – nº 33 (2022) – Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 15,5x22,5 cm, 182 p.

Publicação periódica

Revista contendo artigos científicos escritos por acadêmicos de Direito, selecionados em concurso organizado pelo Centro Acadêmico Hugo Simas.

1. Direito – periódico – Brasil

ISSN nº 1983-2036

Editora Íthala Ltda.
Rua Pedro Nolasko Pizzatto, 70
Bairro Mercês
80.710-130 – Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3093-5252
+55 (41) 3093-5257
<http://www.ithala.com.br>
E-mail: editora@ithala.com.br

Revisão: Fabricia Romaniv Chicaroni
Diagramação: Lariany Moura



As ideias apresentadas são de inteira responsabilidade dos seus respectivos autores. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia auto-rização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

Revista Jurídica
THEMIS

EDIÇÃO Nº 33



EDITORA ÍTHALA
CURITIBA – 2022

PREFÁCIO

“Enquanto eu tiver perguntas e não houver resposta continuarei a escrever.”

Clarice Lispector

A *Revista Jurídica Themis*, organizada pelo Centro Acadêmico Hugo Simas (CAHS), é instituto cerne da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR): produto do ensino, da pesquisa, da extensão e da vivência prática dos discentes, por meio de grupos de estudos, ou individualmente, durante a sua trajetória nas colunas do Prédio Histórico.

Trata-se de periódico tradicional da Faculdade de Direito da UFPR, editado pelos próprios estudantes, e que abrange a publicação de artigos desenvolvidos sobre as mais diversas áreas do direito. A *Revista Themis* coleciona publicações de alunos brilhantes, e que se tornaram profissionais excepcionais em suas áreas, muitos dos quais posteriormente retornaram à Faculdade de Direito da UFPR como professores, mestrandos, doutorandos, palestrantes de eventos, ou mesmo membros das bancas de avaliação da *Revista Themis*.

Nesta edição de nº 33, organizada pela gestão Chega de Saudade (2021/2022) do Centro Acadêmico Hugo Simas (CAHS), a *Revista Jurídica Themis* contemplou importantes temas, nas áreas do Direito Constitucional, Direito Ambiental, Direito Penal e Direito do Trabalho. Além disso, a edição de nº 33 da *Revista Themis* buscou incentivar a produção acadêmica dos grupos de estudo da Faculdade de Direito da UFPR, contando com artigos elaborados pelo Grupo de Mediação e Negociação da Universidade Federal do Paraná (GMN UFPR) e pelo Grupo de Direito e Economia da Concorrência (GDEC).

Em um ano marcado por diversos desafios, dentre os quais o retorno gradual dos discentes às colunas do Prédio Histórico, após praticamente dois anos afastados das dependências físicas da Faculdade de Direito, em razão da pandemia da Covid-19, é uma verdadeira conquista verificar que a produção jurídica dos discentes se manteve firme, por meio do estudo contínuo e do pensamento crítico, próprios da tradição secular da Faculdade de Direito da UFPR. Também é muito prazeroso noticiar que a Revista Jurídica Themis, no último extrato de avaliação da CAPES, recebeu a métrica de avaliação “Qualis A4”, o que auxiliará os discentes a alcançarem a pontuação necessária na categoria de publicações da avaliação curricular do processo seletivo para ingresso no Mestrado do PPGD-UFPR.

Esperamos que a Revista Jurídica Themis continue incentivando o desenvolvimento das carreiras acadêmicas dos discentes, e fomentando a realização da pesquisa na Faculdade de Direito da UFPR.

Conselho Editorial da Revista Jurídica Themis nº 33

Giovana Batista Sadloski
Lorena Parzianello Dagios
Natália Dubezkyj

Lara Marcon Michels
Luisa Doria de Oliveira Franco
Sofia Jaworski de Sá Riechi

SUMÁRIO

DIREITO

CONSTITUCIONAL E TEORIA DO ESTADO

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E O CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE: ANÁLISE DO MS Nº 33.556/DF E CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FUNDAMENTALIDADE DO CRITÉRIO ETÁRIO DE INIMPUTABILIDADE PENAL11

Emily Emanuele Franco Mewes

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL

O ROMPIMENTO DA BARRAGEM EM MARIANA/MG: A TRÍPLICE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL39

Amanda Henrique Pires | Juliana Fogaça Kiaulenas

DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

MEDIDA DE SEGURANÇA POR INTERNAÇÃO NO COMPLEXO MÉDICO PENAL: ANÁLISE DO EXAME DE VERIFICAÇÃO DE CESSAÇÃO DE PERICULOSIDADE ELABORADO PELA UNIDADE67

Julia Favaretto Deschamps

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO

A DESPROTEÇÃO TRABALHISTA DAS REVENDEDORAS DE COSMÉTICOS NA PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEI Nº 14.020/202095

Ana Gabrieli Reis | Milena Cramar Lôndero

A RECONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL 117

Isabel Ceccon Iantas

GRUPOS DE PESQUISA E/OU EXTENSÃO

O PAPEL DA EXPRESSÃO DE SENTIMENTOS NO PROCEDIMENTO
DE MEDIAÇÃO E O USO DA ANÁLISE SWOT COMO MÉTODO
DE VALIDAÇÃO 147

Grupo de Mediação e Negociação (GMN UFPR)

UMA ANÁLISE COMPARADA DOS JULGAMENTOS DO CASO
BOOKING EM DIFERENTES AUTORIDADES ANTITRUSTE 161

Grupo de Direito e Economia da Concorrência (GDEC)

**DIREITO
CONSTITUCIONAL E
TEORIA DO ESTADO**

**A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL
E O CONTROLE PREVENTIVO DE
CONSTITUCIONALIDADE: ANÁLISE
DO MS N° 33.556/DF E CONSIDERAÇÕES
ACERCA DA FUNDAMENTALIDADE
DO CRITÉRIO ETÁRIO DE
INIMPUTABILIDADE PENAL**

*THE AGE REDUCTION OF CRIMINAL RESPONSIBILITY AND
THE PREVENTIVE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY:
ANALYSIS OF MS N° 33.556/DF AND CONSIDERATIONS
ON THE FUNDAMENTAL NATURE OF THE AGE CRITERION
FOR CRIMINAL NON-LIABILITY*

Emily Emanuele Franco Mewes

RESUMO

Trata-se de estudo que analisou o Mandado de Segurança nº 33.556/DF, impetrado contra a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, com o propósito de obstar o trâmite da PEC nº 171/93 que propôs a redução da idade de imputação penal, mas que foi considerado prejudicado pelo STF, sem consideração de mérito. A pesquisa teve como objetivo geral responder se o posicionamento do STF possibilitou a perpetuação de uma inconstitucionalidade. A partir de pesquisa teórica que utilizou o método lógico-dedutivo para o exame do problema, foram alcançados resultados que confirmaram que a inimputabilidade penal por idade é um direito fundamental individual que proporciona proteção à criança e ao adolescente, uma vez que impõe limitação ao poder punitivo do Estado. Assim, considerou-se necessária a realização de controle de constitucionalidade preventivo, tendo em vista o limite material ao poder de emenda que resguarda os direitos individuais. Desse modo, concluiu-se que a decisão monocrática que não concedeu medida liminar no MS nº 33.556/DF, sob o argumento de garantir a não interferência entre Poderes, demonstrou uma postura nula do STF diante de uma inconstitucionalidade. Por outro lado, o estudo não apresentou divergências quanto à decisão monocrática que con-

siderou o Mandado de Segurança prejudicado, haja vista que a perda superveniente do objeto configura impedimento formal à realização do controle preventivo de constitucionalidade. Por fim, o estudo ressaltou que o tema da redução da maioria penal não deve ser visto como uma pauta esvaziada e novas estratégias de ação frente a tentativas de retrocesso devem ser pensadas.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; maioria penal; direitos fundamentais.

ABSTRACT

This study analyzed the Writ of Mandamus nº 33.556/DF, filed against the Board of Directors of the Chamber of Deputies, aiming to prevent the processing of Constitutional Amendment Proposal PEC nº 171/93, which proposed lowering the age of criminal responsibility but was deemed moot by the Supreme Federal Court (STF) without addressing the merits. The general objective of the research was to determine whether the STF's stance allowed the perpetuation of an unconstitutional situation. Using theoretical research based on a logical-deductive method to examine the issue, the results confirmed that criminal non-liability by age is a fundamental individual right that provides protection to children and adolescents, as it imposes limits on the State's punitive power. Therefore, preventive constitutional review was deemed necessary, considering the material limitation on the amendment power that safeguards individual rights. It was concluded that the single-judge decision, which did not grant a preliminary injunction in Writ of Mandamus nº 33.556/DF on the grounds of ensuring non-interference between branches of government, demonstrated the STF's inaction in the face of unconstitutionality. On the other hand, the study did not dispute the single-judge decision that declared the Writ of Mandamus moot, as the loss of the subject matter formally prevents preventive constitutional review. Finally, the study emphasized that the issue of lowering the age of criminal responsibility should not be seen as an exhausted topic, and new strategies to counter attempts at regression should be considered.

Keywords: Supreme Federal Court; age of criminal responsibility; fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

A redução da maioria penal é tema tenso, sob o aspecto democrático e normativo, e intenso, sob o aspecto político e judicial. E sempre volta à tona, seja em períodos eleitorais, seja diante de crime grave e com repercussão cometido por menor de idade.

A presente pesquisa trata de uma análise do Mandado de Segurança nº 33.556/DF, impetrado em face da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, a fim de obstar o trâmite da PEC nº 171/93, conhecida como “PEC da redução da maioria penal”, que tinha como objetivo alterar o critério etário de imputabilidade penal de 18 para 16 anos. O fundamento do impetrante era de que o art. 228 da Constituição Federal trata-se de cláusula pétreia por ser um direito fundamental individual. Contudo, sem consideração de mérito, o Supremo Tribunal Federal considerou o Mandado de Segurança prejudicado.

Considerando a relevância do controle de constitucionalidade para o pleno exercício democrático, bem como as peculiaridades do controle judicial de constitucionalidade preventivo diante das dinâmicas dos diálogos institucionais entre Poderes, o presente artigo busca responder a seguinte pergunta: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal possibilitou a perpetuação de uma inconstitucionalidade?

Desse modo, os objetivos da pesquisa consistiram em analisar o trâmite do Mandado de Segurança nº 33.556/DF, levantar considerações sobre controle preventivo de constitucionalidade e sobre o papel das cláusulas pétreas enquanto limitadoras do poder de emenda, tratar sobre a fundamentalidade do critério etário de imputabilidade penal e, a partir disso, elaborar uma análise sobre as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 33.556/DF.

2. A PROPOSTA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E O MANDADO DE SEGURANÇA Nº 33.556/DF

A redução da maioria penal é tema que reverbera disputas na esfera política e judicial devido a sua complexidade no aspecto demo-

crático e normativo. Em 2015, a Proposta de Emenda à Constituição nº 171/1993, que pretendia alterar a redação do art. 228 para que os maiores de 16 anos pudessem ser imputados penalmente, retornou ao debate na Câmara dos Deputados. Em março daquele ano, a proposta foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça, por 42 votos a favor e 17 contra ao seu andamento.

Após a aprovação na CCJ, foi impetrado pelo Deputado Federal Luiz Gionilson Pinheiro Borges (PMDB), em face da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, o Mandado de Segurança nº 33.556/DF que tinha como objetivo obstar a tramitação e a deliberação da Proposta de Emenda à Constituição nº 171/1993, sob o fundamento de que o art. 228 CF/88 trata-se de cláusula pétrea por ser um direito individual. Para impedir previamente o trâmite, pleiteou-se medida cautelar.

Na época, sem considerar o mérito proposto, o ministro Dias Toffoli (Brasil, 2015, p. 3), ao julgar o pedido cautelar, alegou não haver naquele momento *periculum in mora* (perigo de dano irreparável) ao direito discutido. Houve o entendimento de que, conforme o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, após aprovada pela CCJ, a proposição volta à Mesa da Câmara dos Deputados para que seja designada uma Comissão Especial para o exame do mérito da proposta.

Dessa forma, o ministro Dias Toffoli (Brasil, 2015, p. 3) considerou que não havia risco iminente ao direito postulado, uma vez que a deliberação pelo Plenário não estava em via de efetivação, considerando que somente após o parecer da Comissão Especial, a PEC nº 171/93 poderia ser submetida a votação no Plenário da Câmara dos Deputados.

Após quatro meses da decisão monocrática, foi aprovado no Plenário da Câmara dos Deputados, em dois turnos, a PEC nº 171/1993, sendo direcionado ao Senado Federal como PEC nº 115/2015 com o seguinte texto:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte (Brasil, 2015).

Em 2016, a Procuradoria-Geral da República apresentou parecer pela extinção do Mandado de Segurança nº 33.556, sem resolução de mérito, haja vista a perda superveniente do objeto e perda de legitimidade das partes. Alegou que, com a remessa da PEC nº 171/1993 ao Senado Federal, “exauriu-se com a possibilidade de o Presidente da Câmara dos Deputados [...] interferir no trâmite da proposição para impedir o seu curso” (Brasil, 2016, p. 2) que era o objetivo almejado naquela impetração.

Por fim, em 2019, a ministra Cármen Lúcia (Brasil, 2019, p. 4) em decisão monocrática, considerou o Mandado de Segurança prejudicado, sem resolução de mérito, sob o fundamento de perda superveniente do objeto e da legitimidade das partes do processo, levando em consideração que a PEC da redução da maioria penal já estava tramitando no Senado Federal desde o ano de 2015, situando-se na CCJ desde dezembro de 2018.

2.1. Controle de constitucionalidade preventivo do processo legislativo

Antes de discutir o mérito do Mandado de Segurança, alguns pontos devem ser levados em consideração. No que diz respeito ao controle de constitucionalidade do Processo Legislativo, se existir projeto de lei ou proposta de emenda à constituição que, antes mesmo de sua tramitação, seja *manifestamente inconstitucional*, é possível a realização de um controle jurisdicional preventivo. Nos casos em que o objeto de possível vício é uma PEC, o parlamentar (federal) interessado deverá impetrar um Mandado de Segurança contra o ato da Mesa de sua respectiva Casa (Filho, 2020, p. 333).

De maneira ampla, é possível dizer que o Mandado de Segurança tem como principal objetivo “proteger direito líquido e certo lesionado ou ameaçado de lesão em virtude de ilegalidade ou abuso de poder praticado por agente no exercício de atribuições públicas” (Fernandes, 2020, p. 731). Em relação ao uso dessa ação constitucional para o controle de constitucionalidade no processo legislativo, o objetivo do Mandado de Segurança não é diferente. Contudo, deve ser utilizado apenas em casos excepcionais, uma vez que a lesão deve ser tão inconstitucional ao

ponto de que “sua própria tramitação já viole a supremacia constitucional” (Filho, 2020, p. 333).

Assim, existem alguns vícios formais que podem justificar o uso do controle jurisdicional preventivo, entre eles podemos citar a violação à cláusula pétrea – argumento utilizado pelo impetrante no MS nº 33.556/DF (Filho, 2020, p. 190). Nesses casos, a análise sobre o possível vício é simultaneamente formal e material, uma vez que as cláusulas pétreas também podem ser entendidas enquanto limitações materiais aos poderes constituídos. Em outras palavras, limitadoras ao poder de emenda (Filho, 2020, p. 179).

2.2. Cláusulas pétreas e sua limitação ao poder de emenda

O Poder Constituinte Derivado Reformador é juridicamente limitado. Logo, há uma série de limites que obstam o poder de emenda. Caso sejam violados, a emenda será considerada inconstitucional, justamente por desprezar esse limite posto pelo constituinte originário (Filho, 2020, p. 177). Nesse sentido, as cláusulas pétreas, consideradas como limite material ao poder de emenda, podem ser entendidas enquanto um “mecanismo de pré-comprometimento para não furtar das gerações futuras o direito de autodeterminação” (Mendes, 2008, p. 164).

Alicerçado nessa lógica, a partir das cláusulas pétreas, impõe-se limites à maioria na tentativa de resguardar a existência de precondições que garantem que todos os indivíduos sejam tratados com igual consideração (Brandão, 2018, p. 131). Isso não significa que as gerações futuras estão limitadas aos significados traçados pelo constituinte originário. As cláusulas pétreas possuem certo grau de abstração que permite às novas gerações, a partir da sua própria concepção de justiça, atribuir sentido aos direitos ali resguardados (Mendes, 2008, p. 165).

No Mandado de Segurança nº 33.556/DF, a tese do impetrante era de que o trâmite da PEC nº 171/1993 violava o art. 60, § 4º da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre as cláusulas pétreas, uma vez que o art. 228, CF/88 diz respeito a um direito e garantia individual. Nesse caso, o objetivo do mandado de segurança era obstar o trâmite de uma Proposta de Emenda à Constituição, ou seja, a manifestação do poder reformador

ainda não havia se concretizado. Nesses casos, o limite material ao poder de emenda é suscitado na tentativa de previamente proteger o direito assegurado de certas modificações dos poderes constituídos, sendo resguardadas de qualquer tentativa de abolição ou supressão, devido a sua singular importância (Filho, 2020, p. 190).

Dessa maneira, em atenção a possibilidade do Poder Judiciário em realizar controle de constitucionalidade, é possível concluir que a prerrogativa deste em invalidar emendas constitucionais em prol dos direitos e garantias individuais, não se incompatibiliza com a continuidade da democracia e do processo democrático, uma vez que “demarca, razoavelmente, os espaços dos consensos mínimos constitucionais e do pluralismo político” (Brandão, 2018, p. 161).

Contudo, com o intuito de não engessar o texto constitucional e sufocar a deliberação democrática, é necessária “razoável dose de auto restrição por parte da jurisdição” (Brandão, 2018, p. 161). Nesse sentido, nos casos de invalidação de emendas constitucionais ou das propostas de emendas à constituição, cabe aos juízes um especial ônus argumentativo na aferição do mérito, em razão do grande peso de sua decisão na conformação do espaço reservado à deliberação democrática (Brandão, 2018, p. 161).

Portanto, em atenção ao objeto de estudo, alguns questionamentos devem ser respondidos previamente à análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 33.556/DF. A inimizabilidade penal por idade, previsto no art. 228, CF/88 é de fato um direito fundamental individual e, desse modo, deve ser visto como uma cláusula pétrea? A tentativa de alteração do seu texto era manifestamente inconstitucional ao ponto de obstar o trâmite legislativo da PEC antes mesmo de ser objeto de deliberação no espaço democrático?

3. O CARÁTER FUNDAMENTAL DO CRITÉRIO ETÁRIO DE INIMIZABILIDADE PENAL

O Estado deve estar condicionado aos limites fixados em sua Constituição para o pleno exercício da democracia, tanto no que diz respeito a sua organização, quanto aos parâmetros e limites da atividade

estatal (Sarlet, 2018, p. 60). Os direitos fundamentais têm grande importância na compreensão das funções do Estado de Direito.

Tendo em vista o seu caráter contramajoritário, os direitos fundamentais têm a “pretensão universalizante” de garantir a cada cidadão, de maneira igualitária, o respeito a sua dignidade, independentemente de qualquer apelo majoritário ou minoritário (Neto; Scotti, 2021, p. 76). Para tanto, esses direitos estão subtraídos da plena disponibilidade dos poderes constituídos, o que garante a sua plena efetivação frente a possíveis supressões (Sarlet, 2018, p. 62).

Dessa maneira, entendendo a Constituição como um sistema aberto, é possível dizer que os direitos fundamentais estão permeados por todo o contexto da Constituição, podendo estar positivados para além do Título II, explícita ou implicitamente, assim como também podem ser encontrados em tratados internacionais, conforme aduz o art. 5º, § 2º, CF/88 (Sarlet, 2018, p. 72).

Nesse tocante, Ingo W. Sarlet desenvolve a seguinte definição de direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo) (Sarlet, 2018, p. 78).

Seguindo a compreensão de Ingo W. Sarlet quanto à dupla fundamentalidade dos direitos fundamentais (formal e material), impera-se discutir inicialmente sobre o sentido material desses direitos, que trata a respeito das “decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”. A materialidade pode ser detectada por meio da análise do conteúdo desses direitos e pela sua importância no que se refere ao Estado, à sociedade e ao indivíduo (Sarlet, 2018, p.76).

Compreendendo a Constituição enquanto uma ordem normativa que prefigura “um sistema de direitos fundamentais que representam as condições procedimentais para a institucionalização da democracia” (Fernandes, 2020, p. 75), entende-se que ao discutir sobre a materialidade dos direitos fundamentais é necessário levar em consideração as “circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais de uma dada ordem constitucional”, uma vez que esses direitos adquirem novos significados mediante a realidade fática (Neto; Scotti, 2021, p. 8).

Nesse sentido, o ponto crucial da discussão reside na dificuldade em identificar no texto constitucional quais são os direitos que efetivamente reúnem as condições necessárias para serem considerados materialmente fundamentais (Sarlet, 2018, p. 83).

A abertura material do catálogo de direitos fundamentais abrange tanto aqueles de caráter negativo (proteção do indivíduo por meio da abstenção do Estado), quanto os prestacionais – que ensejam ações positivas do Estado para a concretização da igualdade material (Sarlet, 2018, p. 84). É a partir do conteúdo e importância desses direitos que será possível dizer se de fato podem ser equiparados aos constantes no catálogo do Título II, ou seja, pela “efetiva importância que [...] possuem para a comunidade em determinado momento histórico” (Sarlet, 2018, p. 93).

Concebendo a existência de direitos fundamentais que estão expressamente escritos no texto constitucional, mas que não estão presentes no catálogo do Título II, a discussão quanto à fundamentalidade formal também se torna um ponto que merece destaque. Isso porque, admitindo a existência desses direitos fundamentais, conseqüentemente estes devem ser retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, a fim de garantir a sua plena concretização. Assim, devem ser entendidos enquanto cláusulas pétreas.

3.1. Critério etário de inimputabilidade penal como direito fundamental de defesa

Considerando os direitos fundamentais como concretizações do princípio da dignidade humana e pressupostos para a consolidação da democracia (Nino, 1997, p. 74), os direitos de defesa/individuais desti-

nam-se a impor um dever de abstenção ao Estado (competência negativa e dimensão subjetiva), evitando eventuais ingerências sobre bens protegidos e reafirmando a autodeterminação do indivíduo (Mendes; Branco, 2018, p. 232).

Para Carlos Santiago Nino (1997, p. 74), os direitos individuais possuem três dimensões que os definem: a autonomia da pessoa, a inviolabilidade da pessoa e a dignidade humana. A autonomia da pessoa trata da livre aceitação dos princípios morais que surtem efeitos sobre si e sobre outros indivíduos. A partir disso é determinado o conteúdo dos direitos individuais básicos, designando quais bens devem ser protegidos (Nino, 1997, p. 77). A inviolabilidade da pessoa, por outro lado, leva em consideração o ponto de vista de todos os afetados e suas singularidades, estabelecendo barreiras de proteção entre os interesses individuais e os gerais (Nino, 1997, p. 82) e, através disso, é determinada a função dos direitos fundamentais.

Por fim, a dignidade da pessoa considera o consentimento dos indivíduos em diminuir sua autonomia em favor de outros, ao ponto de assumir responsabilidades e perder direitos (Nino, 1997, p. 81). Entende-se que a dignidade da pessoa promove o equilíbrio entre as outras dimensões, haja vista a necessidade do consentimento para a restrição da autonomia. É a partir dessas dimensões que se configura a base moral para a justificação e legitimação do direito individual enquanto fundamental e, conseqüentemente, a sua construção enquanto pressuposto para a legitimação da constituição e consolidação da democracia (Nino, 1997, p. 81).

A Constituição Federal aduz, em seu art. 228, que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Ainda que não esteja presente no rol de direitos fundamentais do Título II, trata-se de um direito fundamental de caráter negativo auto executável, já que impõe limite à atuação estatal punitiva e o faz justamente para atender à exigência de proteção integral ao menor (Canotilho; Mendes; Sarlet; Streck, 2018, p. 3930).

Portanto, o art. 228, CF/88 trata a respeito da garantia constitucional de proteção desse grupo específico diante do poder punitivo do Estado. Prevê, a partir de um critério etário, a não responsabilização

dos menores em caso de prática de ato ilícito, tendo em vista a incapacidade destes de prever a consequência de seus atos devido a sua condição de pessoa em desenvolvimento físico e psíquico (Canotilho; Mendes; Sarlet; Streck, 2018, p. 3930).

O critério etário de inimputabilidade penal também atende as três dimensões de um direito fundamental individual elencadas por Carlos Santiago Nino. Vejamos, é possível detectar que os bens principais a serem defendidos nesse dispositivo são a autodeterminação do indivíduo – uma vez que exige a abstenção do Estado ao impor um limite temporal ao seu poder punitivo – e o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

Portanto, aqueles indivíduos que ainda não atingiram a maioridade não devem enfrentar o sistema penal destinado a adultos. Para isso, há o consentimento da sociedade para que tal regra vigore, a fim de garantir proteção a essa parcela específica da sociedade que requer cuidados especiais. Tal consentimento foi cravado no texto constitucional e ainda que não esteja previsto no rol de direitos fundamentais, “não há como negar-lhes a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais” (Canotilho; Mendes; Sarlet; Streck, 2018, p. 3930).

Aqui, remonta-se a ideia de fundamentalidade material dos direitos fundamentais que estão fora do catálogo do Título II, mas que são *equiparados* devido ao seu conteúdo e importância. Partindo desse pressuposto, deve-se ter em mente que os direitos de defesa, incluindo o exposto no art. 228, estão contaminados de dimensão social (Rodrigues, 2017, p. 273), haja vista que os seus impactos na realidade transcendem a simples individualidade.

3.2. Proteção integral e o conteúdo essencial do art. 228 da Constituição Federal de 1988

Ainda que reste claro o entendimento de que o art. 228 é um direito fundamental de defesa, de tempos em tempos surgem questionamentos a respeito da idade definida como critério etário de inimputabilidade penal. A discussão gira em torno da possibilidade ou não de considerar a idade fixada como limite temporal (18 anos) enquanto

parte do conteúdo essencial desse direito fundamental e, portanto, não sendo passível qualquer tipo de reforma. Esse questionamento surge porque, ainda que cláusulas pétreas sejam limitações materiais ao poder de reforma, elas podem ser modificadas desde que não atinjam o seu conteúdo essencial, suprimindo-as (Filho, 2020, p. 190).

Vejam os. Primeiramente, conforme explicitado no decorrer de toda a pesquisa, é necessário ressaltar que, em atenção à fundamentação formal e material, é possível dizer que o art. 228 CF/88, por seu conteúdo e importância, é equiparado aos direitos fundamentais presentes no Título II e, conseqüentemente, deve ser retirado da esfera de disponibilidade.

Todavia, na tentativa de esvaziar qualquer discussão quanto à possibilidade de alteração, é necessário questionar quais são os bens – ações, estados ou posições jurídicas – a serem protegidos por esse direito e do que são protegidos (Silva, 2010, p. 72). Ou seja, é preciso distinguir qual é o âmbito de proteção e intervenção desse direito fundamental.

Ao tratar de direitos de defesa, a principal garantia é de que o destinatário não sofra intervenções sobre os bens protegidos, exigindo, portanto, uma competência negativa ou omissiva do Estado (Fernandes, 2020, p. 397). Como anteriormente dito, o art. 228 da CF/88 protege a autodeterminação do indivíduo e o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente (âmbito de proteção). Visando tal proteção, exige a abstenção do Estado ao impor um limite temporal ao seu poder punitivo (intervenção). Em outras palavras, pretende resguardar, na maior amplitude possível, o melhor interesse daquele ser em desenvolvimento (Machado, 2015, p. 6), não o responsabilizando em caso de prática de ato ilícito devido a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Preconizada nos artigos 227 e 228 CF/88, e recebendo legislação própria através do Estatuto da Criança e do Adolescente¹, a chamada

¹ O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) aduz em seu art. 1º “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (BRASIL, 1990).

doutrina da proteção integral pretende, como o próprio nome nos induz a entender, “reconhecer a criança como [...] titular de direitos e obrigações próprios de sua condição peculiar de desenvolvimento” (Machado, 2015, p. 6). Em conformidade aos tratados internacionais de proteção à criança e ao adolescente², a doutrina de proteção integral amplia a proteção desses sujeitos, os colocando em posição de prioridade e a salvo de qualquer tipo de violação. A partir dessa compreensão, o alcance da proteção integral atinge todo sujeito menor de 18 anos, estando este resguardado e condicionado às normas constitucionais e à legislação específica (ECA), sendo a última responsável em dispor a respeito dos atos infracionais e sobre os direitos e garantias de seus atores.

Alicerçado nessa lógica, resta evidente a razão pela qual a inimputabilidade penal cessa apenas aos 18 anos de idade, não podendo ser considerada mera decisão arbitrária e não pertencente ao conteúdo essencial do art. 228, CF/88. Ora, se a doutrina de proteção integral visa garantir integralmente a autodeterminação da criança e do adolescente, reafirmando o seu igual valor moral, verifica-se inviável submeter esses sujeitos ao pleno poder punitivo do Estado.

É por isso que o art. 228 CF/88, posto como regra no texto constitucional, impõe limitação ao poder de Estado através do critério temporal ali determinado, sem qualquer tipo de pré-condição para a sua aplicabilidade. Portanto, qualquer tentativa de reduzir a idade estipulada

² Entre as normativas internacionais que versam sobre proteção à criança e ao adolescente, podemos citar:

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. Assembleia Geral da ONU, 20 de novembro de 1989.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Diretrizes de Riad**. Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil, 1988.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade**, 14 de dezembro de 1990. Em atenção ao título II, 11A: “Menor é qualquer pessoa que tenha menos de 18 anos. A idade limite abaixo da qual não deve ser permitido privar uma criança de liberdade deve ser fixada em lei”.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras de Beijing**. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas. 29 de novembro de 1985.

como critério etário para a inimizabilidade penal violará a concretização dessa proteção, ocasionando a restrição e a violação de direitos de uma considerável parcela de adolescentes que passariam a ser tratados de maneira desigual.

4. ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 33.556/DF

Como demonstrado, é cabível a interpretação de que o critério etário de inimizabilidade penal se constitui enquanto cláusula pétreas, na medida em que impõe limitação ao poder punitivo do Estado em prol da autodeterminação do indivíduo. Na tentativa de compreender as nuances do Mandado de Segurança estudado, verifica-se necessário levantar brevemente questões a respeito do controle de constitucionalidade e os limites da fiscalização judicial sobre o poder legislativo (Filho, 2020, p. 352).

Na concepção de Carlos Santiago Nino, o controle judicial de constitucionalidade deve agir no intuito de atender as condições de democracia, ou seja, dos “pré-requisitos ideais do processo democrático que gozam de valor epistêmico” (Nino, 1997, p. 272). Nesse sentido, o controle deverá ser suscitado excepcionalmente em três situações: nos casos em que seja necessário garantir o controle do processo democrático, para preservar a constituição enquanto prática social e, por fim, para garantir a autonomia individual (Nino, 1997, p. 274).

No que se refere à relação entre jurisdição constitucional e função legislativa, compreende-se que os tribunais devem respeitar os trâmites legislativos, interferindo apenas em situações de violações flagrantes, compreendendo as dinâmicas dos diálogos institucionais (Filho, 2020, p. 354). Como já destacado, no que diz respeito ao controle judicial preventivo de PEC, a problemática ganha maior destaque, uma vez que o objeto a ser revisado ainda poderia sofrer modificações durante o trâmite parlamentar.

Todavia, entende-se que as cláusulas pétreas garantem que as modificações constitucionais sejam feitas apenas em casos que não hou-

ver violações à forma federativa de Estado; ao voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e aos direitos e garantias individuais. Nesse sentido, se o Judiciário, com a autorrestrição necessária, exercer o controle de constitucionalidade nessas situações, tal atitude não engessaria o texto constitucional (Brandão, 2018, p. 161).

Partindo desse pressuposto, o presente capítulo objetiva analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no Mandado de Segurança nº 33.556/DF e, a partir de seus posicionamentos, apontar certas reflexões cruciais para que seja possível responder ao final se o posicionamento nulo do Supremo culminou ou não na perpetuação de uma inconstitucionalidade.

4.1. Do pedido cautelar: sem perigo de dano irreparável?

O pedido cautelar suscitado pelo impetrante apresentava como argumento central a impossibilidade de tramitar PEC que lesione direitos e garantias individuais considerados cláusulas pétreas, o que seria atentatório ao próprio princípio do devido processo legislativo.

A decisão liminar proferida monocraticamente pelo ministro Dias Toffoli, em abril de 2015, apresentou, como veremos detalhadamente a seguir, uma linha argumentativa equivocada, uma vez que, na tentativa de evitar um possível desequilíbrio institucional entre os poderes, desconsiderou regras cruciais para a possibilidade democrática.

Vejamos. Inicialmente, o ministro Dias Toffoli expôs, em linhas gerais, sobre a aplicabilidade do poder de cautela em Mandados de Segurança, ressaltando que tal prerrogativa “está condicionada à verificação da presença dos requisitos da plausibilidade jurídica do direito subjetivo alegado e no fundado receio de consumação de lesão irreparável ao direito do postulante” (Brasil, 2015, p. 3).

Ao analisar o andamento da PEC nº 171/93 na Câmara dos Deputados na época, o ministro considerou que a proposta ainda não estava em iminência de ser deliberada, uma vez que, após aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a proposição seria direcionada ao exame de uma Comissão Especial e só então

seria direcionada ao plenário da Câmara dos Deputados, conforme disciplinava o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Nesse sentido, concluiu que:

O impetrante não logrou demonstrar a existência de risco iminente de dano irreparável ao direito vindicado nos presentes autos, o qual está fundamentado em dispositivo da Constituição Federal que prescreve obstáculo à “deliberação [de] proposta de emenda tendente a abolir” cláusula pétrea (art. 60, § 4º) (Brasil, 2015, p. 3).

Sendo assim, o ministro Dias Toffoli, sem consideração de mérito, não deu provimento ao pedido liminar, considerando adequado aguardar o regular processamento da ação.

Para compreendermos se a medida liminar proferida foi adequada, devemos considerar os dois parâmetros que determinam a aplicabilidade da medida liminar: a plausibilidade jurídica do direito subjetivo alegado; e o receio de consumação de lesão irreparável ao direito do postulante.

O primeiro requisito foi tratado no capítulo anterior, momento em que foi demonstrado que o art. 228, CF/88 é considerado cláusula pétrea, o que comprova a plausibilidade jurídica. Contudo, verifica-se que tal requisito não foi considerado na decisão liminar, uma vez que a plausibilidade jurídica do direito subjetivo estaria atrelada ao mérito do Mandado de Segurança: considerar o art. 228 da Constituição Federal indisponível ao poder de emenda.

O presente estudo sustenta a posição de que a análise do caso foi feita de maneira pouco rigorosa, visto que, ao deixar de analisar se havia plausibilidade jurídica, não realizou uma fundamentação adequada quanto ao perigo de dano irreparável ao direito do postulante, como veremos a seguir.

Entende-se que o controle de constitucionalidade de leis é um dever do Poder Legislativo e a principal etapa que executa essa fiscalização de constitucionalidade é a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sendo sua responsabilidade opinar sobre arquivamento de

projetos em caso de inconstitucionalidade total, ou apresentar emendas saneadoras (Dimitri; Soraya, 2016, p. 387). Nesse sentido, as comissões especiais não têm a obrigatoriedade de analisar a constitucionalidade dos projetos, uma vez que tal filtro, em tese, já teria sido realizado.

A tese do impetrante era de que a tramitação da PEC ultrapassou os limites do poder de emenda, predeterminados pelo poder originário, o que, por si só, apresentava um vício formal incorrigível que inviabilizaria a sua tramitação. Desse modo, a urgência do pedido cautelar se dá pela impossibilidade de tramitação de uma PEC manifestamente inconstitucional, e não por sua iminência de ser deliberada, ou seja, independentemente do momento processual em que a PEC se encontrava.

Dessa maneira, torna-se falho o raciocínio que não considera a tramitação de uma PEC inconstitucional enquanto um perigo de dano irreparável apenas pelo fato de a proposta não estar em iminência de deliberação. Tampouco é plausível o argumento de que, ainda que a proposta fosse deliberada no decorrer do processamento do Mandado de Segurança, haveria outros meios de, futuramente, realizar o controle de constitucionalidade da proposta.

Esses argumentos tornam-se falhos visto que o controle preventivo de PEC age em favor de garantir o devido processo legislativo. De fato, a PEC nº 171/93 estava em início de tramitação na Câmara dos Deputados, mas se a própria tramitação é inconstitucional, qual é a viabilidade de deixá-la à mercê de deliberação? Ainda que uma decisão liminar tenha um caráter mais superficial e, conseqüentemente, não exija uma análise completa do mérito, desconsiderar as reflexões aqui expostas demonstra que a decisão pode ser interpretada enquanto juridicamente equivocada e mal fundamentada.

Compreendendo o controle de constitucionalidade a partir das concepções de Carlos Santiago Nino, John Hart Ely e Miguel Gualano de Godoy, o Judiciário deve atuar de maneira excepcional, assegurando que as regras do processo democrático sejam cumpridas e garantindo que as leis produzidas sejam legítimas (Godoy, 2012, p. 135). Para além, a prática jurisdicional deve buscar um respeito pelos direitos substanti-

vos, atuando de maneira ativa diante de eventuais desvirtuamentos do processo político (Fernandes, 2020, p. 212).

Uma vez que o valor epistêmico da democracia pressupõe uma comunidade de sujeitos de igual valor moral, determinados princípios devem ser resguardados no intuito de garantir a possibilidade democrática (Nino, 1997, p. 274). Assim, não seria antidemocrático uma revisão judicial que procure resguardar esses princípios, ainda que confronte posições majoritárias (Mendes, 2008, p. 74).

Nesse sentido, ao compreender que, para a tramitação de Proposta de Emenda à Constituição, a “regra do jogo” é que cláusulas pétreas não estão disponíveis para deliberação, o descumprimento desta regra torna o processo vicioso, assim como coloca em risco direitos de minorias.

Indo um pouco além, em atenção à peculiaridade do objeto do Mandado de Segurança, vale ressaltar que, ao não analisar o mérito, a plausibilidade jurídica do direito subjetivo, que tratava de um tema de grande repercussão social, o ministro do Supremo Tribunal Federal deixou de considerar os possíveis impactos que a tramitação da PEC causaria na realidade dos adolescentes, principalmente daqueles que passam pelo sistema socioeducativo.

Em 2015, segundo pesquisa DataFolha, cerca de 87% dos brasileiros eram favoráveis à redução da maioria penal de 18 para 16 anos (DataFolha, 2015). Nesse sentido, a tramitação inconstitucional da PEC poderia, sim, causar risco de dano irreparável, se colocada à disposição da deliberação da maioria.

Obviamente, nada garantiria que o ministro Dias Toffoli considerasse o disposto no art. 228 CF/88 enquanto um direito fundamental individual e, conseqüentemente, resguardado enquanto cláusula pétrea. Contudo, como já dito, cabe aos juizes, nos casos de propostas de emendas à constituição, especial ônus argumentativo na aferição do mérito, papel que não lhe cabe isentar-se. Ademais, se o ministro compreendesse que tratar sobre a fundamentalidade do disposto no art. 228 CF/88 não deveria ser uma tarefa a ser executada monocraticamente, o Mandado de Segurança poderia ter sido submetido à análise do Plenário.

Portanto, percebe-se que a decisão que não concedeu a medida liminar, pela maneira que foi desenvolvida, mostrou-se repleta de falhas. A decisão monocrática liminar que pretendeu, precariamente, garantir a não interferência do Poder Judiciário no processo legislativo, apenas demonstrou uma postura nula do Supremo Tribunal Federal diante de uma inconstitucionalidade.

4.2. Mandado de Segurança: implicações práticas

Em virtude do indeferimento do pedido liminar, a tramitação da PEC nº 171/93 continuou seu curso. No mesmo ano em que o Mandado de Segurança foi impetrado, a PEC obteve parecer favorável da comissão especial e foi votada no plenário em dois turnos, obtendo aprovação. Assim, a matéria foi remetida ao Senado Federal e renumerada como PEC nº 115/2015.

Em 2016, a Procuradoria Geral da República emitiu parecer pela extinção, sem resolução de mérito, do Mandado de Segurança, alegando perda superveniente do objeto e perda de legitimidade das partes, visto que a remessa da PEC para o Senado Federal exauriu a possibilidade do presidente da Câmara dos Deputados interferir no trâmite da proposição.

A ministra Cármen Lúcia, relatora do MS nº 33.556, proferiu, no ano de 2019, decisão monocrática, julgando prejudicado o Mandado de Segurança pela perda superveniente de seu objeto, como determinava o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Em sua decisão, considerou que o pedido liminar do Mandado de Segurança havia sido indeferido e que o processo legislativo havia transcorrido na Câmara dos Deputados. Tendo em vista que, até aquele momento, não havia emendas que poderiam acarretar no retorno da PEC à casa iniciadora, a ministra considerou que já não existia o ato coator objetivamente imputado à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, parte passiva do Mandado:

No caso em exame, contudo, não se põem dúvidas quanto à impossibilidade de prosseguir a ação neste Supremo Tribunal após

o exaurimento do trâmite da Proposta de Emenda Constitucional na Câmara dos Deputados, nesta fase inicial, o que torna ilegítima a parte passiva (órgão do Congresso Nacional), na qual não mais permanece o instrumento, não podendo as autoridades indicadas como coatoras adotar qualquer providência quanto a ele, não sendo possível expedir-se ordem de segurança a quem não tenha a competência para dar a ela cumprimento (Brasil, 2019, p. 13).

O Mandado de Segurança nº 33.556/DF, em virtude da decisão da Relatora, transitou em julgado em maio de 2019, sem consideração de mérito.

Para analisarmos se a decisão monocrática foi coerente, é necessário levar em conta as considerações já expostas quanto aos limites de atuação do controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal no processo legislativo. Compreendendo que as interações entre os Poderes pressupõem diálogos que busquem evitar certos desequilíbrios institucionais diante das possíveis tensões entre jurisdição constitucional e função legislativa, a atuação do judiciário deve respeitar os trâmites legislativos, agindo dentro de sua competência³ (Filho, 2020, p. 354).

A perda superveniente de objeto, de fato, apresenta-se como impedimento formal à realização do controle preventivo de constitucionalidade. Isso porque, a partir do momento em que a matéria da PEC da redução da maioria penal foi remetida ao Senado Federal, qualquer ato do Supremo Tribunal Federal deveria ser direcionado à mesa diretora daquela Casa, o que torna o Mandado de Segurança estudado impróprio para intervir no andamento da proposta. Portanto, não há divergências quanto à decisão da ministra.

Todavia, é imprescindível considerar os efeitos da decisão negativa do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que diz respeito

³ Este entendimento está em consonância ao disposto no Regimento interno do Supremo Tribunal Federal, especificamente no art. 21, inc. IX “ São atribuições do Relator: ix – julgar prejudicado pedido ou recurso que haja perdido o objeto” (Brasil, 2020, p. 39).

à proteção do direito fundamental à inimputabilidade penal por idade, que permanece sujeito a deliberação dos poderes constituídos.

A nova redação do artigo da PEC da redução da maioridade penal, como já demonstrado, viola a autodeterminação do sujeito que se encontra em condição especial de desenvolvimento físico e psíquico. Nesse sentido, analisando a realidade dos adolescentes que passam pelo sistema socioeducativo, é perceptível que a alteração os impactaria demasiadamente, uma vez que 56% dos adolescentes que passam pelo sistema estão na faixa etária entre 16 e 17 anos e que, do total dos adolescentes atendidos pelo sistema, aproximadamente 68,2% enfrentam medida de internação, sendo que a maioria dos atos infracionais dizem respeito a prática de roubo e tráfico de entorpecentes (Brasil, 2019, p. 74).

Note-se que, embora a decisão do Supremo não tenha considerado o mérito da proposta, o tema não perdeu sua importância. Diante desse cenário, é necessário considerar novas possibilidades de obstar a tramitação da PEC da redução da maioridade penal.

Em atenção ao andamento da proposta no Senado Federal, a tramitação da PEC nº 115/2015 encontra-se paralisada desde dezembro de 2019, no aguardo de designação de relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Deste modo, a principal etapa em que o Legislativo desempenha o seu papel de fiscalizar o mérito da proposta, executando o controle político de constitucionalidade, ainda não ocorreu na Casa Revisora. Nesse sentido, considerando todos os pontos que demonstram a inconstitucionalidade da proposta, é urgente que o Legislativo considere a peculiaridade do objeto a ser analisado.

Para além, pressupondo o cenário em que a PEC da redução da maioridade penal seja aprovada pela CCJ do Senado, apesar de seu caráter manifestamente inconstitucional, seria possível impetrar novo Mandado de Segurança em face da Mesa Diretora do Senado Federal, sob a alegação de existência de um vício formal e material, uma vez que a proposta pretende alterar cláusula pétrea.

Em último caso, considerando a hipótese em que a proposta seja deliberada e aprovada pelas duas Casas do Congresso Nacional, seria possível suscitar a realização do controle de constitucionalidade repres-

sivo, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, momento em que o Supremo Tribunal Federal teria o dever de considerar o mérito da emenda constitucional e seu conflito com o texto constitucional.

Portanto, diante dessas novas possibilidades de ação em face do cenário atual, entende-se que o tema da redução da maioria penal não deve ser visto como uma pauta esvaziada e, desse modo, novas estratégias de ação frente a tentativas de retrocesso devem ser pensadas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que existem vícios formais que podem justificar o uso do controle judicial de constitucionalidade preventivo, entre os quais cabe citar violação à cláusula pétrea, que também pode ser entendida enquanto limitação material aos poderes constituídos.

O critério etário de inimputabilidade penal, disposto no art. 228 da Constituição Federal deve ser considerado cláusula pétrea, por ser direito fundamental individual que impõe limite à atuação estatal punitiva em prol de garantir proteção integral aos menores de idade, devido a sua condição peculiar de desenvolvimento. Portanto, qualquer tentativa de reduzir a idade estipulada como critério etário viola a concretização dessa proteção, ocasionando a restrição e a violação de direitos.

Em atenção ao Mandado de Segurança nº 33.556/DF que tinha como objetivo obstar a tramitação e a deliberação da PEC nº 171/1993 (PEC da redução da maioria penal), o estudo concluiu ser possível e necessária a realização de controle de constitucionalidade preventivo, uma vez que a própria tramitação da PEC configurou violação flagrante à supremacia constitucional. Desse modo, o Judiciário poderia exercer o controle de constitucionalidade nessas situações, sem engessar o texto constitucional.

Nesse sentido, a partir da análise das decisões monocráticas proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 33.556/DF, concluiu-se que a decisão monocrática que

não concedeu a medida liminar, na tentativa precária de garantir a não interferência do Poder Judiciário no processo legislativo, demonstrou uma postura nula do Supremo Tribunal Federal diante de uma inconstitucionalidade.

Por outro lado, o estudo não apresentou divergência à decisão monocrática que considerou o Mandado de Segurança prejudicado, haja vista que a perda superveniente do objeto configura impedimento formal à realização do controle preventivo de constitucionalidade. Contudo, ressalta-se que o tema da redução da maioria penal não deve ser visto como uma pauta esvaziada. É preciso estar atento ao andamento da discussão no Congresso Nacional e, a partir disso, pensar em novas estratégias de ação frente a tentativas de retrocesso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 jun. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 171/1993*. Altera a redação do art. 228 da Constituição Federal (imputabilidade penal do maior de dezesseis anos). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoes-web/fichadetramitacao?idProposicao=14493>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Resolução nº 17 de 1989**. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, 1989. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2021-2021.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMF-DH). **Levantamento Anual Sinase 2017**. Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 115/2015**. Altera a redação do art. 228 da Constituição Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122817>. Acesso em: 16 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 33.556-DF/MC** (0001021-97.2015.1.00.0000). Rel.: Min. Cármen Lúcia. Brasília. Data de julgamento: 11 mar. de 2019. Data da publicação: 13 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno** [recurso eletrônico]. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 02/06/2021.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DATAFOLHA. 87% aprovam redução da maioria. Violência PO813805. **Instituto de Pesquisa DataFolha**, São Paulo, 22 jun. 2015. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/04/1620652-87-dos-brasileiros-sao-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal.shtml>. Acesso em 29 de abril de 2021.

DIMITRI, D.; SORAYA, L. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006056/>. Acesso em: 25 abr. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Processo legislativo constitucional**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. **A doutrina da proteção integral e a atividade judicante da infância e juventude: uma orientação no cenário de populismo punitivo**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 19, n. 29, p.1-20, jan./jul.2015. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao art. 228. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W; STRECK Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018. p. 3930-3933.

NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la democracia deliberativa**. 1. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. Assembleia Geral da ONU, 20 de novembro de 1989.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Diretrizes de Riad**. Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil, 1988.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade**, 14 de dezembro de 1990.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Regras de Beijing**. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas. 29 de novembro de 1985.

RODRIGUES, Ellen. **A justiça juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente**: rupturas, permanências e possibilidades. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Editora Magalhães, 2010.

**DIREITO
ADMINISTRATIVO
E AMBIENTAL**

O ROMPIMENTO DA BARRAGEM EM MARIANA/ MG: A TRÍPLICE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

THE DAM COLLAPSE IN MARIANA/MG: THE TRIPLE ENVIRONMENTAL LIABILITY

*Amanda Henrique Pires
Juliana Fogaça Kiaulenas*

RESUMO

O presente trabalho visou analisar os principais danos sofridos pelas diversas famílias atingidas pelo rompimento da barragem localizada na cidade de Mariana, no estado de Minas Gerais, e como se dá a composição da responsabilização no âmbito civil, administrativo e penal. A pesquisa buscou compreender tal questão a partir de revisão bibliográfica, bem como legislação e jurisprudência pertinentes. Como resultado, apurou-se que a questão é de uma sensibilidade extremamente relevante e que demanda atenção nos três âmbitos mencionados, para que não somente as devidas providências sejam tomadas, mas para que algo assim não venha a ocorrer novamente.

Palavras-chave: responsabilidade; Mariana/MG; dano.

ABSTRACT

The present work aimed to analyze the main damages suffered by the several families affected by the rupture of the dam located in the city of Mariana in the state of Minas Gerais, and how the composition of liability in the civil, administrative and criminal scope is given. The research sought to understand this issue from a literature review, as well as relevant legislation and jurisprudence. As a result, it was found that the issue is of an extremely relevant sensitivity and that it demands attention in the three areas mentioned, so that not only the appropriate measures are taken, but so that something like this does not happen again.

Keywords: responsibility; Mariana/MG; damage.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa pretende apontar quais foram os principais danos sofridos pelas diversas famílias atingidas pelo rompimento da barragem localizada na cidade de Mariana, localizada no estado de Minas Gerais, e como se dá a composição da responsabilização no âmbito civil, administrativo e penal através de fontes disponíveis que abordam o tema, como reportagens, laudos técnicos, artigos e relatórios. A pesquisa foi realizada através de revisão bibliográfica, por fontes disponíveis que versaram sobre o tema pesquisado. Também foi utilizada doutrina acerca de justiça ambiental, danos ambientais e reparação de danos, decisões judiciais de processos envolvendo a empresa e acordos realizados entre os órgãos públicos e a mineradora para que assim fosse possível entender melhor a aplicação de medidas de reparação de danos, as pesquisas e perícias realizadas, bem como as consequências do ocorrido.

Observou-se a amplitude da base teórica do tema de danos, e não somente os ambientais, mas também os danos sofridos pelas populações afetadas. Percebeu-se também a magnitude das consequências que advieram desse desastre, tanto com a grande marca de poluição deixada no meio ambiente, de natureza irreparável, quanto com as mortes causadas.

Portanto, por meio dessa pesquisa pôde-se compreender melhor: o que é justiça ambiental, seu conceito, suas abrangências, a responsabilidade dos envolvidos e quais foram os principais danos sofridos pelos atingidos pelo rompimento da barragem em questão.

A partir disto, percebe-se que é necessária uma maior atenção dos órgãos competentes quanto à devida fiscalização para que nenhum outro desastre de tamanha gravidade venha a ocorrer novamente. E que apesar dos esforços para que as medidas de compensação sejam aplicadas, dificilmente haverá uma compensação que realmente esteja ao nível do desastre e que possa compensar os danos ambientais e sociais causados.

2. DA JUSTIÇA SOCIOAMBIENTAL

O conceito de justiça ambiental aborda “princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional de degradação do espaço coletivo.” (Acsehrad; Herculano; Pádua, 2004). Sabendo disso, associa-se o rompimento da barragem em Mariana ao conceito de justiça ambiental, já que pescadores, ribeirinhas e todos que de alguma forma dependem da bacia do Rio Doce para sobreviver acabaram por perder seu meio de subsistência.

Dessa forma, percebe-se o quanto isso é uma consequência do capitalismo que rege o meio social, em que o benefício da exploração do minério se concentra em classes altas da sociedade enquanto os riscos ambientais atingem as classes baixas. Segundo Robert Bullard, a justiça ambiental é

A busca do tratamento justo e do envolvimento significativo de todas as pessoas [...] Por tratamento justo entenda-se que nenhum grupo de pessoas, incluindo-se aí grupos étnicos, raciais ou de classe, deva suportar uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas resultantes de operações industriais, comerciais e municipais, da execução de políticas e programas federais, estaduais, locais ou tribais, bem como das consequências resultantes da ausência ou omissão destas políticas (Bullard, 2004).

Então, sabendo disso, entende-se por injustiça ambiental casos nos quais os danos ambientais resultantes da exploração ambiental estão destinados às classes sociais mais baixas compostas por trabalhadores, grupos raciais discriminados, populações vulneráveis. Com isso, pode-se ligar diretamente com o conceito de justiça socioambiental, que:

Pode ser entendida como a expressão da desigualdade social na apropriação do ambiente e de seus recursos. Ela é um instrumento analítico que remete à gênese da produção de mercadorias pelo sistema hegemônico e serve para conhecer o acesso desigual às vantagens e desvantagens que ele engendra. (Ribeiro, 2017. p.161).

À vista disso, a justiça ambiental abrange diversas noções para que assim o desenvolvimento econômico e o direito ao meio ambiente possam coexistir. Portanto, está correto quando se alega que o que ocorreu com o rompimento da barragem em Mariana foi um caso no qual o termo de justiça ambiental não foi atingido com plenitude até o momento, uma vez que muitas famílias aguardam reparação, e que a restauração das áreas degradadas ainda não foi concluída.

Há críticas acerca da fiscalização precária das barragens pelo órgão responsável. Joaquim Ávila, engenheiro que discutia a segurança de barragens em um evento na cidade de São Paulo em maio de 2016, afirmou que: “A fiscalização, eu diria, sendo um pouquinho franco, não existe. O órgão fiscalizador em Minas Gerais não tem mais que três pessoas especializadas em barragens” (Trevizan, 2016).

Logo acha-se pertinente a fala do Promotor de Justiça Leonardo Maia quanto ao bom andamento da gestão ambiental: “Para o sucesso da gestão ambiental, é preciso que a estrutura dos órgãos licenciadores e fiscalizadores receba os recursos necessários. E é imprescindível que esta atuação se desenvolva pautada em critérios técnicos, não políticos¹”. Dessa forma, entende-se que houve falhas tanto pela parte da empresa quanto pela parte dos órgãos competentes.

3. DO DANO E DA TRÍPLICE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

Sabe-se que os danos causados pelo rompimento da barragem são irreparáveis,

Especificamente no que tange à biodiversidade aquática e a qualidade das águas da bacia hidrográfica do rio Doce os danos causados foram particularmente perversos e imensos, eis que proporcionais à extensão do corpo hídrico atingido pela lama. Em alguns casos, as perdas serão irreversíveis, haja vista a possível extinção de espécies consideradas endêmicas [...] Logo no primeiro dia do desastre, observou-se a completa aniquilação dos anfíbios, mamíferos e ani-

¹ UOL. 2016. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2016/11/06/um-ano-de-marina-maior-desastre-ambiental-do-brasil-deixa-duras-licoets.htm>.

mais de pequeno porte, cujos habitats estabelecidos às margens dos rios foram soterrados pelos resíduos (Lopes, 2016, p. 9).

Um laudo realizado em 2015 – mesmo ano do desastre – pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais e Renováveis (Ibama) detectou que pela enxurrada de lama foram devastados aproximadamente 1.469 hectares de mata atlântica e que em seguida atingiu os principais rios da região – como o Rio Gualaxo e o Rio Doce. Ao analisarem a água dos rios afetados, foram detectadas diversas alterações em elementos nas águas, como Alumínio (Al); Bário (Ba); Cálcio (Ca); Chumbo (Pb); Cobalto (Co); Cobre (Cu); Cromo (Cr); Estanho (Sn); Ferro (Fe); Magnésio (Mg); Manganês (Mn); Níquel (Ni); Potássio (K); Sódio (Na)².

O acidente afetou também a economia local que, além do minério, era composta também pelo turismo, já que a cidade de Mariana foi a primeira capital do estado de Minas Gerais. Diversas famílias ficaram desabrigadas, pois a lama destruiu diversas casas e plantações, causando também 19 mortes (Alessi, 2019). Com a perda das casas e dos bens materiais, diversas pessoas ficaram sem nada e até hoje lutam para reconquistar o que perderam, muitas acabaram morrendo antes mesmo de receberem algo por parte da empresa.

Segundo uma reportagem feita pelo site Repórter Brasil em março de 2021, 55 pessoas atingidas pelo rompimento da barragem em Mariana chegaram a falecer antes de receberem casas reconstruídas pela Fundação Renova (Camargos, 2021), fundação criada pela própria Samarco, responsável pela mobilização para reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, essa criação foi resultado do Termo de Transação e Ajustamento de Conduta assinado pela empresa³.

² IBAMA. Laudo Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_ibama.pdf. p. 32.

³ SAMARCO. **Fundação Renova**. 2021. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/a-fundacao/>.

Para se analisar qualquer lesão ambiental, deve-se compreender a complexidade e gravidade desta, considerando as várias consequências de um dano a tal patrimônio transindividual.

Preliminarmente, cabe citar o conteúdo da Política Nacional do Meio Ambiente, a qual retrata que o meio ambiente seria um conjunto de condições e interações de ordem física, química biológica, abrigando e regendo a vida em todas suas formas (art. 3º, inciso I, da Lei nº 6.938/1981).

Desse modo, entende-se que a ocorrência de um dano acarreta inúmeras consequências a direitos juridicamente tutelados, sejam eles pertencentes a um indivíduo, grupo ou até a coletividade, resultando em uma obrigação de reparação do dano causado. No tocante ao meio ambiente, compreende-se que o dano ambiental está caracterizado a partir do momento em que haja alterações prejudiciais neste e, como expõe José Rubens Morato Leite (1999, p. 84), a saúde e interesses das pessoas que usufruem deste ambiente, pois elas são direta e indiretamente afetadas por uma lesão deste gênero.

Assim, se percebe a complexidade do dano ambiental, bem como todas as complicações que podem estar envolvidas, tanto no momento da lesão, quanto no futuro. O dano ambiental é a agressão ao meio ambiente, que é de titularidade de toda coletividade, perpassando a limitação das esferas público e privada. Tal dano acaba por acarretar numa carga ofensiva aos direitos fundamentais dos atingidos, seja no presente ou futuro, direta ou indiretamente, e não só em âmbito material, mas também no extrapatrimonial.

Por essa razão, compreendendo a extensão de um dano ambiental e a dificuldade, ou até mesmo a impossibilidade, de reparação, a Constituição Federal traz o dever de preservar e defender o meio ambiente, bem como a responsabilização dos agentes que exercem atividade ou apresentam condutas lesivas a tal bem comum, ficando sujeito a sanções em diferentes esferas jurídicas.

Ainda, em vista da dificuldade de reparação de danos infligidos ao meio ambiente, também há imposição de deveres de prevenção e precaução, com intuito de evitar lesões a tal bem e, a partir do momento em

que se há um dano efetivamente causado, cria-se a obrigação do causador do dano de repará-lo integralmente.

Com base no princípio da prevenção, extrai-se a necessidade de adoção de medidas com objetivo de evitar danos, atentando-se a possíveis pontos de origem de danos ambientais. Isso se dá pelo conhecimento de atos que geram impactos ambientais, reconhecendo nexos de causalidade suficientes para previsão de um dano (Sarlet; Fensterseifer, 2017, p. 241).

Ainda, quanto ao princípio da precaução, tem-se que este pode apresentar maior complexidade e abrangência em relação ao princípio anteriormente citado. Pretende dar enfoque aos resultados futuros decorrentes das ações humanas. Essa regra tem o intuito de interpretar relações e institutos jurídicos com base na necessidade de cautela em relação aos bens jurídicos ameaçados, quais sejam a vida, saúde, dignidade, entre outros (*Ibidem*, p. 248).

Ambos os princípios supracitados, que prezam pela manutenção do equilíbrio ecológico, permitem que os legitimados para isto executem determinadas ações com objetivo de evitar práticas que apresentem perigo de dano, obrigando que possíveis causadores de danos ambientais adotem medidas preventivas.

Todavia, quando é causado um dano ao meio ambiente, surge o dever de reparação. A Constituição Federal garante o direito a todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo o dever de preservação deste e, em caso de lesão a este bem de uso comum e essencial a uma qualidade de vida sadia, os infratores serão sujeitos às sanções administrativas e penais, obrigando-se a reparar os danos (art. 225, § 3º, CF/88 e art. 14 da Lei nº 6.938/1981).

Tal obrigação é pautada pelos princípios do poluidor-pagador e da reparação integral, os quais dispõem acerca da atribuição ao causador de dano de dever de reparação do meio ambiente ao estado original ou, pelo menos, o mais próximo possível disso.

Isto posto, se tem que a atividade empresarial, especialmente aquela que atua diretamente com recursos ambientais, como são os extrativismos, acaba por gerar riscos e impactos ao ambiente intrínsecos

a atividade exercida, devendo ser aplicados os referidos princípios com o fim de mitigar os danos e riscos inerentes a ela, como no caso em tela.

O entendimento do ambiente como direito fundamental ressignifica toda a interpretação da Constituição, os artigos 170 e 225 da CF acabam reorganizando a ordem econômica, estabelecendo claramente o limite que a sustentabilidade tenta impor entre a economia e o ambiente, de modo a mantê-lo estável a todo tempo para as gerações presentes e futuras, diminuindo o impacto gerado pela atividade econômica, em especial as empresas que lidam diretamente com recursos naturais.

Assim, se faz necessária a mudança da relação dos seres humanos para com a natureza, deixando a concepção antropocêntrica antiquada. Aqui adentrando a questão do desenvolvimento sustentável, alterando-se ainda o modelo econômico reduzido ao desenvolvimento econômico com base somente nos lucros, visto que toda atividade gera algum impacto ao ambiente e não há uma soberania das pessoas em relação à natureza, não se trata de uma simples relação utilitarista em que o humano não se encontra no “mundo dos recursos” (Derani; Bötter, 2018, p. 210).

Como expõem Derani e Bötter, o processo de judicialização das relações envolvendo conflitos ambientais acaba por adquirir a característica de um recurso estratégico para a discussão dos danos ambientais, saindo da esfera meramente formal da disposição da lei, para a esfera material, fazendo a lei ser cumprida e efetivando direitos.

Portanto, tendo em vista a atuação da Samarco, deve-se utilizar dos meios possíveis e necessários para responsabilização desta, de modo a garantir o desenvolvimento sustentável e efetivar os direitos expostos na legislação, em especial dos artigos 170 e 225 da Constituição. Fazendo então com que a empresa repare todos os danos causados, recuperando totalmente, ou o mais próximo possível, a natureza lesada e as vítimas atingidas pelo seu descumprimento para com o dever de preservação e precaução.

Desse modo, quando não cumpridos os princípios da precaução e prevenção, de modo a evitar o dano ao ambiente, deve-se analisar os meios de responsabilização na ocorrência de dano ambiental,

sendo que esta pode se dar por meio da responsabilidade administrativa, penal e civil.

Quanto à responsabilidade diante de lesão ambiental, cumpre mencionar que o ordenamento jurídico adota o princípio denominado *non bis in idem*, em razão de tratados internacionais que o Brasil é signatário, como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas. Tal princípio retrata a impossibilidade de o Estado impor a um indivíduo dupla sanção ou até mesmo um duplo processo em razão de um único ato delitivo, ou seja, no caso em tela, por exemplo, caso a Samarco fosse obrigada nos termos da reparação civil, não haveria processo nem sanção penal ou administrativa.

Contudo, com a promulgação da CF/88, acabou-se por introduzir a figura da tríplice responsabilização ambiental, permitindo a cumulação de sanções. Tal inovação se deu pelo entendimento de que as sanções, sejam elas penais, administrativas ou civis, tutelam diferentes objetos, além de se submeterem a distintos regimes jurídicos.

Assim, demonstrada a interdisciplinaridade do direito ambiental, o dano ambiental pode gerar ao seu causador a tríplice responsabilização, de modo que a condenação em uma ou mais esferas jurídicas não interfere em outra e não se caracteriza a situação trazida pelo princípio do *non bis in idem*, visto que estas são independentes entre si.

3.1. Da responsabilidade administrativa

A Constituição Federal dispõe, em seu artigo 225, §3º, que condutas lesivas ao meio ambiente acabam por sujeitar os infratores a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados. A responsabilidade administrativa advém do poder inerente à Administração Pública, presente em todos os entes federativos, detendo a capacidade de impor determinadas condutas aos administrados, conforme suas respectivas competências.

A responsabilidade administrativa revela contornos que geram debate sobre sua natureza, havendo divergência tanto doutrinária, quanto jurisprudencial. Para compreender tal aspecto da responsabi-

lidade administrativa, pode-se citar duas correntes, a primeira retrata tal espécie de responsabilização como subjetiva, defendendo a exigência de demonstração de que o fato foi cometido pelo poluidor e, ainda, da prova do nexa causal entre a conduta e o dano efetivamente causado. Entendimento esse que passou a ser apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça, como é o exemplo do julgado EREsp nº 1.318.051/RJ, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, o qual reformou a decisão dada no Recurso Especial, com o fundamento de que a responsabilidade administrativa ambiental não segue a mesma lógica objetiva da esfera cível, mas que se entende como aplicável a teoria da culpabilidade. Portanto, devendo-se ser demonstrado o nexa causal entre a conduta do agente e o dano ao ambiente, elemento este de natureza subjetiva.

Já a corrente objetiva, por considerar que, em razão do interesse coletivo de preservação do ambiente e da necessidade de um processo célere, de modo a possibilitar providências para reparação do dano de maneira ágil, o que seria arrastado por eventual debate acerca da presença ou não de culpa (Brito; Mastrodi Neto, 2016, p. 54). Assim, passando a considerar a análise da culpa como uma exceção no âmbito da responsabilidade administrativa em caso de dano ambiental.

Contudo, não há um entendimento pacífico sobre a natureza da responsabilidade administrativa, que, em regra geral, é objetiva. Ainda é um conceito que está em construção e evolução, havendo grande parte dos julgados ainda considerando a responsabilidade objetiva, como é o exemplo do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial de nº 165201/MT, o qual defende que a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, dispensando-se então a comprovação de culpa. Pode-se citar ainda o argumento de que a responsabilidade administrativa decorre de fato objetivo, que é a violação da norma (Rodrigues, 2019).

Em análise à legislação, em especial a Lei nº 9.605/98, a qual dispõe sobre as sanções penais e administrativas para condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, compreende-se que a infração administrativa em matéria ambiental seria toda ação ou omissão que viole as normas acerca do usufruto, proteção e recuperação ambiental.

Deste modo, tem-se que no caso em tela, a Samarco, como administradora da barragem de Fundão, responderia administrativamente pelo dano causado, visto que o rompimento da barragem contendo substâncias tóxicas acabou por contaminar o Rio Doce, contribuiu com a destruição de uma vasta extensão de vegetação natural, trazendo prejuízos à saúde humana, animal e à toda biodiversidade.

3.2. Da responsabilidade penal

A intervenção do Direito Penal em casos de dano ambiental está autorizada pelo dispositivo constitucional do art. 225, §3º, que expõe que, além da responsabilidade administrativa, danos ao meio ambiente podem gerar responsabilidade criminal à pessoa que o causar, seja ela física ou jurídica. Ainda, deve-se enfatizar a natureza de tal responsabilidade, que é subjetiva.

Considerando as consequências possíveis trazidas pela aplicação do Direito Penal, necessário se faz ressaltar que tal instrumento, além de poder aplicar sanções restritivas de direitos e multas, é o único que pode impor a pena de privação de liberdade, devendo ser utilizado em *ultima ratio*.

A responsabilização da pessoa jurídica em matéria de direito penal pode se dar por meio de multas, sanções restritivas de direitos e até na prestação de serviços à comunidade quando há prática de conduta lesiva ao ambiente. Há entendimento de que a pessoa jurídica detém capacidade penal, principalmente na questão da defesa ao meio ambiente, sendo necessária a preservação do equilíbrio ecológico do bem essencial à sadia qualidade de vida que é o ambiente, nos termos do art. 170 e 225 da CF/88.

Isso posto, passa-se a análise da possível responsabilização penal da Samarco. Analisando os Autos de Infração do Ibama em face das consequências do rompimento da Barragem de Mariana, tem-se que a Samarco pode ser responsabilizada pela poluição da Bacia do Rio Doce por conta do contato com os rejeitos tóxicos de minério, levando ao perecimento de espécimes da fauna aquática e terrestre, causando interrupção do fornecimento público de água às comunidades afetadas e causando graves

riscos e danos à saúde humana, com fundamento nos arts. 33 e 54 da Lei de Crimes Ambientais nº 9.605 (Brito; Mastrodi Neto, 2016, p. 49).

Esses dispositivos preveem a responsabilidade penal pela emissão de efluente ou carreamento de materiais, levando ao perecimento de espécimes da fauna aquática local, e a poluição de qualquer natureza que possam causar danos à saúde humana ou que provoquem a morte de animais ou significativa destruição da flora, citando especialmente os casos da conduta que tornar uma área imprópria para ocupação humana, causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento de água a alguma comunidade e lançamento de resíduos em desacordo com exigências dispostas em lei e regulamentos pertinentes.

Portanto, considerando o conteúdo destas normas, conclui-se que são plenamente aplicáveis ao caso concreto ora analisado, imputando responsabilidade penal à Samarco pelos danos causados à flora, à fauna e à saúde humana.

3.3. Da responsabilidade civil

A responsabilidade civil é o instrumento pelo qual se pretende a reparação do dano causado pelo poluidor. Através deste meio de responsabilização, os órgãos públicos investidos no papel de proteção do ambiente e cidadãos que usufruem deste ou, ainda, que sofrem com desastres ambientais, utilizam-se desse instituto a fim de garantir o respeito à dignidade das vítimas e, ainda, a recuperar o ambiente afetado.

Da doutrina tradicional acerca da responsabilidade civil, tem-se que o causador do dano se responsabiliza pelo dano infligido a outrem, sendo obrigado a ressarcir os prejuízos suportados por este e compensando aqueles que não puderem ser aferidos monetariamente, mensurando tal obrigação pela extensão do dano. A tutela do meio ambiente se dá através das três funções da responsabilidade, “abrangendo a função ressarcitória, essencial à reparação do dano ambiental, preferencialmente através da restauração natural, a função preventiva e a função punitiva na tutela do meio ambiente” (Sendim, 2002, p. 16).

A responsabilidade civil atua através de suas diferentes funções: a indenizatória, se fundada na reparação do dano, de modo a se excluir o prejuízo econômico causado, restaurando o equilíbrio das esferas jurídicas envolvidas; minorar o sofrimento infligido por meio do dano moral; ou, ainda, compensar pela ofensa a bem jurídico de outrem, como a vida e integridade física.

Há ainda a função preventiva, atuando em relação a perigos atuais, concretos e iminentes, bem como de riscos hipotéticos. E, por fim, a função punitiva, ou também denominada sancionatória, que visa retribuir o ilícito cometido através de uma pena, atuando na prevenção especial, ou seja, no caso concreto, dissuadindo o infrator de outras infrações, assim como numa prevenção geral, de modo a dissuadir outros indivíduos da prática da mesma infração, observando mais atentamente o dever de cuidado.

Em busca do desenvolvimento tecnológico e científico e, por óbvio, o lucro de suas atividades, o ser humano acaba por impor à coletividade diversos prejuízos, que, em se tratando do meio ambiente, são muitas vezes irreversíveis e incalculáveis. Assim, a responsabilidade civil em matéria de direito ambiental objetiva a tutela do ambiente e dos atingidos pelos danos a este, bem como acaba por coibir a atuação desordenada do homem na exploração dos recursos naturais.

Deve-se enfatizar que, além do aspecto objetivo da responsabilidade civil, trazendo o dever de reparar o dano ao patrimônio ambiental, é inegável a aplicação do dano moral coletivo, tendo em vista que o dano ambiental traz imenso sofrimento aos indivíduos lesados, pois fere, além da esfera material, a esfera moral da coletividade atingida, bem como o direito à qualidade de vida sadia, em sentido amplo.

Para compreensão da responsabilização do causador do dano ambiental, se faz necessário citar alguns princípios que norteiam essa modalidade de responsabilidade, com reforço do disposto na Constituição Federal, em seu art. 225, §2º, o qual traz ênfase ao dever de recuperação do meio ambiente degradado, como o é pela mineração no caso, visto que os danos causados pela atividade mineradora são de longa duração e têm grande impacto negativo ao ambiente.

Inicialmente, cabe ressaltar a teoria já citada, como os princípios da prevenção e precaução, que compreendem que deve haver um cuidado para evitar a ocorrência de ameaça ou dano ao ambiente. A simples ameaça de prejuízo ambiental já é autorizadora da adoção de medidas necessárias para evitar danos ao patrimônio ambiental.

Contudo, a partir do momento em que um dano é efetivamente causado, gera-se a obrigação de reparação. O princípio da reparação integral pelos danos ocorridos atribui ao causador desse dano a obrigação de recompor o meio ambiente prejudicado ao estado natural ou, pelo menos, o mais próximo de sua natureza. O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, conforme trazido pela Constituição Federal, estabelece como obrigação de toda a coletividade a preservação deste e, em caso de lesão a este bem, determina a responsabilização dos sujeitos infratores, obrigando-se a reparar os danos.

Relevante ressaltar ainda que dentro da reparação se inclui o sofrimento vivenciado pelos atingidos, visto que estes sentem todas as consequências do desastre e dos danos ao ambiente, tanto no momento do acontecimento quanto futuramente, visto que os danos ao ambiente são, frequentemente, de difícil ou até impossível reparação total.

Há ainda o princípio do poluidor-pagador, que consiste na identificação dos efeitos externos causados pela atividade econômica, diminuindo as falhas do mercado que geram degradação ao ambiente. A partir do exercício da atividade empresarial, principalmente de atividades que se ligam diretamente à exploração de recursos ambientais, compreendem-se riscos e impactos ao meio ambiente intrínsecos a tal exercício. Assim, a externalidade é inserida nos custos da atividade exercida, com o objetivo de mitigar os prejuízos ambientais.

Ao considerar os custos destas chamadas externalidades, acaba funcionando como um mecanismo de indução no comportamento das empresas, sem o uso da coação. Acaba por criar uma responsabilidade socioambiental por parte da empresa, afastando-se do ideal conservador acerca da finalidade somente lucrativa e voltada ao consumidor e aos acionistas na atividade empresarial, ou seja, responsabilizando-se pelos impactos gerados no exercício de suas funções.

Portanto, se reconhece que sua atividade não gera efeitos apenas internamente e no resultado econômico, mas também externos, em face da sociedade e do ambiente, os quais devem ser reparados.

Por todo o exposto, tem-se que está claro o nexos causal entre a conduta da mineradora Samarco e os inúmeros danos causados ao meio ambiente, bem como a toda população atingida por este desastre. A partir disso, deve-se estabelecer o dever de reparação do ambiente e das vítimas, tanto na esfera patrimonial quanto extrapatrimonial.

3.3.1. Do dano coletivo

O desastre do rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG, acabou por lesar os indivíduos que perderam suas casas, sua convivência, sua história, sua qualidade de saúde ou até mesmo a vida, entre outros tantos elementos de suas vidas. Assim, quanto aos danos extrapatrimoniais, pode-se considerar que não é possível mensurar numericamente o tamanho destes e, conseqüentemente, da reparação devida.

Considerando a magnitude da lesão causada, tem-se que houve uma ofensa injusta a uma situação extrapatrimonial de toda a coletividade. A indenização por dano extrapatrimonial, ou comumente denominado como dano moral, advém de toda uma perspectiva complexa em volta dos direitos fundamentais, tal proteção decorre da cláusula referente à tutela da personalidade, prevista na Constituição Federal (art. 5º, V, CF/88), tendo como base a dignidade da pessoa humana.

Em se tratando de um dano à coletividade como um todo, tem-se que há um alcance mais amplo dessa reparação, uma vez que não se restringe ao sofrimento de indivíduos determinados, podendo ser compreendido como uma modificação prejudicial no espírito coletivo (Bessa, 2007, p. 260).

No tocante ao dano moral coletivo em matéria ambiental, identifica-se quando o prejuízo e impacto ao ambiente acaba por provocar uma comoção social, que atinge uma comunidade, como é o caso do rompimento da barragem administrada pela Samarco.

É de grande relevância a preocupação acerca da eficácia dos meios que podem garantir proteção aos interesses coletivos, seja em âmbito infraconstitucional ou constitucional. Na Constituição se vê a atribuição de enorme importância aos instrumentos que garantam efetiva tutela a tais direitos coletivos, podendo se considerar que a ação civil pública, contida na Lei nº 7.347/85, é um dos meios mais relevantes para tal, como é para o caso concreto aqui analisado (Palhares, 2020).

Ainda se percebe divergência quanto à responsabilidade civil por dano moral coletivo ao meio ambiente. Contudo, é nítida a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de aplicar tal instituto em relação a casos em que haja prejuízo à coletividade em razão de degradação ambiental.

A responsabilidade civil, através de suas funções, visa à reparação dos danos, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais. Assim, entende-se que a partir do momento em que haja um dano, sendo o dano moral aplicado quando há lesão dos bens relacionados aos direitos da personalidade e ainda havendo a possibilidade de consideração deste em âmbito coletivo, tem-se que é possível a aplicação dos danos morais coletivos em razão de danos ambientais que causem graves consequências a coletividade, como ocorre no rompimento da barragem em Mariana/MG, vez que a própria Carta Magna retrata a dignidade da pessoa humana e, ainda, expressa o direito de todos a um ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do art. 225, CF, sendo imputado ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

A jurisprudência já vem entendendo pela aplicação do dano moral coletivo em caso de dano ambiental, visto que o meio ambiente, por se tratar de bem público, gera repercussão geral, sendo necessária a conscientização geral, com objetivo de resguardar os interesses da geração atual, bem como das gerações futuras.

Através da consideração de que o dano moral coletivo agride direitos da personalidade de forma massificada, entende que não é necessária a comprovação do sofrimento dos atingidos, seja individual

ou coletiva, apenas comprovação donexo causal e evento danoso, como é o exemplo do Recurso Especial nº 1269494/MG.

Desse modo, além do dever de indenizar e compensar as vítimas deste desastre pelas perdas materiais extrapatrimoniais, como à saúde; e, por óbvio pelos danos ao ambiente, com objetivo de restaurar integralmente ou o mais próximo ao estado natural, se vê a possibilidade de aplicação do dano extrapatrimonial coletivo.

O dano moral coletivo, através do entendimento de agressão aos direitos de forma massificada, visa a garantia e defesa dos direitos transindividuais, mantendo a integridade de toda uma coletividade. Desse modo, pretende efetivar tais direitos difusos, garantindo a dignidade da pessoa humana.

Assim, a indenização a título de dano moral coletivo ambiental não pretende a reparação individual para cada indivíduo lesado, vez que as vítimas são indeterminadas. Cabendo então ressaltar que o meio ambiente transcende a questão público e privada, pois este é de toda coletividade.

Portanto, tal valor deve ser destinado a um fundo de amparo aos bens lesados, como disposto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), como é o exemplo do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, com o fim de recuperar o ambiente local que foi lesado, tendo natureza compensatória. Tem-se por finalidade a compensação da perda de qualidade de vida decorrente do dano ambiental e do sofrimento infligido a toda sociedade, tanto para a geração atual quanto para as futuras.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado o exposto, entende-se que justiça socioambiental se trata de um instrumento utilizado em meio à luta política contra a desigualdade social, indicando os indivíduos e o modo pelo qual são afetados pelas atividades de transformação das matérias primas, bem como quem é beneficiário de seus produtos (Ribeiro, 2016, p. 158).

Sendo assim, os que estão à mercê das consequências advindas do meio de produção em larga escala acabam sendo as comunidades mais vulneráveis – trabalhadores rurais, indígenas, comunidades quilombolas – que quase sempre usufruem da terra e do meio ambiente para própria sobrevivência. A vista disso, essas comunidades sentem os impactos de forma brusca, já que os efeitos no meio ambiente dificilmente são reversíveis ou podem ser recompensados.

Vale pontuar que não há como assegurar que as medidas sobre os danos passíveis de compensação realmente serão realizadas, já que algumas das medidas prometidas à população afetada pelo desastre ainda não ocorreram e outras estão em trâmite perante o Poder Judiciário⁴, como cita reportagem publicada no G1:

De acordo com Mônica dos Santos, membro da comissão dos atingidos, algumas pessoas ainda não receberam propostas de indenização por parte da Fundação Renova. Além disso, os valores oferecidos pela entidade, criada para reparar os danos causados pelo rompimento da barragem, são baixos [...] quase seis anos depois do rompimento da barragem, Mônica e as demais famílias atingidas seguem sem previsão de voltar para casa. O Ministério Público de Minas Gerais pediu que a Justiça aplicasse multa de R\$ 1 milhão por dia de atraso às mineradoras Vale, Samarco e BHP Billiton, mas ainda não houve decisão sobre o caso.

Os danos sofridos pela população atingida pelo rompimento da barragem em questão foram enormes. Dezenove vidas foram perdidas devido ao acidente, comunidades inteiras foram destruídas e modos de subsistência inviabilizados. Um acidente que ficou marcado não somente no meio ambiente, que sofre com as consequências até hoje,

⁴ Segundo a entidade (Fundação Renova), o prazo de entrega de reassentamentos está sendo discutido em uma ação civil pública em curso na comarca de Mariana, um recurso foi submetido para análise em segunda instância, diz Rafaela Mansur, jornalista do G1 Minas.

mas também que ficou marcado na memória dos que perderam suas comunidades, suas casas, plantações e tudo o que tinham⁵.

Portanto, se faz necessária uma maior atenção dos órgãos competentes quanto aos processos judiciais referentes à reparação de danos e quanto à devida fiscalização para que nenhum outro desastre de tamanha magnitude possa ocorrer novamente. O que se percebe que não vem acontecendo, pois desde o desastre de Mariana, outros desastres envolvendo o rompimento de barragens de mineradoras ocorreram no Brasil:

De acordo com o Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), uma das barragens da comunidade de Aurizona, em Godefredo Viana, no extremo oeste do Maranhão, a 338 quilômetros de São Luís, rompeu, na manhã desta quinta-feira (25/05/2021). Os rejeitos teriam contaminado o rio Tromai (Segalla, 2021).

E ainda outras estão em risco de romper, como é o caso da barragem Xingu, que também fica em Mariana (MG) e que também pertence à empresa Vale⁶.

Segundo a Agência Nacional de Mineração, o Brasil possui 859 barragens de rejeitos de minério no Brasil. Dessas, 50 possuem risco quanto à estrutura de segurança. O ex-relator especial da Organização das Nações Unidas (ONU) para resíduos tóxicos, químico e advogado, Baskut Tuncak, disse que não ficaria surpreso caso ocorresse outro desastre de barragens no Brasil.

O ex-relator esteve no país, onde ouviu os atingidos pelos rompimentos em Mariana e Brumadinho juntamente de uma comitiva do

⁵ MPMG, Superintendência de Comunicação Integrada. Rompimento da barragem de Fundão, em Mariana: resultados e desafios cinco anos após o desastre. **Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 29 out. 2020. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/rompimento-da-barragem-de-fundao-em-mariana-resultados-e-desafios-cinco-anos-apos-o-desastre.htm>

⁶ Barragem da Vale chamada Xingu, na mina Alegria, em Mariana (MG), corre “grave e iminente risco de ruptura por liquefação”, afirmou nesta quarta-feira a Superintendência Regional do Trabalho de Minas Gerais, responsável por interditar atividades da empresa no local. dizem Marta Nogueira e Tatiana Bautzer em reportagem encontrada no UOL Economia.

Conselho de Direitos Humanos da ONU (Giovanaz, 2020). Tuncak ainda fez um pedido específico por uma investigação transparente, imparcial, rápida e competente sobre a toxicidade dos rejeitos, com acessibilidade plena à informação pelo público geral, e pediu que as medidas de precaução necessárias sejam tomadas imediatamente (ONU, 2019). Contudo, os especialistas ainda comunicaram suas preocupações quanto ao impacto negativo de direitos humanos causado pelas rupturas da barragem de rejeitos em Mariana, no estado de Minas Gerais, para o governo do Brasil e as companhias relacionadas em novembro de 2015 (Ref. BRA 10/2015) (ONU, 2019).

Como o tipo de dano causado por rompimentos de barragens é complexo e acaba por repercutir em várias frentes, o ideal seria que fosse adotado o princípio da prevenção, a fim de evitar que desastres dessa magnitude ocorram. Vale ainda mencionar a Lei nº 14.066/2020, que trata da Política Nacional de Segurança de Barragens, mas que mais especificamente alterou a Lei nº 12.334/2010, que tratava do mesmo assunto. A alteração se deu em razão dos casos ocorridos em Mariana e Brumadinho, e possui o objetivo de reforçar os deveres do empreendedor e do Estado na fiscalização.

Através desse estudo pode-se inferir alguns resultados, cabendo ressaltar que a atualidade do tema pode ainda adicionar estudos críticos, tendo em vista que não houve indenização integral pelos danos causados, tanto na questão socioeconômica, quanto ambiental.

Cumprе ressaltar que, diante de todos os danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados e que ainda repercutem nas vidas da comunidade atingida, deve-se prezar por meios eficazes e céleres de reparação dessas lesões. A reparação deve ocorrer desde o ambiente e aos atingidos individualmente, até à coletividade como um todo.

Conforme observado ao longo deste trabalho, um dano ambiental traz efeitos para diferentes esferas e elementos, cabendo a responsabilidade por diferentes regimes jurídicos, administrativo, penal e civil.

A partir da presente pesquisa, compreende-se as bases teóricas e a possibilidade de aplicação da tríplice responsabilização ambiental à Samarco em face do rompimento da barragem de Fundão e todos os

danos causados no estado de Minas Gerais e Espírito Santo, tanto às pessoas quanto à flora e fauna.

Considerando toda a conduta da mineradora Samarco, responsável pela barragem de Fundão, observa-se que houve descumprimento de uma série de princípios e regramentos fundados na prevenção e defesa do meio ambiente, bem como após o dano efetivamente causado a este bem de titularidade transindividual. Portanto, cabendo responsabilização ao causador do dano nas diferentes esferas jurídicas, caracterizando-se a denominada tríplice responsabilidade ambiental, nos âmbitos administrativo, penal e civil.

Além disso, não se pode desconsiderar a grave lesão à coletividade diante do dano a um bem de titularidade transindividual de tamanha relevância como é o meio ambiente. Portanto, com base na análise doutrinária e jurisprudencial, bem como do caso concreto aqui estudado, tem-se que é evidente a possibilidade de aplicação do dano moral coletivo em questão de dano ambiental e, ainda, sem que haja necessidade de comprovação do sofrimento dos atingidos. Destinando-se o proveito econômico a fundos com objetivo de amparo ao ambiente lesado, com finalidade de compensação pelos danos.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relumê Dumará, Fundação Ford, 2004.

ALESSI, G. Três anos depois, as vítimas de Mariana ainda esperam ter casas reconstruídas. **El País**. 26 jan. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/25/politica/1548443780_104893.html.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral e coletivo. **Revista da EMERJ - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, ed. n. 40. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista40/Revista40_247.pdf. Acesso em 16 mar. 2021.

BÖTTER, Serli Genz; DERANI, Cristiane. Direito ambiental e desenvolvimento sustentável: uma análise da judicialização das relações. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 15, n. 33, p. 209-242, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010**. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4o da Lei no 9.984, de 17 de julho de 2000. [S. l.], 20 set. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12334.htm. Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.066, de 30 de setembro de 2020**. Altera a Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), a Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, que cria o Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA), a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, e o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração) . [S. l.], 30 set. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14066.htm#. Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. Nações Unidas. Brasil: especialistas da ONU pedem investigação de ruptura fatal de barragem. **ONU Notícias**, [S. l.], 30 jan. 2019. Centro de Imprensa, p. s/p. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/82277-brasil-especialistas-da-onu-pedem-investigacao-de-ruptura-fatal-de-barragem>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. Política Nacional do Meio Ambiente. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Brasília, DF: Presidência da República, 1981.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 165201/MT. Relator: Ministro Humberto Martins**, 19 de junho de 2012. Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%27165201%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%27165201%27.suce.\)\)&thesaurus=-JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%27165201%27)+ou+(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%27165201%27.suce.))&thesaurus=-JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1318051/RJ. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques**, 12 de junho de 2019. Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ERESP%27.clas.+e+@num=%271318051%27\)+ou+\(%27ERESP%27+adj+%271318051%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ERESP%27.clas.+e+@num=%271318051%27)+ou+(%27ERESP%27+adj+%271318051%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial nº 1269494/MG. Relatora: Ministra Eliana Calmon**, 01 de outubro de 2013. Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271269494%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271269494%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271269494%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271269494%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 16 mar. 2021.

BRITO, Beatriz Duarte Correa de; MASTRODI NETO, Josué. As esferas de responsabilidade pelo dano ambiental: aplicação ao caso Samarco. **Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente**, vol. 39, 2016. DOI: 10.5380/dma.v39i0.47182.

BULLARD, Robert. Enfrentando o racismo ambiental no século XXI. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. p. 41-68.

CAMARGOS, D. Desastre em Mariana: 55 atingidos pela barragem da Samarco morreram sem ter casa reconstruída pela Fundação Renova. **Repórter Brasil**, Mariana/MG, 4 mar. 2021.

GIOVANAZ, Daniel. Não ficaria surpreso com outro desastre em barragens no Brasil, diz ex-relator da ONU: Cinco anos após vazamento em Mariana (MG), Baskut Tuncak analisa que não foram tomadas medidas de prevenção suficientes. **Brasil de Fato**, Florianópolis (SC), p. s/p, 4 nov. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/11/04/nao-ficaria-surpreso-com-outro-desastre-em-barragens-no-brasil-diz-ex-relator-da-onu>. Acesso em: 16 ago. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA. **Laudo Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais**. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf. Acesso em: 22 jul. 2021.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Orientador: Paulo Henrique Blasi. Tese (Doutorado) - Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 1999.

LEITE, J.A.O *et al.* Estudo dos impactos socioambientais causados pelo rompimento da barragem de Fundão em Mariana-MG. **O Meio Ambiente Sustentável**, p. 143-158, nov. 2019. Disponível em: <https://www.finersistemas.com/atenaeditora/index.php/admin/api/artigoPDF/29204>. Acesso em: 23 jul. 2021.

LOPES, L. M. N. O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais. **Sinapse Múltipla**, v. 5, n. 1, p. 1, 14 jul. 2016.

MANSUR, Rafaela. Mariana: audiência discute indenização de atingidos quase seis anos após tragédia: Atingidos querem mais prazo para fechar acordo de indenização. Direito prescreve no dia 2 de outubro. **G1 Minas**, Belo Horizonte, p. s/p, 6 jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2021/07/06/mariana-audiencia-discute-indenizacao-de-atingidos-quase-seis-anos-apos-tragedia.ghtml>. Acesso em: 16 ago. 2021.

MPMG, Superintendência de Comunicação Integrada. Rompimento da barragem de Fundão, em Mariana: resultados e desafios cinco anos após o desastre. **Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, [S. l.], p. s/p, 29 out. 2020. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/rompimento-da-barragem-de-fundao-em-mariana-resultados-e-desafios-cinco-anos-apos-o-desastre.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

NOGUEIRA, Marta; BAUTZER, Tatiana. Barragem desativada da Vale em Mariana tem risco de ruptura, diz órgão trabalhista. **UOL Economia**, [S. l.], p. s/p, 9 jun. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2021/06/09/barragem-desativada-da-vale-em-mariana-tem-risco-de-ruptura-diz-orgao-trabalhista.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

PALHARES, Zânia. Dano moral coletivo relacionado ao meio ambiente. **Revista Jus Navigandi**, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79368/dano-moral-coletivo-relacionado-ao-meio-ambiente/3>. Acesso em: 16 mar. 2021.

UOL. Um ano de Mariana: maior desastre ambiental do Brasil deixa duras lições. **UOL**, p. s/p, 06 nov 2016. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2016/11/06/um-ano-de-marina-maior-desastre-ambiental-do-brasil-deixa-duras-licoas.htm>. Acesso em: 22 jul. 2021.

RIBEIRO, Wagner Costa. Justiça espacial e justiça socioambiental: uma primeira aproximação. Dilemas ambientais e fronteiras do conhecimento II. **Revista Estudos Avançados**. [S. l.], ano 2017, p. 147-165, 7 out. 2016. DOI <https://doi.org/10.1590/s0103-40142017.31890014>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/4LmtPp7jsg7tdzm8gRPPdMx/?lang=pt>. Acesso em: 16 ago. 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O STJ e a responsabilidade administrativa ambiental subjetiva: notas para uma reflexão. **Migalhas**, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302576/o-stj-e-a-responsabilidade-administrativa-ambiental-subjetiva--notas-para-uma-reflexao>. Acesso em: 14 mai. 2021.

SAMARCO. **Fundação Renova**. 2021. Disponível em: <https://www.fundacao-renova.org/a-fundacao/>. Acesso em: 23 jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SEGALLA, Vinicius. Barragem rompe na maior reserva de ouro do país e fecha entrada de cidade no Maranhão: Principal acesso ao município de Godofredo Viana está interdito por conta da lama derramada. **Brasil de Fato**, São Paulo, p. s/p, 25 mar. 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/03/25/rompe-barragem-na-maior-reserva-de-ouro-do-pais-e-fecha-entrada-de-cidade-no-maranhao>. Acesso em: 16 ago. 2021.

SENDIM, José de Souza Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**. Coimbra: Almedina, 2002.

TREVIZAN, K. Especialistas criticam falta de fiscalização a barragens em MG. **G1**, São Paulo, 09 maio 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/03/especialistas-criticam-falta-de-fiscalizacao-barragens-em-mg.html>.

DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

MEDIDA DE SEGURANÇA POR INTERNAÇÃO NO COMPLEXO MÉDICO PENAL: ANÁLISE DO EXAME DE VERIFICAÇÃO DE CESSAÇÃO DE PERICULOSIDADE ELABORADO PELA UNIDADE

*SECURITY MEASURE BY HOSPITALIZATION AT THE PENAL
MEDICAL COMPLEX: ANALYSIS OF THE CESSATION
OF DANGEROUSNESS VERIFICATION EXAMINATION
CONDUCTED BY THE UNIT*

Julia Favaretto Deschamps

RESUMO

O artigo volta-se à análise da medida de segurança por internação, com foco no exame de verificação de cessação de periculosidade (EVCP) e sua elaboração no Complexo Médico Penal do Paraná (CMP-PR), considerando que o exame se evidencia como documento central para manutenção da internação ou desinternação da pessoa com transtorno mental em conflito com a lei no Paraná. Como objetivo geral, visa à análise crítica sobre o descumprimento dos requisitos normativos que incidem sobre o exame mencionado. Como objetivos específicos, visa expor as diretrizes legais centrais referentes à medida de segurança no Brasil de forma genérica e as normas e orientações que incidem sobre o exame de verificação de cessação de periculosidade especificamente, para, por fim, comparar essas com questões pontuais de EVCPs desenvolvidos pelo CMP-PR. Para isso, utiliza-se do método hipotético-dedutivo, das técnicas de pesquisa documental e fontes secundárias sobre o tema. Como resultado da pesquisa, ressaltam-se lacunas entre a previsão normativa e a realidade prática do EVCP, bem como consequentes problemáticas, o que possibilita a identificação de um recorte que evidencia a distância da prática em comparação ao devido cumprimento da internação no CMP-PR.

Palavras-chave: medida de segurança; exame de verificação de cessação de periculosidade; Complexo Médico Penal do Paraná.

ABSTRACT

This study turns to the analysis of internment security measures, focusing on Cessation of Dangerousness Verification Examination (CDVE) and its elaboration in Complexo Médico Penal of Paraná (CMP-PR), considering that the examination is evidenced as a central document for maintenance or release of internment of people with mental disorder in conflict with the law in Paraná. As general objective, this study aims to critically analyze the non-compliance with the normative requirements which concerns the mentioned examination. As specific objectives, it aims to present the central legal guidelines regarding safety measure in Brazil generically and rules and guidelines which concerns CDVE specifically, to finally compare these with specific points of CDVEs developed by CMP-PR. This study is based on hypothetical-deductive method, documentary research technique and secondary sources on the subject. As result of this research, gaps between the normative prediction and the practical reality of CDVE are highlighted, as well as consequent problems, which allows the identification of a cutout regarding the distance between the legal internment and the practice in CMP-PR.

Keywords: security measure; Complexo Médico Penal of Paraná; cessation of dangerousness verification examination.

1. INTRODUÇÃO

As pessoas com deficiência são grupo social vulnerável já no ambiente externo ao cárcere (OMS, 2011), mas diante da incidência do sistema penal, sua vulnerabilidade é acentuada, especialmente pelo fato das normas e direitos que possuem estarem longe de serem aplicados na prática (Grupo de Trabalho Saúde Mental e Liberdade Pastoral Carcerária da Arquidiocese de São Paulo, 2018). No caso das pessoas com deficiência, se consideradas inimputáveis e perigosas, de acordo com previsão do artigo art. 26 do Código Penal (CP) (Brasil, 1940), são submetidas à medida de segurança.

Assim como a pena, a medida de segurança é uma reação penal à conduta típica e antijurídica, mas a pena funda-se na culpabilidade, enquanto a medida de segurança baseia-se na periculosidade (Santos, 2014), com a possibilidade de ocorrer por internação ou tratamento ambulatorial, conforme art. 96 do CP (Brasil, 1940).

Uma vez submetida à medida de segurança, a pessoa será desinternada mediante decisão judicial após o prazo mínimo de duração da medida de segurança estabelecido (Brasil, 1984). Entretanto, segundo Anne de Freitas (2021), há forte relação entre a afirmativa da cessação de periculosidade pelo exame e autorização judicial pela desinternação. Observa-se, portanto, que o exame de cessação de periculosidade é instrumento de manutenção da submissão ou liberação do agente da medida de segurança (Freitas, 2021).

Sem o debate e a tecnicidade suficientes sobre a matéria, os operadores do direito podem acabar suscetíveis à dependência de informações médicas, atestando a continuidade ou manutenção da periculosidade do agente internado, sem capacidade de questioná-las e integrar as discussões e críticas frente à manutenção da medida de segurança por internação realizadas pelos campos da psicologia e psiquiatria. Nesse sentido, verifica-se a importância de compreender e identificar aquilo que é determinado nas normas sobre o tema, de forma a buscar a exigência de sua aplicação na prática.

Seguindo o método hipotético-dedutivo (Lakatos; Marconi, 2019), o trabalho inicialmente realiza um levantamento legislativo sobre a medida de segurança e os direitos das pessoas com deficiência, especialmente quando submetidas à internação compulsória. Posteriormente, volta-se ao estabelecimento penal destinado à custódia deste grupo de pessoas no Paraná, o Complexo Médico Penal (CMP), de modo a identificar as problemáticas locais.

Na primeira fase, o trabalho se utiliza de técnica de pesquisa documental (Lakatos; Marconi, 2019), a partir dos arquivos públicos, leis e normas a respeito da medida de segurança e de direitos das pessoas portadoras de deficiência. Na segunda fase, volta-se a fontes do Departamento Penitenciário do Paraná (Depen-PR) para caracterização do CMP e para identificação de algumas diretrizes específicas e orientações que incidem sobre a unidade, bem como a identificação de diretrizes do Conselho Federal de Medicina (CFM) sobre o Exame de Verificação de Cessação de Periculosidade (EVCP).

Por fim, o trabalho se volta à elaboração do EVCP no estabelecimento referido, em comparação crítica às determinações do CFM, identificando as ilegalidades na manutenção do internado nesta condição. Para esta fase, utiliza-se de fontes secundárias, com base em produções científicas de análise do Exame especificamente no CMP.

Assim, o estudo da medida de segurança, como recorte da execução penal, tem o intuito de identificar a distância entre o que o direito prevê e o que autoriza na prática, de forma a buscar ferramentas de embate aos discursos legitimadores da exclusão e vulnerabilização daqueles que são internados. Visa-se abrir espaço, a partir de um viés crítico da execução penal, para a busca ativa de integrantes do sistema jurídico à efetivação dos direitos das pessoas com sofrimento mental em conflito com a lei, de modo contrário à segregação de um grupo já socialmente vulnerável.

2. MEDIDA DE SEGURANÇA POR INTERNAÇÃO E PREVISÕES LEGAIS NACIONAIS

No direito penal brasileiro, para que uma conduta seja passível de criminalização, esta deve ser típica, antijurídica e culpável, sendo que a culpabilidade compreende a imputabilidade, a consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de comportamento diverso (Santos, 2014).

Nesse sentido, o art. 26 do CP prevê que não incide pena sobre aquele que “por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (Brasil, 1940). Assim, a capacidade de compreensão do caráter ilícito da conduta cometida é um dos fundamentos da culpabilidade, por isso aquele que se enquadra na previsão do artigo mencionado não pode ser responsabilizado penalmente, devido à ausência do requisito da culpabilidade.

O CP ainda prevê a semi-imputabilidade (art. 26, p.u.), que se dá quando a incapacidade de compreensão do sujeito se restringe ao momento de realização de determinada conduta (Brasil, 1940). Dessa forma, ao inimputável, verificada a tipicidade e antijuridicidade da conduta, é incidida absolvição imprópria com submissão do sujeito à

medida de segurança. Ao semi-imputável, o juiz poderá aplicar pena reduzida se comparada com a cabível ao imputável ou impor medida de segurança (Guareschi; Weigert, 2015).

Segundo Cirino dos Santos (2014), atualmente, verifica-se que o sistema de medidas repressivas da lei penal brasileira é estruturado pelo critério dualista alternativo, “expresso em dois binômios excludentes: a) culpabilidade - pena; b) periculosidade criminal - medida de segurança” (Santos, 2014, p. 241). Assim, segundo as autoras Guareschi e Weigert (2015), a classificação do autor do ilícito penal quanto à imputabilidade pauta-se em opção política-criminal, que fragmentou o sistema de responsabilidade criminal em culpabilidade ou periculosidade.

A partir da reforma penal de 1984, a aplicação da pena ou da medida de segurança não podem ser aplicadas em conjunto, mas somente alternativamente, em que a pena está fundada na culpabilidade, e a medida de segurança, na periculosidade criminal. Anteriormente, a legislação correspondia ao “sistema do duplo binário”, em que era possível a incidência acumulada da pena e da medida de segurança (Alves; Correia; Lima, 2007).

Verifica-se, portanto, a direta ligação entre os conceitos de periculosidade e inimputabilidade, que implica no entrelaçamento do discurso jurídico ao médico-psiquiátrico (Guareschi; Weigert, 2015). O enquadramento de determinado sujeito como periculoso, compreendido como incapaz de discernir a ilicitude de seus atos e atuar conforme expectativas jurídicas, é o fundamento da manutenção de sua submissão à medida de segurança, que possui por objetivo declarado o “tratamento” (art. 99, CP) do sujeito enquadrado como “paciente”, a ser cumprido num Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (Brasil, 1940).

O mecanismo utilizado para enquadrar determinado sujeito como periculoso é o incidente de insanidade mental, em que se atesta o grau de periculosidade da pessoa em conflito com a lei por meio de laudo. Ocorre que a ideia de sujeito periculoso não é objetiva e não passível de ser comprovada, pois fundamenta-se numa previsão sobre a possibilidade de reincidência futura daquele que cometeu fato ilícito (Guareschi; Weigert, 2015). Desse modo, significa considerar o indivíduo por como

pode vir a agir e não com base no que efetivamente cometeu, de modo que a imposição da medida de segurança se origina da presunção de um psiquiatra e depende desta para sua interrupção. Nesse sentido, a medida de segurança é passível de críticas desde sua base, advinda de conceitos incertos, ambíguos, indeterminados e de prognósticos.

Conforme previsto no art. 96 do CP (Brasil, 1940), existem duas espécies de medida de segurança: a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado ou tratamento ambulatorial. O art. 97 do CP prevê que se o fato for punível com detenção, poderá submeter o agente a tratamento ambulatorial, mas em qualquer fase do tratamento ambulatorial poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência “for necessária para fins curativos” (Brasil, 1940).

Entretanto, a possibilidade de imposição da medida de segurança não ocorre somente no momento da sentença, mas também no curso da execução da pena privativa de liberdade, se sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança, conforme art. 183 da Lei de Execução Penal (LEP) (Brasil, 1984).

Ressalta-se que, de acordo com o art. 97, §1º do CP, a internação ou tratamento ambulatorial será mantido por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. Entretanto, a Súmula nº 527, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), determinou que “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado” (Brasil, 2015).

A medida de segurança será cessada anteriormente ao limite máximo da pena se for atestada a cessação de periculosidade do agente, por meio de EVCP, previsto nos arts. 175 a 179 da LEP (Brasil, 1984). A perícia médica, de acordo com o art. 97, §2º do CP (Brasil, 1940), deve ser realizada de ano em ano ou quando determinar o juiz da execução. Se atestada a cessação de periculosidade, ao internado é concedida a desinternação condicional, em que pelo prazo de um ano o cometimento de novo “fato indicativo de persistência de sua periculosidade” é

motivo para o restabelecimento de sua internação, segundo art. 97, §3º do CP (Brasil, 1940).

A perspectiva de tais previsões contidas no CP e na LEP, entretanto, foi alterada por influência da Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/2001) (Brasil, 2001). Antes desta lei, a pessoa com transtorno mental era vista como objeto de intervenção, de cura ou contenção, inexistindo a escuta à pessoa internada (Guareschi; Weigert, 2015). Segundo Alves, Correia e Lima (2007), o novo cenário introduzido pela disposição normativa passa a tratar a pessoa como sujeito de direitos, impedindo a afirmação de que o portador do sofrimento psíquico é absolutamente irresponsável pelos seus atos lícitos ou ilícitos, passa a ser considerado cidadão com ação e poder de participação no seu próprio processo terapêutico.

Este movimento também superou a centralidade do hospital psiquiátrico e concretizou, por meio da normativa, “uma disposição sobre a proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais e sobre a reformulação do modelo assistencial em saúde mental, refletindo, assim, os princípios da Reforma Psiquiátrica” (Alves; Correia; Lima, 2007, p. 1998).

Essas mudanças no campo da saúde mental estendem-se desde o âmbito cível, para tratamento de pessoas com problemas mentais ou vícios em drogas, até o âmbito criminal, afetando as medidas de segurança, pois a legislação não faz qualquer ressalva no tocante à aplicação de seus dispositivos, estendendo-os a todo e qualquer indivíduo que padeça de sofrimento mental, sem distinção de qualquer ordem. Segundo Alves, Correia e Lima (2007, p. 1999), “embora a lei não mencione explicitamente a circunstância de internação na eventualidade de autoria de delito por pessoa com transtorno mental, trata da internação compulsória em geral, ou seja, quando for judicialmente determinada.”

Destaca-se, nesse sentido, que a Lei nº 10.216/2001 determinou a excepcionalidade da internação psiquiátrica, que passou a ser vista como último recurso terapêutico a ser adotado, quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. Além disso, a concreti-

zação da internação passa a estar condicionada a justificativas médicas, conforme artigo 6^o de seu texto (Brasil, 2001).

Ademais, em casos de internação, o tratamento deve oferecer assistência integral à pessoa com transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais e outros, conforme art. 4, §2^o da Lei nº 10.216/2001. Por fim, o §3^o é central enquanto aporte de novo parâmetro para a imposição da medida de segurança, pois veda a internação em instituições com características asilares, conceituando tais instituições como aquelas “desprovidas dos recursos mencionados no §2^o e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2^o” (Brasil, 2001).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) é outro regulamento que trata da alteração da perspectiva quanto ao tratamento das pessoas com deficiência. Conforme art. 1^o do Estatuto, este foi baseado na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que foram incorporados à legislação brasileira (Brasil, 2009) e possuem caráter de norma constitucional. A Convenção e o Estatuto redefiniram todas as normas brasileiras que dizem respeito às pessoas em sofrimento mental em conflito com a lei.

O Estatuto considera como pessoa com deficiência aquelas que apresentam algum “impedimento de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (Brasil, 2015), de forma a incluir como alvo de seus dispositivos as pessoas com sofrimento mental em conflito com a lei.

Enquanto o art. 175 da LEP (Brasil, 1984) previa somente a aferição da periculosidade mediante laudo psiquiátrico, o art. 2^o do Estatuto (Brasil, 2015) exige que a avaliação da deficiência seja mais detalhada. Nos termos da lei, “será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar” e deverá considerar “os impedimentos nas

¹ Art. 6^o A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos (Brasil, 2001).

funções e nas estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho de atividades; e a restrição de participação” (Brasil, 2015). Assim, o Estatuto revoga tacitamente as normas penais que exigem apenas a apresentação de laudo médico-psiquiátrico (Jacobina, 2008).

Jacobina (2008) trata das incompatibilidades advindas da Lei da Reforma Psiquiátrica em relação à LEP, pois os direitos mínimos dispostos nesta que cumpre medida de segurança (art. 99, p.u, LEP) confrontam-se com aqueles, muito mais amplos, assegurados no art. 2º da Lei da Reforma Psiquiátrica. O autor cita como exemplo o confronto sobre os prazos mínimos obrigatórios para a realização e repetição de regimes, “os §§ 1º e 2º do art. 97, incompatíveis com o princípio da utilidade terapêutica do internamento, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei da Reforma Psiquiátrica, ou com o princípio da desinternação progressiva dos pacientes cronicados (art. 5º da Lei da Reforma Psiquiátrica)” (Jacobina, 2008).

Ainda, destaca-se a previsão da criação de projeto terapêutico singular no Anexo XXV da Portaria de Consolidação nº 5/2017 do Ministério da Saúde (Brasil, 2017), que trata sobre as normas da assistência hospitalar psiquiátrica. Trata-se de ferramenta que visa à definição de estratégias em favor da alta, da inclusão social e da continuidade do tratamento das pessoas em liberdade. Para a criação do projeto terapêutico, indica-se a necessidade de avaliação médico-psicológica e social, garantia do atendimento diário ao paciente por, no mínimo, um membro da equipe multiprofissional, atendimento individual e grupal, abordagem à família, bem como outras determinações.

Nesse sentido, observa-se que os dispositivos constantes na LEP e no CP não são suficientes para regular o tratamento às pessoas com sofrimento mental em conflito com a lei, de forma que a Lei da Reforma Psiquiátrica, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Portaria nº 5/2017 devem ser observados na incidência da medida de segurança às pessoas inimputáveis e consideradas perigosas.

A medida de segurança por internação, cumprida em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (Brasil, 1940), no estado do Paraná,

ocorre no CMP, localizado em Pinhais, Região Metropolitana de Curitiba. A unidade é também responsável pela elaboração do EVCP, regido por normas do CFM, bem como por orientações para o devido cumprimento da espécie de internação, o que será abordado no próximo capítulo.

3. NORMAS SOBRE O EXAME DE CESSAÇÃO DE PERICULOSIDADE E O COMPLEXO MÉDICO PENAL DO PARANÁ

O CMP era um manicômio judiciário, inaugurado em 31 de janeiro de 1969, até ser renomeado como “Complexo Médico-Penal do Paraná” em 21 de dezembro de 1993 (Sfair, 2019). No estabelecimento são custodiados tanto aqueles que necessitam de tratamento médico por questões de saúde física, seja por doenças ou por ferimentos, quanto por questões mentais (Depen-PR, 2022).

Mais especificamente, de acordo com o art. 49 do Regimento Interno do Depen-PR, o CMP é “destinado aos presos que necessitam de tratamentos ambulatoriais e psiquiátricos, decorrente de decisão judicial, de medida de segurança imposta ou de prescrição médica” (Depen-PR, 2016). Assim, nem todos os custodiados no CMP foram submetidos à medida de segurança. Ainda encontram-se lá pessoas que, mesmo com alvará de soltura, continuam no estabelecimento por ausência de local para morar (Pessoas, 2022). Antes da pandemia, o CMP abrigava 258 pessoas que cumpriam medida de segurança por terem sido diagnosticadas com sofrimento mental, cerca de metade da população carcerária total (Torrente, 2021).

O estabelecimento era alvo de pressões do Conselho Regional de Medicina do Paraná (CRM-PR) desde setembro de 2020, para que regularizasse situações de ilegalidade no local, pois estava colocando “sob risco ético os médicos e demais profissionais de saúde que lá trabalham e expondo os internos a riscos pelas limitações que envolvem assistência, inclusive com falta de pessoal, insumos e equipamentos” (Complexo, 2020). Devido à ausência das necessárias reformas, a unidade foi interditada em março de 2022 (G1 PR; RPC Curitiba, 2022), de forma a impedir a entrada de novos custodiados desde 4 de abril.

Embora a unidade seja destinada a pessoas que precisam de tratamento psiquiátrico e ambulatorial e esteja com qualidade de atendi-

mento precária, ainda assim destina-se parte do ambiente dessa unidade prisional para “a custódia de presos com prerrogativas especiais prevista na legislação, decorrentes do cargo/função exercido, portadores de diploma de nível superior e presos da jurisdição cível” (Depen-PR, 2022). Verifica-se, portanto, a destinação de recursos do CMP à criação de espaços destinados aos custodiados que possuem melhores condições socioeconômicas e não dependentes de tratamento psiquiátrico e ambulatorial, ou seja, que sequer se enquadram no público ao qual se destina a unidade.

Quanto às competências do CMP, define o art. 49 do Regimento Interno do Depen-PR:

- I - o tratamento médico e psiquiátrico aos presos provisórios e condenados do sexo masculino e feminino, sujeitos a medida de segurança e de tratamento por determinação judicial;
- II - a coordenação da assistência à saúde dos presos, de caráter preventivo e curativo, compreendendo o atendimento médico, farmacêutico, odontológico, fisioterápico de enfermagem, inerentes aos estabelecimentos penais;
- III - a segurança e a custódia dos internados por medida judicial;
- IV - o internamento de presos de todos os estabelecimentos penais para tratamento hospitalar;
- V - a promoção da reintegração social dos internados e o zelo pelo seu bem-estar, através da profissionalização, educação, prestação de assistência jurídica, psicológica, social, médica, odontológica, religiosa e material;
- VI - a prestação de assistência social aos familiares dos presos do estabelecimento; e
- VII - o desempenho de outras atividades correlatas (Depen-PR, 2016).

Ainda, a Nota Técnica nº 83/2020 da Divisão de Atenção às Mulheres e Grupos Específicos da Coordenação-Geral de Cidadania e Alternativas Penais da Diretoria de Políticas Penitenciárias do Depen (Diamge) estabeleceu orientações quanto à custódia de pessoas com deficiência no sistema prisional brasileiro. O CMP, enquanto estabelecimento de custódia deste grupo, deve observar essas orientações.

Segundo a referida Nota, o gestor prisional é responsável por providenciar atendimentos médico e de assistência social, além de incluir dados relacionados às especificidades em sistema informatizado utilizado pela administração prisional, providenciar o acesso da pessoa presa ao uso de cadeira de rodas ou outros acessórios de acessibilidade, alocar a pessoa presa com deficiência em espaço específico, respeitando a acessibilidade ou adaptação razoável, entre outras (Diamge, 2021).

Quanto à alocação, a Nota Técnica determina como essencial a adequação dos espaços para o descanso, bem como “boa ventilação e iluminação; água corrente e potável disponível na cela; fácil acesso ao setor de saúde e de assistência social; e banheiro adaptado” (Diamge, 2021). Ademais, indica a necessidade de formação profissional adequada dos servidores prisionais, de forma que sejam capacitados considerando as especificidades das pessoas com deficiência.

Importa ressaltar também as determinações do CFM contidas na Resolução nº 2.057/13. Segundo art. 9º, serviços de assistência psiquiátrica são “aqueles que se destinem a realizar procedimentos diagnósticos psiquiátricos, ou a assistir doentes psiquiátricos, e que requeiram o trabalho de médicos para desempenhar sua atividade-fim” (CFM, 2013), o que integra as atividades do CMP, pois a manutenção da pessoa com sofrimento mental custodiada no estabelecimento decorre de internação compulsória, nos termos do art. 29, §3º, da Resolução em questão.

Nesse sentido, a previsão do art. 32 é de que, em caso de lotação do estabelecimento ao qual for destinado o mandado de internação compulsória ou em caso de “não possuir condições técnicas para o atendimento adequado do paciente encaminhado, este fato configura impossibilidade ética de cumprimento da ordem judicial” (CFM, 2013).

Por fim, no Anexo II estabelecem-se diretrizes a serem seguidas por hospitais psiquiátricos especializados e comunidades terapêuticas médicas na elaboração do relatório pericial, que, no caso das medidas de segurança, é o instrumento de manutenção ou liberação da custódia no CMP. Segundo o CFM (2013), devem constar no exame:

- 1) Preâmbulo. Autoapresentação do perito, na qual informa sobre sua qualificação profissional na matéria em discussão.
- 2) Indivi-

dualização da perícia. Detalhes objetivos sobre o processo e as partes envolvidas. 3) Circunstâncias do exame pericial. Descrição objetiva dos procedimentos realizados (entrevistados, número de entrevistas, tempo dispendido, documentos examinados, exames complementares etc.). 4) Identificação do examinando. Nome e qualificação completa da pessoa que foi alvo dos procedimentos periciais. 5) Quesitos. Transcrição dos quesitos formulados pela autoridade e pelas partes. 6) História pessoal. Síntese da história de vida do examinando, com ênfase em sua relação com o objeto da perícia, se houver. 6.1) História psiquiátrica prévia. Relato dos contatos psiquiátricos prévios; em especial, tratamentos e hospitalizações. 6.2) História médica. Relato das doenças clínicas e cirúrgicas atuais e prévias, incluindo tratamentos e hospitalizações. 9) História familiar. Registro das doenças psiquiátricas e não psiquiátricas nos familiares próximos. 10) Exame do estado mental. Descrição das funções psíquicas do examinando. 11) Exame físico. Descrição da condição clínica geral do examinando. 12) Exames e avaliações complementares. Descrição de achados laboratoriais e de resultados de exames e testes aplicados. 13) Diagnóstico positivo. Segundo a nosografia preconizada pela Organização Mundial da Saúde, oficialmente adotada pelo Brasil. 14) Comentários médico-legais. Esclarecimento sobre a relação entre a conclusão médica e as normas legais que disciplinam o assunto em debate. 15) Conclusão. Frase curta e direta que sintetiza todo o pensamento do perito. 16) Resposta aos quesitos. Respostas claras, concisas e objetivas. Observação: nas perícias de responsabilidade penal, mais dois itens devem constar do relatório pericial, que entrarão nas posições 6 e 7 do roteiro acima: (1) Elementos colhidos nos autos do processo. Descrição do fato criminoso de acordo com o relato da vítima, testemunhas ou de peças processuais. (2) História do crime segundo o examinando. Descrição do fato criminoso de acordo com o relato do examinando ao perito.

Diante de tais regulamentos que incidem sobre o CMP, bem como de suas competências e das orientações do tratamento às pessoas com deficiências em estabelecimentos penais, será analisada a elaboração do EVCP, como forma de estudar a distância entre o previsto normativamente e a prática de elaboração de documento determinante para a

manutenção ou liberação do agente no seu cumprimento da medida de segurança por internação.

4. EXAMES DE VERIFICAÇÃO DE CESSAÇÃO DE PERICULOSIDADE ELABORADOS PELO COMPLEXO MÉDICO PENAL DO PARANÁ E A MANUTENÇÃO DA INTERNAÇÃO NA UNIDADE

Considerando as normas do CFM anteriormente destacadas, Anne Cobbe de Freitas (2021) realizou a análise de 10 laudos médicos-periciais resultantes do EVCP, elaborados pelo CMP e juntados ao processo de execução penal no decorrer do ano de 2018 e 2019. A partir de sua pesquisa, Freitas (2021) pôde identificar diversas lacunas entre as normas sobre a medida de segurança por internação e sobre o EVCP e o que é efetivado na prática do CMP, de forma que é possível ressaltar problemáticas frente ao obtido pela autora.

Na fase de análise dos laudos, a autora fez um levantamento a respeito de cada requisito disposto no Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013), verificando a proporção dos laudos que apresentavam ou não cada item.

Na parte do preâmbulo² do Exame, composta por autoapresentação do perito e informação de sua qualificação profissional, a identificação dos médicos com assinatura dos laudos com nome completo e CRM-PR estava presente em todos os laudos, mas a informação da área médica em que se especializou foi citada na assinatura de 75% dos laudos (Freitas, 2021). Ainda, verificou que todos os médicos responsáveis pela elaboração do exame apresentaram Registro de Qualificação de Especialista ativo em Psiquiatria.

Quanto ao requisito de individualização da perícia³, deve constar informações objetivas sobre os autos e as partes, como número dos autos, a indicação da comarca e do Juízo competente que solicitou a

² Requisito 1 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

³ Requisito 2 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

perícia (Freitas, 2021). No levantamento feito por Freitas (2021), apenas um exame registrava o número dos autos de forma não automática.

Conforme item correspondente às circunstâncias do exame pericial⁴, o exame deve conter “os detalhes do desenvolver da avaliação até a elaboração do laudo, isto é, neste espaço o perito deve dispor de onde, como e em que condições ocorreu a avaliação” (Freitas, 2021, p. 94), mas somente metade dos exames apresentou este requisito. Destaca-se a importância deste para o processo de avaliação, pois deve identificar o transtorno psiquiátrico, “como foi realizado o diagnóstico clínico e determinado o nexo causal da psicopatologia e o aspecto legal” (Freitas, 2021, p. 95).

Ainda quanto às circunstâncias periciais, sobre o número de entrevistas, tempo despendido na avaliação, documentos examinados e exames complementares, há pouco detalhe. No CMP “ressalta-se o interesse de participação na avaliação do periciando e a presença/ausência de hostilidade para com o examinador” (Freitas, 2021, p. 96), situação criticável, considerando que o exame mantém a necessidade do avaliando gerar prova a favor ou a si mesmo (Freitas, 2021).

Quanto à identificação do examinando⁵, devem constar as seguintes informações: nome completo, idade, data de nascimento, sexo, profissão, grau de instrução, estado civil, raça, nacionalidade, filiação, endereço e o estabelecimento no qual está internado ou detido. Entretanto, apenas metade dos laudos analisados apresentou este item completo, pois a identificação do periciado se resumiu à citação do nome completo, filiação e prontuário, o que representa a morte progressiva da subjetividade na unidade (Freitas, 2021).

A história da doença atual⁶ deve abordar informações sobre quando, como, porquê e em que circunstâncias o examinando ficou doente, bem como as mudanças que ocorreram, a evolução da doença e tratamentos anteriores, e estava presente em somente 4 dos 10 laudos analisados (Freitas, 2021). Observa-se, na pesquisa (Freitas, 2021),

⁴ Requisito 3 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

⁵ Requisito 4 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

⁶ Requisito 6.2 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

a referência ao uso de medicação como tratamento de saúde, presente em 60% dos laudos, o que exige frequente monitorização da condição de saúde do paciente, mas que se demonstra insuficiente na unidade.

A respeito da frequente referência à medicação psiquiátrica, a autora (Freitas, 2021) problematiza seu uso impositivo, pois significa uma forma de controle reduzida à terapia farmacológica, que é apenas uma forma de intervenção em saúde mental. Essa forma de intervenção “exclui as narrativas dos sujeitos, suas experiências vivenciadas e/ou reduz o sofrimento psíquico às explicações biológicas e as alterações ou déficits nos neurotransmissores” (Freitas, 2021, p. 101).

No tópico destinado à história pessoal⁷, o registro das informações deve se voltar às relações familiares, sociais e profissionais, bem como ao desenvolvimento do examinando de forma cronológica. Neste, 4 dos 10 laudos não apresentaram tais informações (Freitas, 2021). Nesse ponto, existem controvérsias apontadas pela autora (Freitas, 2021), como a menção a informações desnecessárias à aferição da periculosidade do sujeito, que acabam por relacioná-lo à ideia de periculosidade mesmo que não haja relação com o avaliado no momento. O médico deve apenas descrever condutas relevantes para a descrição de alterações psicopatológicas (Freitas, 2021).

Ainda, verificou-se, na pesquisa (Freitas, 2021), que a situação econômica pode ser entrave para a aferição da suposta incapacidade de oferecer suporte ao tratamento de saúde mental do examinando, como na seguinte consideração presente em um dos laudos analisados: “o suporte de seus recursos familiares não é suficiente para prover ao periciado tratamento multidisciplinar, necessário e bem monitorado, de modo que ele não volte a oferecer riscos de periculosidade social” (Freitas, 2021, p. 107).

A história psiquiátrica prévia⁸ deve anotar informações sobre tratamentos e hospitalizações prévias, requisito presente em 40% dos laudos analisados (Freitas, 2021). A apresentação de mais de uma internação no histórico de saúde é indício, segundo Freitas (2021), da ineficácia

⁷ Requisito 6 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

⁸ Requisito 6.1 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

de tal forma de tratamento. A história médica⁹ é ainda menos presente nos exames analisados, o requisito prevê a informação sobre as doenças e condições clínicas relevantes, medicamentos psiquiátricos em uso ou usados e está presente em apenas 1 dos 10 laudos analisados, o que indica desatenção ao exame físico e, portanto, à avaliação completa e complexa da pessoa com transtorno mental (Freitas, 2021). Com a mesma frequência se apresenta a história familiar¹⁰, que envolve a indicação de doenças e transtornos psiquiátricos no âmbito familiar, bem como sua característica, formação e componentes.

Quanto ao exame físico¹¹, requisito para uma avaliação global da pessoa com transtorno mental, que busca identificar doenças físicas e não difere do realizado em indivíduos sem transtornos mentais, nos laudos analisados, “quando se referem ao físico do examinando, se referem à uma análise estética, higiênica e motora” (Freitas, 2021, p.111). Segundo Dalgalarro (2019), verifica-se aumento significativo na incidência de doenças físicas na população com transtorno mental grave, mas, em virtude da própria falha do exame físico, de forma geral, ficam subdiagnosticadas.

O exame do estado mental¹² busca descrever as funções psíquicas e evidências de sinais e sintomas de transtornos mentais do avaliando e verificou-se presente em 9 dos 10 laudos analisados (Freitas, 2021). Quanto aos exames ou avaliações complementares¹³, enquanto auxílios às considerações do perito, verificou-se que em 60% dos laudos o exame pericial psiquiátrico acompanhou outra avaliação, dentre avaliações do serviço de psicologia, do serviço social, da pedagogia e do setor da enfermagem, e 40% continham somente o laudo médico-pericial para apreciação do Juízo competente (Freitas, 2021).

⁹ Requisito 6.2 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

¹⁰ Requisito 9 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

¹¹ Requisito 11 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

¹² Requisito 10 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

¹³ Requisito 12 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

A respeito do diagnóstico positivo¹⁴, que deve ser preconizado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), oficialmente adotada no Brasil, apenas um laudo analisado o apresentou de acordo com o CID-10¹⁵ (Freitas, 2021), enquanto nos outros processos a informação constava em outras peças processuais, como sentença e laudo de sanidade mental. Por outro lado, os comentários médico-legais¹⁶ estão presentes em todos os laudos e são esclarecimentos do médico avaliador sobre a relação entre a conclusão médica e as normas jurídicas em questão naquele caso (Freitas, 2021, p. 113).

Em todos os exames está presente a conclusão¹⁷, que significa o resumo, em forma de frase curta e objetiva, do entendimento do perito sobre a cessação ou não da periculosidade. Na amostra de laudos analisada, 80% dos laudos concluíam a cessação (Freitas, 2021). Ressalta-se, entretanto, que a conclusão deve ser compreendida como um posicionamento subjetivo, que diz respeito às considerações de perigo do examinador (Freitas, 2021).

Dentre as conclusões da pesquisa, destaca-se que “na análise da amostra dos laudos psiquiátricos desta pesquisa, ficou caracterizado que a ausência sintomatológica é o critério que prevalece na conclusão do perito para a cessação de periculosidade” (Freitas, 2021, p. 137). Ainda, observou-se que o apoio sociofamiliar não é considerado critério fundamental para a avaliação do exame de cessação de periculosidade, uma vez que alguns internos possuem alvará de soltura, mas continuam no CMP por estarem aguardando vaga em alguma instituição não-penal, pois não possuem suporte familiar (Freitas, 2021).

Destaca-se também a aceitação integral da conclusão do exame pelo juiz ao decidir a respeito da manutenção da internação ou liberação do internado, pois, nos dez casos, o determinado no laudo teve

¹⁴ Requisito 13 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

¹⁵ Sistema diagnóstico posto pela OMS, chamado de Classificação de Transtornos mentais e de comportamento da CID-10, para “cada transtorno elencado pela CID-10 é produzido uma descrição das características clínicas principais e outras demais características associadas incomuns (porém, menos específicas)” (Freitas, 2021).

¹⁶ Requisito 14 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

¹⁷ Requisito 15 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

decisão correspondente pelo juiz posteriormente (Freitas, 2021). Isto é, quando a conclusão foi a cessação da periculosidade, a decisão judicial subsequente acolheu o posto pelo laudo psiquiátrico, determinando a liberdade vigiada ao periciado, enquanto quando o resultado foi de periculosidade “não cessada”, a decisão judicial manteve a medida de segurança detentiva do periciado.

Ademais, os quesitos¹⁸ são perguntas formuladas pelas partes do processo, que devem ser todas respondidas¹⁹ de forma objetiva e direta. Nos laudos analisados, tais requisitos estavam ausentes, pois não houve questionamento das partes (Freitas, 2021). Ainda, os elementos colhidos nos autos do processo²⁰, que são a “descrição do fato criminoso de acordo com o relato da vítima, testemunhas ou de peças processuais” (CFM, 2013) estava presente em apenas 3 dos 10 laudos analisados (Freitas, 2021). Por fim, a história do crime segundo o examinando²¹ estava presente em 6 dos 10 laudos (Freitas, 2021).

Diante de todas as informações obtidas pela pesquisa de Freitas (2021), é possível identificar baixa adesão dos laudos analisados aos requisitos postos pelo CFM (2013), o que demonstra o descompasso da prática com as normas que incidem sobre a medida de segurança por internação e sobre o exame de cessação de periculosidade especificamente.

Além dos descumprimentos mencionados, ressalta-se que um dos laudos registra que o periciando “nunca foi atendido por nenhum psicólogo” e que “psiquiatras e psicólogos seriam os responsáveis técnicos por acompanhar o tratamento prescrito por esta medida de segurança” (Freitas, 2021, p. 156). Assim, apesar da medida de segurança por internação afirmar que significa a restrição da liberdade para trata-

¹⁸ Requisito 5 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

¹⁹ Requisito 16 do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

²⁰ Item 1 da Observação referente às perícias de responsabilidade penal, do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

²¹ Item 1 da Observação referente às perícias de responsabilidade penal, do Anexo II da Resolução nº 2.057/13 do CFM (2013).

mento de saúde, a maioria não possui este suporte para além da medicação psiquiátrica (Freitas, 2021).

Além disso, apesar da Lei da Reforma Psiquiátrica considerar a internação exceção a outras medidas de tratamento (Brasil, 2001), na prática não se verifica a prioridade ao tratamento ambulatorial, pois o tratamento de internação é frequentemente sugerido nos laudos psiquiátricos ou psicológicos. Um dos laudos analisados, por exemplo, indica recomendação de que “seja submetido a rigoroso tratamento de enfoque biopsicossocial, preferencialmente em regime hospitalar” (Freitas, 2021, p. 159). Entretanto, apenas em dois casos a pesquisadora Freitas (2021) verificou a ineficácia do tratamento em liberdade, com base nas informações dos EVCPs analisados. Assim, como não foi possível compreender a ineficácia do tratamento ambulatorial nos outros oito laudos, verifica-se discordância com o art. 4º da Lei da Reforma Psiquiátrica (Brasil, 2001).

Ademais, o Conselho Federal de Psicologia (2016) considera inviável o “prognóstico criminológico” da análise da possibilidade de reincidência ou periculosidade, porque o crime, como os demais comportamentos, é resultado de diversos fatores subjetivos e não podem, portanto, ser isolados ou previstos por um único recurso. A periculosidade configura-se como conceito jurídico, não médico ou psicológico, pautado em previsão de comportamento futuro do indivíduo (Freitas, 2021).

Assim, a periculosidade não se traduz em dado objetivo, uma vez que não é possível comprovar concretamente que determinada pessoa vá ou não realizar conduta ilícita no futuro (Karam, 2002). Segundo Karam (2002, p. 217), “a ‘periculosidade’ do inimputável é uma presunção, que não passa de uma ficção, baseada no preconceito que identifica o ‘louco’ — ou quem quer que apareça como ‘diferente’ — como ‘perigoso’”.

A Psiquiatria, segundo Anne de Freitas (2021), cumpre a função de prevenção especial negativa da pena, que visa neutralizar os efeitos das condutas daqueles que cometem crime. Além disso, diante do desamparo de políticas públicas voltadas à saúde e à saúde mental, configura-se um sistema de violência do controle penal legitimado pela Psiquiatria, em que “as medidas de segurança se configuram como uma ‘política penal de saúde’ dirigida aos doentes indesejáveis” (Freitas, 2021, p. 139).

Nesse sentido, “o tratamento de qualquer transtorno mental não se coaduna com o caráter punitivo” (KARAM, 2002, p. 221), em que os órgãos integrantes do sistema penal estão “submetidos a conclusões de um discurso médico ultrapassado e igualmente comprometido com a repressão e o controle dos indivíduos” (Karam, 2002, p. 221).

Ainda, a partir da baixa adesão dos exames aos requisitos necessários para um adequado plano terapêutico e devido tratamento a partir da medida de segurança, verifica-se a sobreposição, afirmada por Karam (2002), dos objetivos de controle do indivíduo sobre os objetivos terapêuticos.

Nessa perspectiva, retomando a observação de Freitas (2021) quanto à ausência de prioridade dada ao tratamento ambulatorial nos exames analisados, desconsiderando o novo modelo assistencial em saúde mental priorizado pela Lei da Reforma Psiquiátrica (Brasil, 2001), observa-se que “o mito do tratamento e da ressocialização e o equívoco da construção positivista da periculosidade e do risco presumido (...) garantem a permanência (quase inabalável) da lógica psiquiátrica tradicional (hospitalocêntrica) do século XIX” (Branco, 2016, p. 249).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da consideração dos paradigmas trazidos pela Lei da Reforma Psiquiátrica (Brasil, 2001) e Estatuto da Pessoa com Deficiência (Brasil, 2015), observa-se que as previsões legais dispostas no CP (Brasil, 1940) e na LEP (Brasil, 1984) foram alteradas, de forma a compreender o tratamento da pessoa com transtorno mental em conflito com a lei em conformidade com os avanços da luta antimanicomial e com a perspectiva de integração da pessoa submetida a tratamento enquanto e não mero objeto de intervenção (Guareschi; Weigert, 2015).

Além do elemento subjetivo, a Lei da Reforma Psiquiátrica (Brasil, 2001) e Estatuto da Pessoa com Deficiência (Brasil, 2015) também adicionam rol de direitos muito mais extenso do que os contidos nas leis penais e de execução penal (Jacobina, 2008). No mesmo sentido, a Portaria de Consolidação nº 5/2017, do Ministério da Saúde (Brasil, 2017), indica a necessidade de avaliação completa e multidisciplinar do paciente atendido.

Entretanto, o CMP-PR, unidade destinada, entre outras pessoas, àquelas submetidas à medida de segurança por internação, apresenta condições precárias e não atende às orientações previstas na Nota Técnica nº 83/2020 (Diamge, 2021). Mais especificamente quanto aos requisitos que incidem sobre a elaboração do exame de verificação de cessação de periculosidade determinados pelo CFM na Resolução nº 2.057/13, Anexo II, verificou-se também distância em relação à elaboração do documento na prática, conforme detalhadamente refletido na pesquisa de Anne de Freitas (2021).

A partir da análise do EVCP, enquanto documento determinante para a decisão judicial a respeito da manutenção ou não da internação após o tempo mínimo da medida de segurança (Freitas, 2021), verificam-se tanto descumprimentos dos requisitos mais formais estabelecidos pelo CFM (2013), quanto das previsões da Lei da Reforma Psiquiátrica, o que permite evidenciar problemáticas que apontam para a falta de convergência entre os avanços obtidos na matéria e o aplicado pelo Direito na prática.

A limitação do tratamento à medicação psiquiátrica, a ausência de prioridade ao tratamento ambulatorial, em substituição à internação, o fundamento da manutenção da internação no conceito de periculosidade, enquanto prognóstico e, portanto, não traduzido em dado objetivo, são algumas das problemáticas aferíveis a partir da análise dos laudos feita por Anne Cobbe de Freitas (2021). Tal cenário deve ser objeto de atenção, para que seja possível a construção da crítica frente ao desamparo de políticas públicas voltadas à saúde mental, substituída pelo controle do sistema penal e legitimado pela Psiquiatria (Freitas, 2021), e frente à sobreposição dos objetivos de controle e punição aos declarados objetivos terapêuticos da medida de segurança (Karam, 2002).

Assim, observa-se o descompasso entre o afirmado normativamente e o produzido na prática jurídica e verifica-se que a medida de segurança por internação não segue o discurso jurídico de tratamento efetivo do paciente submetido à medida de segurança, incompatibilidade esta aferível pela análise feita neste trabalho de um recorte da prática do Complexo Médico Penal do Paraná, voltada ao exame de verificação de cessação de periculosidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vânia Sampaio; CORREIA, Ludmila Cerqueira; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Direitos das pessoas com transtorno mental autoras de delitos. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 9, p. 1995-2012, set. 2007.

BRANCO, Thayara Silva Castelo. **Medidas de segurança no Brasil**: o exercício do poder (penal) no âmbito da normalização terapêutica. 2016. 500 fl. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Setor de Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/6751>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <https://url.gratis/Ap9Sj>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <https://url.gratis/HvA1IO>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 abr. 2001. Disponível em: <https://url.gratis/OeFKD>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 set. 2015. Disponível em: <https://url.gratis/ljtId>. Acesso em 10 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria de Consolidação nº 5, de 28 de setembro de 2017. Consolidação das normas sobre as ações e os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 mar. 2018. Disponível em: <http://portalsinan.saude.gov.br/images/documentos/Le->

gislacoes/Portaria_Consolidacao_5_28_SETEMBRO_2017.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 527**. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, 13 maio 2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=SUMULA+527&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em 25 out. 2021.

COMPLEXO Médico Penal recebe indicativo de interdição ética do CRM-PR. Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná, Curitiba, 9 set. 2020. Disponível em: <https://url.gratis/nc27Ww>. Acesso em: 20 out. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.057/ 2013**. Consolida as diversas resoluções da área da Psiquiatria e reitera os princípios universais de proteção ao ser humano, à defesa do ato médico privativo de psiquiatras e aos critérios mínimos de segurança para os estabelecimentos hospitalares ou de assistência psiquiátrica de quaisquer naturezas, definindo também o modelo de anamnese e roteiro pericial em psiquiatria. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 nov. 2013. Disponível em: <https://url.gratis/Zgngym>. Acesso em: 12 out. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (CFP). **Parecer técnico sobre a atuação do(a) psicóloga no âmbito do sistema prisional e a suspensão da Resolução CFP nº 12/2011**. Manifesta-se sobre a suspensão da Resolução CFP nº 012/2011, que regulamenta a atuação do Psicólogo (a) no âmbito do sistema prisional, considerando-se a necessidade de se negar qualquer tipo de interferência sobre a atuação profissional do (a) psicólogo (a) amparada na ética, na ciência e na autarquia que regulamenta e regula o exercício profissional no país. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <https://url.gratis/Qdp8js>. Acesso em: 15 nov. 2021.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2019.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO DO PARANÁ (DEPEN-PR). Complexo Médico Penal – CMP. 2022. Disponível em: <https://www.deppen.pr.gov.br/Endereco/Complexo-Medico-Penal-CMP>. Acesso em: 5 jun. 2022.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO DO PARANÁ (DEPEN-PR). Resolução nº 233, de 12 de agosto de 2016. Aprova o Regimento Interno do Departamento Penitenciário – Depen da Secretaria de Estado da Segurança Pública e Administração Penitenciária na forma do Anexo. **Departamento de Imprensa Oficial do Estado do Paraná**, Curitiba, PR, 17 ago. 2016. Disponível em: https://www.deppen.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/migrados/File/regimentodepen.pdf. Acesso em 15 out. 2021.

DIVISÃO DE ATENÇÃO ÀS MULHERES DE GRUPOS ESPECÍFICOS (DIAMGE). Nota técnica nº 83/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ. **Revista Brasileira de Execução Penal**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 385-406, jul./dez. 2021.

FREITAS, Anne Caroline Cobbe de. **Poder psiquiátrico e violações de direitos humanos no cumprimento das medidas de segurança no sistema penal**. 2021. 199 fl. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Políticas Públicas) - História e Teoria dos Direitos Humanos, da Escola de Educação e Humanidades, Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, Curitiba, 2021.

GUARESCHI, Neusa Maria de Fátima; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. Execução das medidas de segurança e a Lei da Reforma Psiquiátrica no Brasil contemporâneo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 10, n. 2, p. 768 – 787, 2015.

GRUPO DE TRABALHO SAÚDE MENTAL E LIBERDADE PASTORAL CARCERÁRIA DA ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Hospitais-prisão**: notas sobre os manicômios judiciais de São Paulo. Coordenação: Pastoral Carcerária da Arquidiocese de São Paulo. São Paulo, 2018. 69 p. Relatório Técnico. Disponível em: https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/08/relatrio_hospitais-priso-gt-sade-mental-e-liberdade-pastoral.pdf. Acesso em: 3 nov. 2021.

G1 PR; RPC Curitiba. Conselho Regional de Medicina do Paraná determina interdição ética do Complexo Médico Penal de Pinhais. **G1 Globo Paraná**, Curitiba, 23 mar. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2022/03/23/conselho-regional-de-medicina-do-parana-determina-interdicao-etica-do-complexo-medico-penal-de-pinhais.ghtml>. Acesso em: 17 abr. 2022.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura**: medida de segurança e reforma psiquiátrica. Brasília: Esmpu, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. Medidas de segurança: punição do enfermo mental e violação da dignidade. **Verve**, São Paulo, n. 2, p. 210 – 224, 2002. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/4620/3210>. Acesso em: 15 out. 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LUC, Mauren.; SILVA, Rodrigo. Complexo Médico Penal pode ser interditado pelo Conselho de Medicina. **Plural Curitiba**, Curitiba, 9 set. 2020. Disponível em: <https://url.gratis/BHQEmp>. Acesso em: 15 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Relatório mundial sobre a deficiência**. São Paulo: SEDPcD, 2012. Tradução Lexicus Serviços Linguísticos. Disponível em: <https://url.gratis/fWYpQh>. Acesso em: 15 nov. 2021.

PESSOAS que já cumpriram sanção permanecem “asiladas” no Complexo Médico Penal por falta de um local para morar. Defensoria Pública do Paraná, Curitiba, 4 abr. 2022. Disponível em: <https://www.defensoriapublica.pr.def.br/Noticia/Pessoas-que-ja-cumpriram-sancao-permanecem-asiladas-no-Complexo-Medico-Penal-por-falta-de>. Acesso em: 5 jun. 2022.

RIBEIRO, Rafael Lima. Medida de segurança: um dogma penal. *In*: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Louco infrator e o estigma da periculosidade**. Brasília: CFP, 2016. p. 124-153.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SFAIR, Angelo. Agentes feridos em tentativa de rebelião no CMP passam bem, diz DEPEN. **Paraná Portal**, Curitiba, 16 ago. 2019. Disponível em: <https://paranaportal.uol.com.br/cidades/rebeliao-cmp-agentes-feridos-passam-bem>. Acesso em: 20 out. 2021.

TORRENTE, Andrea. Complexo Médico Penal registra morte, tiros e uso ilegal de solitárias. **Plural Curitiba**, Curitiba, 20 abr. 2021. Disponível em: <https://url.gratis/SVu5pp>. Acesso em: 20 out. 2021.

**DIREITO
DO TRABALHO
E PROCESSUAL DO
TRABALHO**

A DESPROTEÇÃO TRABALHISTA DAS REVENDEDORAS DE COSMÉTICOS NA PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEI N° 14.020/2020

*THE LABOR UNPROTECTION OF COSMETICS RESELLERS
IN THE COVID-19 PANDEMIC: AN ANALYSIS BASED ON
THE LAW N° 14.020/2020*

Ana Gabrieli Reis

Milena Cramar Lôndero

RESUMO

A revenda de cosméticos é, atualmente, um dos setores que mais cresce dentro do Sistema de Vendas Diretas, especialmente entre as mulheres de classes mais baixas, que percebem esse trabalho como a solução de seus problemas financeiros. Contudo, analisando com base na obra da pesquisadora Ludmila Abílio, bem como na prática cotidiana, a revenda de cosméticos se configura como um trabalho informal que não fornece o mínimo de seguridade social e tampouco é previsto nas legislações trabalhistas, as quais servem majoritariamente trabalhadores com vínculo empregatício formal. De tal forma, a situação trabalhista já precária das revendedoras de cosméticos se tornou ainda pior diante do cenário pandêmico da Covid-19 que acometeu o Brasil no início de 2020. O presente artigo, dessa forma, propõe-se a analisar a conjuntura trabalhista das mulheres revendedoras de cosméticos a partir da Lei nº 14.020/2020, a qual instaurou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Nesse sentido, minuciosa-se as medidas propostas pela Lei nº 14.020/2020 a fim de constatar a expressa desproteção trabalhista das revendedoras de cosméticos mesmo com o quadro de aumento de vulnerabilidade, desemprego e pobreza que se instaurou na realidade brasileira. Portanto, procura-se demonstrar que as revendedoras de cosméticos se encontram em um estado de duplo desamparo, sem apoio das empresas e menos ainda do Estado, que relega essas mulheres às suas próprias sortes, afastando os efeitos das leis trabalhistas que lhes concederiam o mínimo de garantias.

Palavras-chave: Covid-19; lei nº 14.020/2020; revendedoras de cosméticos.

ABSTRACT

Cosmetic resale is currently one of the fastest growing sectors within the Direct Sales System, especially among low-income women, who perceive this work as the solution to their financial problems. However, based on the work of the researcher Ludmila Abílio, as well as on the daily practice, the cosmetics resale is configured as an informal job that does not provide the minimum of social security, neither being provided for in labor legislation, which mostly serves workers with formal employment relationship. In such a way, the already precarious labor situation of cosmetics resellers became even worse in the Covid-19 pandemic scenario which affected Brazil in early 2020. This article, therefore, proposes to analyze the labor situation of the women cosmetic's retailers from the view of the Law nº 14.020/2020, which established the Emergency Employment and Income Maintenance Program. In this sense, the measures proposed by the Law nº. 14.020/2020 are detailed in order to verify the express lack of labor protection of cosmetics resellers, even with the framework of increased vulnerability, unemployment and poverty that has been established in the Brazilian reality. Therefore, this article seeks to demonstrate that cosmetics resellers are in a state of double helplessness, without the support of the companies, and even less of the State, which relegates these women to their own fate, moving away from the effects of labor laws that would grant them the minimum of guarantees.

Keywords: Covid-19; law nº. 14.020/2020; cosmetics resellers.

1. INTRODUÇÃO

Inserido no Sistema de Vendas Diretas (SVD), o trabalho de revenda de cosméticos é marcado pela ausência de vínculo empregatício entre a empresa e a consultora, o que acarreta a falta de garantias sociais, característica central nas novas formas precárias de trabalho. Tal atividade é desenvolvida majoritariamente por mulheres, as quais não possuem segurança e medidas protecionistas básicas, pois sua categoria se encontra na orla da informalidade trabalhista, não contando com previsões na legislação relacionada.

A presente pesquisa se desenvolve a partir desses pontos centrais, aos quais outros se somam no decorrer do trabalho. Inicialmente, o estudo busca discorrer sobre o perfil de quem constitui o cenário da revenda de cosméticos, analisando as mulheres trabalhadoras desse

setor e suas particularidades. Assim, ao estudar as consultoras de cosméticos, percebe-se como este é um perfil heterogêneo, marcado por multiplicidade socioeconômica.

Em seguida, são expostas as problemáticas decorrentes da pandemia da Covid-19 que atingem quem atua no ramo, em especial mulheres, que só possuem esta atividade como fonte de renda para o seu sustento e o da família. Como resultado da crise, o recente agravamento das taxas de desemprego e pobreza na realidade brasileira estão colocando cada vez mais brasileiros e brasileiras em situação de informalidade.

Por último, após observar os impactos do cenário pandêmico, busca-se entender quais as dimensões da Lei nº 14.020/2020, a qual instaurou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, sobre as trabalhadoras que desenvolvem estas atividades laborativas. Desse modo, pretendeu-se investigar como se configura o trabalho das revendedoras de cosméticos no Sistema de Vendas Diretas do Brasil dentro do contexto das medidas adotadas durante a crise da pandemia, buscando provar a condição negligenciada e desamparada destas mulheres, tanto pelas marcas que representam quanto pela ausência de preocupação por parte do Estado.

2. A FACE PRECÁRIA DA REALIDADE DAS REVENDEDORAS DE COSMÉTICO EM UM CENÁRIO DE INFORMALIDADE E PANDEMIA DA COVID-19

Os reflexos do neoliberalismo na sociedade contemporânea recaem com intensidade, dentre outras áreas, no mundo do trabalho. Para Karl Marx, o trabalho é ponto central na definição das características humanas. Nesse ínterim, Marx explica que o trabalho é “uma condição de existência do homem, independente de todas as formas sociais, [é uma] eterna necessidade natural de mediação do metabolismo entre homem e natureza e, portanto, da vida humana” (Marx, 2013, p. 115). Isso significa que o trabalho estaria diretamente atrelado ao social, concepção que foi mutando com o tempo devido a diversos fatores.

Desde a década de 1970, é possível observar que a figura do operário industrial assalariado, afirmada no modelo de organização fordista-taylorista, começa a perder espaço. Em contrapartida, formas desre-

gulamentadas de trabalho conquistam cada vez mais terreno (Antunes; Braga, 2009). Neste íterim, o modelo toyotista de produção, visando um aumento constante da produtividade, configura uma nova forma de controle do proletariado (Abílio, 2011). Um bom exemplo se traduz na relação da empresa com os vendedores e vendedoras do Sistema de Vendas Diretas, o qual se baseia na ausência de vínculos empregatícios, como trataremos adiante. Dentro dessa lógica:

Consultoras empreendedoras da Natura não só criam suas próprias estratégias bem-sucedidas de venda, como se dispõem a ser (gratuitamente) fontes importantes para a avaliação dos produtos, marketing e relações de vendas da empresa. Enquanto isso, coordenadoras pedagógicas são contratadas para projetos educativos que visam à melhor didática para o aprendizado – e maior produtividade – das consultoras. O que estaria em ato? Uma nova forma de envolvimento do trabalhador que ultrapassa o chão de fábrica? Novas formas de exploração? (Abílio, 2011, p. 232).

Ao partir de uma investigação com recorte de gênero, a posição da mulher na sociedade precisa ser entendida e analisada dentro de uma perspectiva histórica, sendo que um dos principais fatores que fazem a limitação do espaço de ação da mulher aflorar é a dicotomia baseada no sexo biológico, a qual valoriza o masculino em detrimento do feminino. Assim, ao examinar as implicações desta divisão, resta evidente uma construção histórico-social que leva à subordinação da mulher ao âmbito privado, naturalizando sua atuação apenas em ambientes familiares predefinidos. Em contrapartida, os homens estariam inseridos na esfera pública, como sujeitos produtores e capazes de ocupar ambientes de formação e postos de tomada de decisão. Nesse contexto, a filósofa política Susan Moller Okin (2008, p. 308) discute os aspectos históricos da divisão público/privado:

A divisão do trabalho entre os sexos tem sido fundamental para essa dicotomia desde seus princípios teóricos. Os homens são vistos como, sobretudo, ligados às ocupações da esfera da vida econômica e política e responsáveis por elas, enquanto as mulheres seriam responsáveis pelas ocupações da esfera privada da domesticidade e reprodução. As mulheres têm sido vistas como

“naturalmente” inadequadas à esfera pública, dependentes dos homens e subordinadas à família.

Entretanto, esta suposição falaciosa de que a mulher naturalmente pertence apenas a espaços da esfera privada, oculta dissimuladamente o fato de este pensamento ser fruto de uma construção social e política. Desse modo, a reivindicação feminina ao trabalho, universidade e outros ambientes de formação e poder perpassou por diversos obstáculos.

Vale ressaltar que no mercado de trabalho houve uma crescente inserção feminina nas últimas décadas. Todavia, são os trabalhos mais precários e com maiores índices de exploração os que exibem em seu quadro de funcionários a presença majoritária de mulheres (Antunes; Braga, 2009). Essa característica é fundamental e está diretamente relacionada às diversas opressões que atravessam os corpos femininos no universo laboral. Neste momento, destacam-se dois pontos centrais: o status de inferioridade comumente atribuído às mulheres, como no caso das diferenças salariais ao desempenhar mesma função; e a feminização de certas profissões. Sobre isso:

Há uma outra tendência de enorme significado no mundo do trabalho contemporâneo: trata-se do aumento significativo do trabalho feminino em diversos países avançados e também na América Latina, onde também foi expressivo o processo de feminização do labor. Essa expansão tem, entretanto, um movimento inverso quando se trata da temática salarial, onde os níveis de remuneração das mulheres são em média inferiores àqueles recebidos pelos trabalhadores, o mesmo ocorrendo em relação aos direitos sociais e do trabalho, que também são desiguais. O salário médio das brasileiras está em torno de 60% do salário dos homens (Antunes; Braga, 2009, p. 236).

No que diz respeito à feminização de algumas funções, vale destacar ainda que se espera muito mais das mulheres do que dos homens, em geral, em seus papéis de mães e de gerentes da família. Sobre isso, Okin (2008, p. 326) ressalta que “homens que têm sucesso na vida pública são frequentemente desculpados por negligenciar suas famílias, enquanto as mulheres, na mesma situação, não o são”. Assim, na sociedade atual,

estruturada pelo viés patriarcal, o fardo a ser carregado pelas mulheres se torna cada vez mais fatigante.

Dessa forma, apresentando um marcador de gênero significativo, a revenda de cosméticos no SVD é o objeto de análise deste estudo no contexto das novas modalidades de desregulação do trabalho e de precarização de garantias. A força laborativa deste ramo é composta majoritariamente por mulheres, chegando a representar mais de 90% do total de cerca de 4 milhões de revendedoras atuantes no Brasil (Abevd, 2020).

Essas mulheres, percebidas pela lente jurídica como “vendedoras ambulantes”, são as responsáveis por realizar as vendas e garantir a entrega dos produtos ao redor de todo o país, ficando a cargo de cada uma realizar o registro como trabalhadora autônoma – a maioria não o faz e sobrevive na informalidade. Esse processo faz parte da flexibilização visada pelo neoliberalismo e caracteriza-se pela desregulamentação do trabalho, legalmente refletida no SVD, que representa o comércio de produtos feitos por revendedores (Abílio, 2011).

Assim, na busca neoliberal por um aparato mais flexível, a distinção entre trabalho formal e informal se torna menos clara e características antes sólidas, como o tempo de trabalho e o salário, vão se esvaindo. Nesse processo, o ataque à subjetividade do e da trabalhadora se intensifica, o que contribui para a individualização das esferas sociais, distanciando paulatinamente mais a classe trabalhadora da concepção marxista natural e humanizada de trabalho. Ricardo Antunes elucida:

É por isso que, hoje, nenhuma fábrica ou empresa usa, em sua terminologia gerencial, denominações como “operários”, “trabalhadores”, optando por recorrer à apologética presente na ideologia dos “colaboradores”, “parceiros”, “consultores” ou denominações assemelhadas (Antunes, 2018, p. 92).

Nesse cenário nebuloso, o que se corporifica é o fato de que a atividade de vendas não é reconhecida como um vínculo empregatício. Essas mulheres se encontram em um estado de indefinição entre o que Ludmila Abílio chama de trabalho e não trabalho. Ainda, caso fosse configurado vínculo empregatício, a empresa teria que cumprir com encargos trabalhistas. Portanto, a situação é dificultada pelas par-

tes empregadoras que não se preocupam em dissipar a névoa que encobre a realidade dessas mulheres e, pelo contrário, buscam se pronunciar publicamente sempre de forma vaga e abstrata (Abílio, 2011).

À medida que se flexibilizam as relações de trabalho, o neoliberalismo se fortalece e se organiza, alcançando seus objetivos. Principalmente em um cenário de níveis acentuados de desemprego, os e as trabalhadoras são impelidos a aceitar novas formas de trabalho e a se ajustarem às modalidades mais flexibilizadas, agravando a precariedade das relações trabalhistas. Para David Harvey (2002, p. 150-151):

[...] o mais interessante na atual situação é a maneira como o capitalismo está se tornando cada vez mais organizado através da dispersão, da mobilidade geográfica e das respostas flexíveis nos mercados de trabalho, nos processos de trabalho e nos mercados de consumo, tudo isso acompanhado por pesadas doses de inovação tecnológica, de produto e institucional.

Dessa maneira, tem-se com mais clareza o entendimento de que “o exército de consultoras possibilita o reconhecimento da flexibilização do trabalho e, ainda, de que as mulheres estão na sua linha de frente” (Abílio, 2011, p. 64). O perfil socioeconômico das revendedoras é heterogêneo, porém, segundo dados da Associação Brasileira de Empresas de Vendas Diretas, a maioria dessas mulheres está majoritariamente entre as classes C, D e E, é casada, possui entre 30 e 40 anos e acumula uma renda mensal de cerca de R\$ 1.639,00 (Abevd, 2020).

Algumas dessas mulheres submetem-se a situações em que a renda e as condições laborativas estão abaixo do ideal, chegando a cumprir com 2 ou 3 jornadas de trabalho diversas para manter a sua sobrevivência e a de sua família. Conforme Abílio, beira os 70% as revendedoras que possuem outra atividade e utilizam as vendas para complementar a renda. Essas mulheres aproveitam suas horas “livres” para realizar as entregas. Já o controle das atividades exercidas se dá pela empresa por diversos meios: prazos, metas, notas, ranking, prêmios e estimulando a concorrência (Abílio, 2011).

Com a pandemia da Covid-19, a situação das vendas de cosméticos se encontrou particularmente prejudicada. O contato, que se dava primordialmente de maneira presencial e a partir do marketing boca a

boca, precisou migrar para os meios online. Vale ressaltar que antes da pandemia já era possível notar um aumento na utilização de ferramentas digitais, porém, devido ao isolamento social e a fim de acompanhar o ritmo das mudanças conjunturais, esse processo se intensificou. A quarentena também antecipou a transferência dos catálogos de produtos impressos para versões digitais, que são facilmente divulgadas por redes sociais, principalmente pela ferramenta WhatsApp.

Contudo, grande parte das revendedoras encontrou obstáculos com esse processo de migração de ambientes, seja por não possuir os materiais necessários ou por não estar familiarizada com o mundo digital. Ainda no meio online, um dos maiores receios das trabalhadoras se dá em relação à concorrência com a própria marca fabricante dos cosméticos, a qual pode aumentar as vendas diretas ao consumidor final.

No Brasil atual é possível verificar outra mudança decorrente da pandemia, com a taxa média de desemprego sendo a maior desde 2012, cada dia mais brasileiros e brasileiras estão se vendo obrigados a recorrer à informalidade para sobreviver. Portanto, com o nível de informalidade ultrapassando os 38%, a revenda de cosméticos passou a ser a atividade principal exercida por muitas mulheres (Bertolotto, 2021).

Somado a esses pontos, aparece a exclusão digital, a queda de vendas devido à diminuição de renda das clientes e a redução do consumo de maquiagem e cosméticos devido ao isolamento social e uso de máscaras. Ainda, a maioria das revendedoras seguiu atuando presencialmente – pelo menos para realizar as entregas – se expondo, portanto, à Covid-19 e colocando a própria vida, bem como da família e terceiros, em risco (Madureira, 2020).

Logo, fica evidenciado, frente a tantos empecilhos, que muitas dessas mulheres não possuem uma verdadeira escolha, a não ser se submeter à condição que lhes é imposta. Verifica-se que “a relação entre capital e trabalho estruturou, portanto, a investigação de uma ocupação que pode nem mesmo ter a forma de trabalho reconhecida” (Abílio, 2014, p. 192). Portanto, nesse cenário de mudança na concepção de trabalho, a situação das revendedoras de cosméticos é tão indefinida que estas nem chegam a se reconhecer enquanto coletividade, bem como algumas não se entendem nem enquanto trabalhadoras.

Tendo isso em mente, analisaremos com mais cuidado a situação dessas revendedoras frente às mudanças na sociedade e no mundo do trabalho, em especial com relação à legislação trabalhista desenvolvida durante a pandemia.

3. O PROGRAMA EMERGENCIAL DE MANUTENÇÃO DO EMPREGO E DA RENDA (LEI Nº 14.020/2020) E A MARGINALIZAÇÃO DAS REVENDEDORAS DE COSMÉTICOS

Categorizado como um “sistema de comercialização de produtos e serviços por meio do contato pessoal e relacionamento dos empreendedores independentes com seus clientes” (Abevd, 2021), o Sistema de Vendas Diretas possui hoje um grande destaque no mercado brasileiro. Prova disso é trazida segundo os dados oficiais da Federação Mundial das Associações de Vendas Diretas (2020), em que o Brasil está na 6ª posição global de maiores faturamentos a partir de vendas diretas, obtendo a liderança dos países da América Latina.

Dentre os inúmeros ramos existentes no SVD, a revenda de cosméticos se configura como a mais ampla face desse sistema, são aproximadamente 52% do total de trabalhadores de vendas diretas que estão na categoria de cosméticos e cuidados pessoais (Abevd, 2020). Como visto no capítulo anterior, a revenda de cosméticos é composta majoritariamente de mulheres que encontram como única alternativa de renda – ou de complementação de renda – a venda de produtos de grandes empresas no ramo da beleza, como Avon e Natura. Dessa forma, com o gênero de cosméticos sendo o mais expressivo dentre todos os outros no SVD, a Associação Brasileira de Empresas de Vendas Diretas (Abevd), em 2020, definiu o perfil do trabalhador, ou empreendedor independente de acordo com a Associação, como sendo aquele anteriormente apresentado no capítulo 2, ou seja, mulher jovem das classes C, D e E.

Notadamente, as empresas de cosméticos abordam mulheres de classes mais baixas apresentando o ilusório discurso neoliberal de empreendedorismo, de forma que a informalidade, a precarização das relações trabalhistas, a divisão sexual e a dupla – ou até mesma tripla – jornada de trabalho das revendedoras é vendida como empodera-

mento e solução para o desemprego e para a complementação de renda. No ensejo do lucro crescente frente às desigualdades sociais no cenário brasileiro, tais empresas investiram na flexibilização do trabalho e em meios de atrair o trabalho feminino, o qual já é tipicamente precário (Abílio, 2011), justificados pela imagem do empreendedor independente, conforme aduz Ludmila Abílio:

A falta de formas definidas deste trabalho adequa-se perfeitamente ao discurso do empreendedorismo, assim como à perda de medidas do trabalho e às atividades precárias e de baixa remuneração – elementos há muito constitutivos de ocupações desempenhadas pelas mulheres (Abílio, 2008, p. 107).

Dessa forma, a face da revenda de cosméticos encoberta pela falácia do empreendedorismo é justamente as consequências advindas com a informalização do trabalho, ou seja, a ausência das garantias mínimas de proteção social asseguradas pela legislação trabalhista, como o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o salário-mínimo nacional e a irredutibilidade do salário. A falta de vínculo entre as revendedoras e as empresas é, assim, o cerne da falta de seguridade pública para as trabalhadoras, vez que a relação com o “empregador” é unicamente por meio de um contrato em que a empresa tem a função de fornecer produtos e o trabalhador assume a responsabilidade de revender as mercadorias a fim de obter sua comissão (Golin, 2018).

Não obstante, se a precarização do trabalho e dos direitos trabalhistas já são regra na realidade das revendedoras de cosméticos, tal situação se agravou ainda mais com a pandemia da Covid-19. Isso porque a revenda de cosméticos se manifesta tradicionalmente pelas modalidades de vendas diretas conhecidas como sistema porta a porta e por catálogo, de forma que as revendedoras iam até as casas ou locais de trabalho das clientes para apresentar os produtos ou deixar um catálogo de produtos para que a compradora possa analisar e escolher mercadorias (Abevd, 2021). Com o isolamento social, muitas revendedoras de cosméticos tiveram as portas fechadas para a venda direta e viram suas rendas diminuir significativamente diante da dificuldade em sair e conseguir concretizá-las, vez que muitas

clientes sofreram com as consequências da diminuição de renda e desemprego ocasionadas pela pandemia da Covid-19.

Embora uma parcela de revendedoras tenha migrado para a internet a fim de dar continuidade à revenda de cosméticos pelas redes sociais, seria ingenuidade crer que todas essas mulheres conseguiram se estabelecer e continuar com as suas vendas através do meio digital. O chamado *e-commerce*, apesar do discurso de facilidade que a criação de um perfil de vendas nas redes sociais traz, apresenta dificuldades múltiplas na nova dinâmica de trabalho que as revendedoras de cosméticos se inserem. Não mais promovendo suas vendas no sistema porta a porta e por catálogo, modalidades que permitiam um contato maior com as compradoras e facilitava o fortalecimento de redes locais, essas mulheres migraram para a internet, passando a ter o mercado digital como espaço de vendas.

Por óbvio, em decorrência da falta de fronteiras dos espaços digitais, bem como da facilidade de acesso, o mercado digital se apresenta com uma concorrência avassaladora no ramo de revenda de cosméticos *on-line*, vez que, além de concorrerem entre as próprias revendedoras, as trabalhadoras também precisam entrar em uma disputa completamente desequilibrada com as próprias empresas de cosméticos, as quais possuem um maior alcance da freguesia e a possibilidade de fazer promoções e descontos atrativos para as consumidoras, afora as diversas opções de pagamento e parcelamento que as trabalhadoras autônomas não possuem. Além da questão da concorrência no âmbito digital, muitas mulheres viram suas vendas diminuir drasticamente em razão da falta de freguesia, tendo em vista que boa parte da clientela anteriormente consolidada pelas redes locais evita fazer compras *on-line* por preferir o catálogo físico, situação muitas vezes inviável em meio ao isolamento, conforme esclarece a revendedora Maria Helena Souza em entrevista a Daniele Madureira (Madureira, 2020).

Para além da evidente diminuição da efetividade das vendas de cosméticos – e conseqüente diminuição de renda – durante a pandemia da Covid-19, é evidente que a nova dinâmica de trabalho trouxe o agravamento dos efeitos do “empreendedorismo”, culminando em episódios cada vez mais frequentes de desregulamentação do trabalho e de pre-

carização (Abílio, 2011). A diminuição da renda, nesse sentido, não é o único impacto negativo que a pandemia trouxe para as mulheres revendedoras de cosméticos. A informalidade, considerada por muitos como um sinal de modernidade em decorrência da falta de burocracia existente nas relações de trabalho, mostrou-se como um dos maiores catalisadores para a negação de direitos e asseguaração de garantias mínimas em um momento de extrema vulnerabilidade, tendo em vista que as trabalhadoras não se configuram como empregadas, mas sim como uma espécie de “vendedoras ambulantes”, de forma que se desvinculam das legislações trabalhistas vigentes.

Assim, a máscara do empreendedorismo serviu perfeitamente para a realidade de informalidade da revenda de cosméticos, criando um imaginário de empoderamento e possibilidade de lucro para mulheres que se encontram em situações precárias, ao mesmo tempo que as condena à exploração de múltiplas jornadas de trabalho sem fornecer qualquer segurança jurídica, econômica e/ou laboral. As trabalhadoras são colocadas na posição de vendedoras autônomas e empresárias independentes, conforme fica evidenciado pelo parecer de um dos advogados representantes da empresa Natura, no qual declara a destipificação da relação de emprego sob a justificativa da inexistência de subordinação no SVD (Abílio, 2011), estratégia que legitima a cruel precarização das garantias trabalhistas das revendedoras de cosméticos, criando uma utópica percepção de autonomia dentro de um espaço que tão somente subjuga mulheres à condições degradantes em prol do lucro e da consolidação da redes comerciais de grandes empresas.

Nesse contexto, com data-base dezembro de 2021, relatório recente divulgado pela Natura&Co detalha que a Natura foi citada em 523 ações trabalhistas movidas por ex-consultores de vendas em prol do reconhecimento do vínculo empregatício desses profissionais. Sobre os litígios, em matéria do jornal O Estado de S. Paulo, a Natura se manifesta no sentido de que seus consultores de vendas são empreendedores independentes. Para a empresa, as relações são meramente comerciais, ao passo que apenas autoriza a revenda de seus produtos, de forma não exclusiva e por conta e risco do revendedor. A maioria dos julgamentos foi favorável à Natura, que destaca “consultores de vendas, ou quaisquer

decisões adversas que determinem a existência de um relacionamento com funcionários, podem resultar em contribuições e custos incrementais tão substanciais que teríamos que reestruturar nossas operações” (Moreira, 2022). Mais uma vez, o principal argumento da companhia se baseia na hipótese de que não haveria subordinação no relacionamento com as revendedoras por estas desfrutarem de “grande flexibilidade” na forma que conduzem suas atividades.

Isso posto, valendo-se da legislação brasileira, o artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho considera “empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”, definindo, sintetizadamente, que é empregado aquele indivíduo que possui uma relação formal com seu empregador, com formas fixas e contratos vigentes. Tais requisitos, portanto, de fato não são verificados na situação vivenciada nas relações de trabalho das revendedoras de cosméticos, uma vez que os serviços prestados não possuem vínculo de dependência mediante salário e temporalidade fixa, podendo eles serem eventuais ou não, de forma que “os empreendedores independentes não possuem relação de emprego com as empresas de vendas diretas, mas sim, uma relação de natureza comercial” (Abevd, 2021, p. 4). Ainda, a despeito dessa falta dos requisitos formais previstos do artigo 3º da CLT, evidencia-se que:

O Sistema de Vendas Diretas expressa a realidade da flexibilização: trata-se da disponibilidade/necessidade de as pessoas trabalharem cada vez mais; expressa também o recurso das mulheres (atente-se para algo ainda mais sintomático, o crescimento da participação masculina) a um trabalho que hoje dificilmente lhes propicia uma identidade profissional, assim como não lhes traz qualquer tipo de garantia trabalhista. Além disso, a alta adesão a uma ocupação sem mediações públicas, que nem mesmo é necessariamente definida como trabalho, aponta para a potencialidade da informalidade: hoje, trata-se da literal perda de formas do trabalho (Abílio, 2011, p. 117).

Dessa forma, no cenário da pandemia da Covid-19, a não configuração das revendedoras de cosméticos enquanto empregadas nos ter-

mos do artigo 3º da CLT se configurou como uma das maiores dificuldades enfrentadas por essas mulheres no que diz respeito às garantias previstas pelas legislações trabalhistas desenvolvidas como formas de conter os efeitos nefastos da crise instaurada pela conjuntura pandêmica. Nesse sentido, cabe destacar a Lei nº 14.020/2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, como uma estratégia que, apesar de projetar o auxílio para milhares de trabalhadores, restringe a proteção de trabalhadores que possuem ainda mais insegurança e instabilidade por conta do trabalho informal, como é o caso das revendedoras de cosméticos.

Embora tenha como objetivo preservar o emprego e a renda dos trabalhadores, a referida legislação serve majoritariamente aos indivíduos que possuem vínculo empregatício formal, vez que as medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública foram desenvolvidas para aqueles profissionais com formas laborais fixas. O Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda apresentou três principais medidas, sendo elas: o pagamento do Benefício Emergencial de Manutenção de Preservação do Emprego e da Renda; redução proporcional da jornada de trabalho e de salário; e a suspensão temporária do contrato de trabalho.

O Benefício Emergencial de Manutenção de Preservação do Emprego e da Renda, nos termos do artigo 5º da Lei nº 14.020/2020, categoriza que o montante será pago na hipótese de redução proporcional de jornada de trabalho e salário e/ou suspensão temporária do contrato de trabalho, situações nas quais o empregador, no prazo de dez dias desde a celebração do acordo, informará ao Ministério da Economia para posterior pagamento do benefício. Evidente, pois, a impossibilidade que as revendedoras de cosméticos possuem para alcançar o Benefício Emergencial de Manutenção de Preservação do Emprego e da Renda, tendo em vista não serem contempladas por uma relação formal de trabalho com as empresas que fornecem os produtos para revenda, inviabilizando as hipóteses para pagamento do benefício.

Todavia, as revendedoras obtiveram a possibilidade de receber um benefício governamental de enfrentamento da emergência de saúde

pública a partir da Medida Provisória nº 1.039/2021, prorrogada pelo Decreto nº 10.740/2021, na qual foi instituído o Auxílio Emergencial 2021 até outubro do referido ano. Diferentemente do Benefício Emergencial, o auxílio proposto, segundo o artigo 1º, § 2º, I, da MP nº 1.039/2021, não seria devido para aqueles que possuem emprego formal ativo, abrindo, assim, oportunidade para que os trabalhadores informais recebessem o valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) por quatro meses, sendo tal programa encerrado definitivamente em outubro de 2021. No caso em específico, muitas revendedoras de cosméticos, dadas as características do perfil de trabalhadoras nesse segmento, puderam se valer do disposto no artigo 2º, § 1º, em que “a mulher provedora de família monoparental receberá, mensalmente, R\$ 375,00 (trezentos e setenta e cinco reais) a título do Auxílio Emergencial 2021”, possibilitando o recebimento do valor durante a vigência do benefício.

Apesar de se reconhecer o Auxílio Emergencial como uma ajuda às revendedoras de cosméticos que se situavam em uma situação precária em decorrência da crise econômica que se agravou com a crise de saúde pública decorrente da Covid-19, é necessário compreender que a medida temporária não sanou, nem conseguiria sanar as consequências que a informalidade e a precariedade do SVD acometem na vida das mulheres parceiras. Maria Helena, a revendedora entrevistada pela BBC (Madureira, 2020), lamentou que sua renda caiu pela metade em decorrência do desemprego das clientes, salientando que, mesmo que algumas recebessem o auxílio emergencial, o “dinheiro mal dá para a despesa de casa, comida, aluguel, luz”. De fato, o Auxílio Emergencial 2021 foi uma das únicas conquistas trabalhistas que alcançaram as mulheres da revenda de cosméticos durante a pandemia mundial, contudo, não se deve olvidar que as demais medidas trabalhistas perpetuaram a exclusão dessas trabalhadoras informais.

A redução proporcional de jornada de trabalho e de salário, prevista no artigo 7º da Lei nº 14.020/2020, é ainda mais inviável em vista da forma de trabalho exercida pelas revendedoras de cosméticos. O acordo de redução proporcional é realizado levando em conta a preservação do valor do salário-hora de trabalho e a pactuação – individual ou coletiva – nos termos da lei, por até noventa dias prorrogáveis (artigo 7º,

I, II, III, da Lei nº 14.020/2020). Dessa forma, conforme já apresentado, não há uma jornada de trabalho fixa no Sistema de Vendas Diretas, pelo contrário, os horários são extremamente flexíveis, de modo que o próprio trabalhador tem autonomia para definir os períodos que irá trabalhar, estando ausente a cobrança do cumprimento de horários fixos por parte da empresa como igualmente se ausenta as garantias de seguridade trabalhista. Ademais, em análise ao próprio nome do SVD, é perceptível a inadequação de tal hipótese no caso das revendedoras, uma vez que essas mulheres não são assalariadas, mas sim dependem de suas próprias vendas para conseguirem se sustentar.

Outra hipótese proposta pelo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda da Lei nº 14.020/2020 é a de suspensão temporária do contrato de trabalho, a qual, assim como as outras medidas, tampouco se mostra favorável à realidade das revendedoras de cosméticos. De acordo com o artigo 8º da Lei nº 14.020/2020, poderão ser pactuados acordos de suspensão temporária do contrato de trabalho pelo prazo máximo de sessenta dias, fracionável em dois períodos de trinta dias, com a possibilidade de prorrogação. Ainda, caso o empregado mantenha parcialmente suas atividades de trabalho por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância, ficará descaracterizada a suspensão, com sujeição do empregador ao pagamento de remuneração e encargos ao período, às penalidades previstas em lei e às sanções previstas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho (artigo 8º, § 4º, I, II, III, da Lei nº 14.020/2020). Outro ponto de destaque se concentra no § 5º, em que se estabelece que empresas com receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), no ano-calendário de 2019, somente “poderão suspender o contrato de trabalho de seus empregados mediante o pagamento de ajuda compensatória mensal no valor de 30% (trinta por cento) do valor do salário do empregado, durante o período de suspensão temporária”.

Nesse sentido, desconectado da realidade seria cogitar suspender os contratos de trabalho de quem nem ao menos possui contratos de trabalho. Como demonstra a própria Associação Brasileira de Empresas de Vendas Diretas (2021), não há uma relação de emprego entre as empresas e as revendedoras de cosméticos, sendo esta relação apenas

de cunho comercial. Trata-se de um reflexo da informalidade, a qual se propõe a flexibilizar ao máximo as relações de trabalho, inclusive deixando de adotar contratos que poderiam garantir o básico de seguridade social e trabalhista. O caráter flexível da revenda de cosméticos, desse modo, se manifesta em novas formas de contrato e se desatrela da figura do empregador, gerando uma relação de trabalho nebulosa em que é dificultado o reconhecimento de quem e como trabalha:

Há uma grande dificuldade de até mesmo nomear o que está hoje em jogo nas relações de trabalho. Trato de uma indiscernibilidade das relações de produção e de distribuição, quando se torna cada vez mais difícil reconhecer quem trabalha, para quem e em quais condições. Indiscernibilidade que se constitui pela terceirização da produção em níveis mundiais (tratada especialmente a partir de Bernardo, 2004); também pelas desregulações do trabalho, as quais possibilitam novas formas de contrato que põem em xeque mediações públicas da regulação da jornada de trabalho (Abílio, 2011, p. 66).

Logo, a suspensão do contrato de trabalho de nada teria eficácia na realidade trabalhista informal das revendedoras de cosméticos, uma vez que, além de não haver contrato com a empresa que as fornece produtos, não existe possibilidade de cessar totalmente suas atividades laborais, já que dependem desse lucro para poder garantir a subsistência de suas próprias famílias – fato que, caso tivessem contrato formal vigente, encontraria o artigo 8º, § 4º, I, II, III, da Lei nº 14.020/2020, como obstáculo.

Portanto, evidente o quão desamparadas estão as revendedoras de cosméticos em meio às crises econômica e social decorrentes da Covid-19, não possuindo o auxílio das empresas de cosméticos, as quais se blindam através do discurso de “autonomia e empreendedorismo”, e tampouco o do Estado, o qual restringe as legislações trabalhistas ao conceito de empregado dado pelo artigo 3º da CLT. Com a análise do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, fundado pela Lei nº 14.020/2020, é evidente que a manutenção do emprego

e da renda não inclui as revendedoras de cosméticos, as quais ficam à própria sorte na busca de suas garantias mínimas de trabalho.

4. CONCLUSÃO

As revendedoras de cosméticos, por si só, são uma categoria composta predominantemente por grupos historicamente marginalizados da sociedade, mulheres jovens, casadas, de classes mais baixas, que compram o discurso de empreendedorismo e empoderamento do Sistema de Vendas Diretas como solução que lhes irá garantir uma possibilidade de renda e sustento para suas famílias. O fato que o atrativo discurso neoliberal que seduz essas mulheres não mostra, contudo, é a precarização e a exploração do trabalho, submetendo-as a exercer duplas ou triplas jornadas de trabalho para que consigam lucrar através das revendas.

Trata-se de uma verdadeira demonstração de trabalho além do trabalho, vez que essas mulheres estão sempre prontas para revender os cosméticos, até mesmo em momentos de lazer com amigos e família. A revenda, portanto, evidencia a relação puramente comercial – e não empregatícia – existente entre empresas e revendedoras, tendo essas a função de comercializar os produtos de determinada marca e aquelas a função de fornecer os produtos que serão vendidos, sem haver um vínculo de dependência formal estabelecendo horários fixos, regulações de trabalho e pagamento de salário. É, mais do que tudo, uma terceirização do comércio de cosméticos por meio das revendedoras, que, apesar de carregarem a marca da empresa, são deixadas por conta e risco sob a justificativa da autonomia existente no SVD.

Assim, a identificação das revendedoras de cosméticos enquanto empregadas é negada perante o artigo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, visto que não são satisfeitos os requisitos necessários para a categorização de empregados. Diante de tal situação, grande parte das legislações trabalhistas não é válida para a realidade dessas mulheres que exercem o trabalho informal na comercialização de cosméticos. Evidente que a informalidade, nesse sentido, não se trata da modernização das relações de trabalho – conforme é aduzido por, não surpreen-

dentemente, grandes empresas e empregadores –, mas sim de sua precarização, retirando não só as formas do trabalho a ser exercido, como também toda a seguridade jurídica criada como modo de proteção aos trabalhadores.

Tal cenário, já precário em tempos normais, agravou-se ainda mais com a pandemia da Covid-19 e as inúmeras crises que se instalaram no Brasil. O desemprego cresceu, a economia diminuiu e a saúde pública entrou em estado de calamidade, deixando muitos trabalhadores em situação de extrema pobreza e incertos quanto às suas fontes de renda. As revendedoras de cosméticos não saíram ilesas da crise, pelo contrário, o cenário das vendas diretas de produtos de beleza sofreu severamente com os efeitos da pandemia da Covid-19. Grande porcentagem das mulheres viu suas vendas caírem demasiadamente em função do isolamento social, de forma que as impossibilitavam de sair de suas casas para comercializar os produtos. As revendedoras que migraram para as redes sociais encontraram um ambiente ainda desconhecido, muito mais intenso e agressivo, no qual tinham que competir com a concorrência entre as próprias revendedoras e, de forma inovadora, com os sites das empresas de cosméticos. Além disso, as clientes passaram a priorizar o dinheiro para o pagamento de contas de casa, tendo em vista que muitas das vezes os rendimentos não davam nem conta de pagar água, luz e gás, quem dirá sobrar dinheiro para comprar cosméticos.

Dessa forma, a análise da Lei nº 14.020/2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, demonstrou, em decorrência da informalidade incidente na revenda de cosméticos, não abarcar as mulheres revendedoras de cosméticos, tratando-se de um programa restrito aos indivíduos empregados, nos termos do artigo 3º, da CLT. Entre todas as medidas propostas, a única cabível na realidade das revendedoras foi o recebimento do Benefício Emergencial, salientando que tal situação só foi possível após a decretação do Auxílio Emergencial 2021 através da Medida Provisória nº 1.039/2021, contudo se encerrou em outubro de 2021.

Portanto, o agravamento da precarização trabalhista das revendedoras de cosméticos em decorrência das crises advindas com a pande-

mia da Covid-19 apenas demonstrou a ausência da proteção para trabalhadores informais. Com a banalização da exploração do trabalho pelo discurso do empreendedorismo e pela falta de legislações trabalhistas que possam dar conta de suas realidades, as revendedoras de cosméticos se veem, nesse cenário pandêmico, desabrigadas e desprotegidas, não havendo o apoio das empresas, tal como não há apoio por parte do Estado, que fecha os olhos para a proteção trabalhista de quem labora na informalidade.

REFERÊNCIAS

ABDEV. **Vendas diretas**: oportunidade de renda e trabalho. Associação Brasileira de Empresas de Vendas Diretas, 2020. Disponível em: https://www.abevd.org.br/wp-content/uploads/2021/03/AF_EstudoVD2020_Folder_20x20_novo_valendo1.pdf. Acesso em: 28 jul. 2021.

ABÍLIO, L. C. **O make up do trabalho**: uma empresa e um milhão de revendedoras de cosméticos. 2011. 307 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2011. Disponível em: <https://docplayer.com.br/27848718-Ludmila-costhek-abilio-o-make-up-do-trabalho-uma-empresa-e-um-milhao-de-revendedoras-de-cosmeticos.html>. <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/280166>. Acesso em: 20 jul. 2021.

ANTUNES, R. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018.

ANTUNES, R.; BRAGA, R. **Infoproletários**. São Paulo: Boitempo, 2009.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDAS DIRETAS (ABEVD). Conceitos e normas das vendas diretas. **ABEVD**, 2021. Disponível em: https://www.abevd.org.br/wp-content/uploads/2021/05/AF-conceitos-e-normas-das-vendas-diretas-abevd_P2.pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDAS DIRETAS (ABEVD). Sobre vendas diretas. **ABEVD**, 2021. Disponível em: <https://www.abevd.org.br/sobre-vendas-diretas/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDAS DIRETAS (ABEVD). Vendas Diretas: oportunidade de renda e trabalho. **ABEVD**, 2020. Dis-

ponível em: https://www.abevd.org.br/wp-content/uploads/2021/03/AF_EstudoVD2020_Folder_20x20_novo_valendo1.pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

BERTOLOTTO, R. Beleza Precária. **TAB UOL**, 2021. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/edicao/precariado-da-beleza/#page2>. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 mai. de 1943.

BRASIL. Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 jul. de 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.039, de 18 de março de 2021. Institui o Auxílio Emergencial 2021 para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 mar. 2021.

GOLIN, K. **As mulheres do informal**: sentidos de empoderamento e empreendedorismo na venda direta. 2018. 164 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Ciências Humanas, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufgd.edu.br/js-pui/handle/prefix/1127>. Acesso em: 28 jul. 2021.

HARVEY, D. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. São Paulo: Loyola, 2002

MADUREIRA, D. As revendedoras de Natura e Avon vão sobreviver à pandemia de coronavírus? **BBC**, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54378990>. Acesso em: 28 jul. 2021.

MARX, K. **O capital**: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.

MOREIRA, B. Natura é citada em 523 ações trabalhistas de ex-consultores de vendas ao final de dezembro. **O Estado de S. Paulo**, 2022. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,natura-acoes-trabalhistas-ex-consultores-vendas-relatorio,70004035649>. Acesso em: 10 maio 2022.

OKIN, S. M. Gênero, o público e o privado. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v.16, n. 2, p. 305-332, 2008.

A RECONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

THE RE-CONTRACTUALIZATION OF LABOR LAW IN BRAZIL

Isabel Ceccon Iantas

RESUMO

O presente artigo analisa as alterações legislativas de cunho reformistas que, por passarem a privilegiar a autonomia individual e a livre negociação, corroboram para a recontratação do direito do trabalho. Constata-se a desconstrução das proteções trabalhistas como um processo inverso de retorno ao paradigma contratualista civil do século XIX, caracterizado pela ampla liberdade negocial. A metodologia empregada é analítico-argumentativa, com a análise das alterações trazidas pelas contrarreformas trabalhistas, particularmente: (1) a prevalência do negociado sobre o legislado; (2) a introdução da negociação individual; (3) o papel dos sindicatos; e (4) a interpretação subsidiária do direito civil no processo do trabalho. O estudo demonstra a reaproximação do direito do trabalho ao direito comum. Conclui-se que a flexibilização e a desregulamentação do direito do trabalho geram a mitigação dos princípios protetivos laborais, promovendo um retorno ao liberalismo, com a diminuição da intervenção do Estado e a permissão para negociar as cláusulas contratuais em prejuízo da classe trabalhadora.

Palavras-chave: recontratação; contrato de trabalho; flexibilização.

ABSTRACT

This article analyzes the legislative changes of a reformist nature that, by starting to privilege individual autonomy and free negotiation, contribute to the re-contractualization of labor law. The deconstruction of labor protections is seen as an inverse process of returning to the civil contractualist paradigm of the 19th century, characterized by ample freedom to negotiate. The methodology used is analytical-argumentative, with the analysis of the changes brought by labor counter-reforms, particularly: (1) the prevalence of the negotiated over the legislated; (2) the introduction of individual negotiation; (3) the role of unions; and (4)

the subsidiary interpretation of civil law in the labor process. The study demonstrates the approximation of labor law to the common law. It is concluded that the flexibilization and deregulation of labor law lead to the mitigation of protective labor principles, promoting a return to liberalism, with a reduction in State intervention and permission to negotiate contractual clauses to the detriment of the working class.

Keywords: *re-contractualization; employment contract; flexibilization.*

1. INTRODUÇÃO

Em 2017, o Brasil iniciou um processo de contrarreformas¹ em sua legislação trabalhista, que flexibilizou e desregulamentou os direitos e garantias da classe trabalhadora. Todavia, tais alterações demonstraram um ideal padrão: a recontractualização do direito do trabalho. Dessa forma, ao revés do movimento que iniciou a criação de normas controladoras da relação de trabalho, demonstra-se, a partir da Lei nº 13.467/2017, bem como demais contrarreformas, o retorno ao paradigma contratual civilista no Brasil.

O surgimento de leis com o objetivo de limitar a liberdade de negociação e contratação nas relações de trabalho impôs a ideia de proteção da parte vulnerável dentro do contrato. Buscou-se diminuir a autonomia privada, distanciando-se do paradigma do direito comum, pautado pelo *pacta sunt servanda*, e com os Estados fixando direitos mínimos à classe trabalhadora.

Tais direitos não foram instituídos sem a relutância do empresário que, por visar sempre o maior lucro possível, procurava explorar ao máximo a força de trabalho de seus(uas) empregados(as) (Marx, 1985, p. 380). Diante disso, desde o princípio, o direito do trabalho encontra-se em constante tensão e embate de interesses antagônicos de classes (Palomeque López, 2001, p. 33). É diante das crises e baixas na

¹ Utiliza-se o termo “contrarreforma” no presente trabalho levando em conta que o termo “reforma” usualmente é utilizado para a melhora de uma situação, enquanto que se acrescenta o “contra” para demonstrar o movimento inverso: a piora e o retrocesso da situação laboral para a classe trabalhadora (Ghiraldelli, 2019).

economia que ressurgem debates quanto aos custos do trabalho, apontando a legislação protetiva como responsável pela situação do país.

Longe de reformarem o sistema legal trabalhista, as contrarreformas percorreram o caminho oposto: aumentaram a liberdade da classe empresarial, mitigando as proteções típicas do direito do trabalho. A desconstrução desses direitos que visavam equilibrar a relação de trabalho e afastá-la da legislação dos contratos civis é chamada, para fins desta pesquisa, de recontratualização do direito do trabalho.

Dentre as diversas alterações trazidas pela nova legislação, o presente artigo analisa, principalmente, o permissivo da prevalência de cláusulas negociadas sobre a legislação ordinária, a nova possibilidade de realização de negociações individuais, o enfraquecimento das entidades sindicais e a possibilidade do uso subsidiário do direito civil para interpretação da norma. Por meio de uma pesquisa bibliográfica-documental e utilizando-se do método analítico-argumentativo, estuda-se a reaproximação do direito do trabalho ao direito comum.

2. CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO CONTRATO DE TRABALHO

Para entender a recontratualização do direito do trabalho, é preciso, primeiro, fazer a sua construção teórica. Os contratos de trabalho se caracterizam pelo vínculo de dependência com o sistema econômico em que a sociedade atual está estruturada. Isso porque foi apenas com o modo de produção capitalista que o contrato de trabalho, com seu caráter subordinado e oneroso, solidificou-se por meio de uma legislação especial e autônoma — separado dos demais contratos do direito comum (Ramos Filho, 2012).

O sistema capitalista impôs o “trabalhar” como elemento central e obrigatório da sociedade, em um primeiro momento criminalizando a “vagabundagem” — o ócio — e, posteriormente, normalizando a subordinação e o poder disciplinar de uma classe à outra. A isso, Marx (2004) chamou de “subsunção formal” e “subsunção real” do capital, respectivamente (Marx, 2004, p. 10). Em suma, para garantir a subsistência, aqueles despossuídos dos meios de produção foram levados a vender seu tempo e sua força de trabalho àqueles que os possuíam.

A primeira e grande característica dos contratos de trabalho é o antagonismo de classe, que Marx (1985) chamou de “antinomia” — direito contra direito (Marx, 1985, p. 265). Isso porque, enquanto o(a) empregador(a) busca a máxima retirada da mais-valia, visando o maior lucro, a classe trabalhadora anseia salários condizentes com a força de trabalho despendida na produção. Consequentemente, para que o primeiro consiga expandir seu próprio capital, faz-se necessário explorar ao máximo o trabalhador (Marx, 1985, p. 380), demonstrando a oposição dos interesses.

Inicialmente, a relação de trabalho organizava-se dentro dos institutos do direito contratual comum, por contratos de locação ou prestação de serviços (Filho; Dutra, 2013, p. 217). Imperava-se, portanto, a livre negociação, com o princípio do *laissez faire, laissez passer*, ou seja, o que era pactuado fazia lei entre as partes (Nascimento, 1970, p. 15). O princípio da autonomia privada é considerado por Amaral (2006), como “uma das mais significativas representações do valor jurídico da liberdade”, tendo em vista que garante o poder regular, através de sua própria vontade, os seus contratos (Amaral, 2006, p. 61).

A ampla liberdade negocial dentro das relações de trabalho passou a ser questionada. Em razão do caráter inconciliável dos interesses contratuais e do desequilíbrio entre as partes, a vontade do mais forte prevalecia e, diante do excesso de mão de obra disponível, tal vulnerabilidade colocava as trabalhadoras e os trabalhadores em posição de aceitar qualquer condição imposta para fugir do desemprego (Barbagelata, 2012, p. 53). Dessa forma, o contrato de trabalho é pautado por uma “falsa igualdade” entre os(as) contratantes (Edelman, 2016, p. 27).

A inexistência de limitações às estipulações dos contratos e o desemprego massivo forçaram a classe trabalhadora a aceitar qualquer oportunidade de trabalho. Assim, a miséria e o empobrecimento constroem a maioria da população a se submeter ao jugo do capital para garantir sua sobrevivência e seu sustento (Luxemburgo, 1986, p. 103). A situação laboral era extremamente precária, causando o adoecimento e a morte prematura de muitos trabalhadores e trabalhadoras (Marx, 1985, p. 272). Consequentemente, conforme as palavras de Marx, há a necessidade *vital* de regulamentar e limitar a jornada de trabalho — ou

seja, os abusos do sistema capitalista fazem com que a sociedade force o capital a conter-se (Pazello, 2014, p. 158).

Foi por meio da construção de uma identidade coletiva de classe, capaz de unir todos(as) os(as) trabalhadores(as) de uma mesma indústria, que a capacidade negocial da classe trabalhadora passou a influenciar os rumos do capitalismo. O medo de uma possível revolução que expropriasse o capital, aos moldes do que ocorreu em outros países, como a Rússia, bem como a pressão crescente dos sindicatos, impulsionou o Estado, por meio do direito, a legislar limites à atuação do empresariado.

O início da construção de legislações protetivas da relação de trabalho marcou a falha do liberalismo econômico como modelo ideológico das relações entre as classes (Barbagelata, 1996, p. 135). O Estado passou a interferir na economia, buscando o equilíbrio entre as partes, e o contrato de trabalho deixou de ser regido pelas regras contratuais clássicas. Como resultado, a especificidade do direito do trabalho decorre da criação de princípios autônomos com a finalidade de proteger a parte tida como hipossuficiente e inferior em termos econômicos, hierárquicos, sociais, políticos e até informacionais.

Esse novo formato de vínculo jurídico possui diversas características que o afastam dos demais contratos do direito comum. Por meio de uma ampla intervenção do Estado, criam-se leis que passam a ditar um mínimo legal a ser obedecido, bem como proteções e prerrogativas com a finalidade de equiparar as partes da relação. O contrato de trabalho se diferencia por ser “sinalagmático, consensual, prestado sob subordinação, celebrado *intuitu personae*, de trato sucessivo, de atividade, oneroso, dotado de alteridade e complexo” (Massi, 2019, p. 352). São esses os elementos que passam a configurar a relação de emprego regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no Brasil.

Os princípios do direito do trabalho também dão tratamento diferenciado às relações de trabalho, quando comparadas com os contratos típicos do direito comum. Plá Rodrigues (2000) delimita cinco princípios gerais norteadores do direito do trabalho: da proteção, da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, da continuidade do contrato de trabalho, da primazia da realidade e da boa-fé.

O princípio da proteção se desdobra em três subprincípios: (a) *in dubio pro operario*; (b) condição mais benéfica; (c) norma mais favorável. Respectivamente, entre as possibilidades de interpretação da norma, deverá ser adotada a mais favorável; entre as de aplicação de um direito, deverá ser aplicado o mais favorável; e entre as normas que possam ser aplicadas ao caso, deverá ser aplicada a mais benéfica (Plá Rodrigues, 2000, p. 24-25). Nesse sentido, nos contratos de trabalho privilegiam-se fontes normativas que concedem condições mais favoráveis à classe trabalhadora, diferentemente do que ocorre em contratos comuns (Bezerra, 2020, p. 212).

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos do trabalho, associado aos princípios da indisponibilidade e da imperatividade desses direitos, impede que o trabalhador abdique de direitos. Permitindo-se sua renúncia, há o gradativo enfraquecimento do direito do trabalho e a revogação tácita das proteções conquistadas e legais, até que a totalidade da classe trabalhadora é forçada a aceitar tais concessões para ser contratada (Goldschmidt, 2009, p. 95).

A continuidade do trabalho diz respeito à preferência por contratos por prazo indeterminado, princípio este que já foi diversas vezes mitigado ao longo das alterações legislativas, principalmente nos anos 1990, permitindo a contratação a termo, a exclusão total da estabilidade decenal, substituída pelo Fundo de Garantia de Tempo do Serviço (FGTS), e mais recentemente a legalização de contratos precários, como o contrato intermitente.

O princípio da primazia da realidade difere amplamente os contratos de trabalho dos contratos comuns, tendo em vista que, na seara trabalhista, a aparência e o formalismo não se sustentam diante da realidade (Plá Rodrigues, 2000, p. 144). Logo, esta possui prevalência quando confrontada com aquela. Por isso, o contrato de trabalho não faz “lei entre as partes”, podendo ter suas cláusulas anuladas e desconsideradas quando analisada a realidade fática no Poder Judiciário.

Por fim, o princípio da boa-fé dentro dos contratos pode ser dividido em boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. Em um primeiro momento, este princípio era utilizado como mero critério interpretativo de cláusulas contratuais, em seu aspecto subjetivo, no caso, por exemplo, de desconhecimento de algum vício jurídico (Tepedino *et al.*, 2020, p. 42-43).

O princípio da boa-fé objetiva, por sua vez, impõe o dever de colaboração mútua, exigindo “comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração para o alcance dos fins perseguidos na relação obrigacional” (Tepedino *et al.*, 2020, p. 43-44).

A Constituição Federal traz outros dois princípios considerados centrais no direito do trabalho brasileiro: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e o valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF). Ambos os princípios têm importante papel na busca por justiça social, servindo como importante ferramenta jurisprudencial para neutralizar o desequilíbrio entre as partes do contrato de trabalho (Gonçalves; Lopes, 2013, p. 133).

Quanto mais fortes as proteções dentro da relação laboral, menor a autonomia para negociar as cláusulas contratuais. Esses contratos passam a ser, na maioria das vezes, contratos de adesão, caracterizados pela predeterminação de seu conteúdo e a impossibilidade de discuti-lo (Tepedino *et al.*, 2020, p. 77).

Com as contrarreformas legislativas, as quais o direito do trabalho vem sendo alvo, principalmente desde os anos 1990 até as atuais, é possível perceber um processo gradual de mitigação dos princípios protetivos. Com isso, por meio do método analítico-argumentativo do sistema de leis que regulamentam o contrato de trabalho, observa-se a reintrodução de premissas advindas do liberalismo econômico por meio da contrarreforma trabalhista, em 2017, e demais medidas que a seguiram. Em outras palavras, institutos que foram afastados do âmbito das relações de trabalho voltam a definir o *modus operandi* das negociações e das cláusulas trabalhistas.

Essa flexibilização e desregulamentação dos institutos protetivos, para fins desta pesquisa, denomina-se recontratualização do direito do trabalho, em alusão à volta ao paradigma contratual clássico do direito comum.

3. CONCEITO DE RECONTRATUALIZAÇÃO

A ideia de recontratualização do direito do trabalho aparece em diversas obras que analisam os efeitos de alterações legislativas que desregulam e flexibilizam a legislação trabalhista.

Supiot (1999), ao fazer um diagnóstico das possíveis consequências da evolução socioeconômica do direito do trabalho, aponta como uma das alternativas a desestruturação do direito do trabalho, em direção à recontratualização das relações laborais. Nesse sentido, definiu a “recontratualização” como a utilização dos princípios civilistas como base dessa relação, deixando de lado a proteção da classe trabalhadora (Supiot, 1999, p. 291-293).

Com a finalidade de analisar mais pormenorizadamente este processo, haja vista as recentes alterações legislativas que ocorreram no Brasil, principalmente desde a emblemática contrarreforma trabalhista, analisa-se, a seguir, algumas dessas alterações. Considerando o limite imposto a este artigo, decidiu-se por realizar um recorte específico de alguns temas que demonstram de forma mais evidente a recontratualização do direito do trabalho, quais sejam: o permissivo da prevalência do negociado sobre o legislado, a introdução das negociações individuais, o enfraquecimento dos sindicatos e a adoção subsidiária do direito civil na interpretação da legislação trabalhista.

A reforma trabalhista, bem como outras alterações que se seguiram, veio com a finalidade de flexibilizar e desregulamentar as relações de trabalho, adotando-se a ideologia liberal — ou neoliberal —, sob o argumento de que, dessa maneira, haveria a melhora da economia no país.

Esse processo de flexibilizar a legislação trabalhista vem sendo denunciado há anos por diversos(as) autores(as), demonstrando suas contradições e suas consequências negativas para a sociedade, em especial para trabalhadoras e trabalhadores.

Souza Santos (1998) denomina esta nova contratualização das relações de trabalho de “fascismo contratual”, uma vez que faz com que a classe trabalhadora, extremamente vulnerabilizada, não tenha outra opção além de aceitar passivamente as exigências do capital. O autor conclui que o projeto de governo que visa transformar os contratos de trabalho em contratos civis, com a recontratualização daqueles, como se vê ocorrendo no Brasil, é um exemplo de fascismo contratual (Souza Santos, 1998, p. 24).

Coutinho (1998), denominando esta tendência de “Direito do Trabalho de Emergência”, denuncia a falsidade no discurso de rigidez das leis do trabalho, como mera manipulação retórica para convencer a

população de que é esta legislação rígida que impede a criação de novos postos de trabalho (Coutinho, 1998, p. 111-112).

Genro (2018), ao tratar especificamente da Reforma Trabalhista de 2017, denomina esse movimento de “Doutrina da Liberdade de Trabalho”, caracterizando-a por duas premissas: a ideia de liberdade, associada à exploração dos vínculos democráticos do liberalismo tradicional, e a junção dela ao trabalho — criando um campo arbitrário de aplicação da liberdade que, por conseguinte, reduz o potencial da democracia (Genro, 2018, p. 18). Em outras palavras, é impossível conceber a ideia de liberdade, quando não se liberta do medo (do desemprego) e da necessidade (de trabalhar), por exemplo (Coutinho, 1998, p. 119).

Diante dessa definição, Genro (2018) supõe alguns “resultados” da aqui chamada recontratação do direito do trabalho, como a redução da efetividade dos direitos fundamentais, consequentemente gerando um “sucateamento do direito do trabalho” (Genro, 2018, p. 19).

Em um cenário normal, as alterações legislativas nocivas e que atentam aos princípios fundamentais do trabalho seriam alvo de controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Todavia, estes também passam a decidir em conformidade com a recontratação do direito do trabalho. A esta tendência, Valim (2017) denomina de “forma jurídica neoliberal”, que passa a adotar o estado de exceção como premissa para negar a lei (Valim, 2017, p. 27). Durante a pandemia de Covid-19, este processo foi chamado de “jurisprudência de crise” por Mendes (2020), para justificar as decisões contrárias aos direitos e princípios constitucionais.

As alterações trazidas pelas contrarreformas trabalhistas demonstram um padrão: o aumento da autonomia privada, permitindo uma maior liberdade contratual. É por meio do desmonte das proteções do direito do trabalho que se diminuem os custos do trabalho e, desse modo, há o aumento do lucro. Portanto, ao contrário de criar proteções e limitar a atuação do patronato, conforme o caminhar da história do direito do trabalho, adota-se a ideologia liberal, que propõe a intervenção mínima do Estado nas relações contratuais, desprotegendo e consolidando a liberdade contratual dentro das relações laborais.

A criação de leis específicas para regulamentar o trabalho com um viés protetivo decorreu, principalmente, da urgência social por uma limitação da atuação do patronato. Demonstrou-se a falha do direito civil, sob égide da autonomia privada e da ampla liberdade de negociação, na proteção e controle do trabalho. Apesar disso, este novo contexto social busca reviver a ideologia liberal, com o pretexto de melhorar a economia, porém visando principalmente aumentar o domínio do capital sobre o trabalho.

Dentre as mudanças oriundas das contrarreformas trabalhistas, as quais o Brasil foi e vem sendo alvo, elegeu-se algumas das mais emblemáticas para demonstrar a reconstrução do direito do trabalho brasileiro. São elas: a prevalência de condições negociadas pela classe trabalhadora, sejam elas negociações individuais ou coletivas, mesmo quando contrárias à legislação; a permissão da negociação individual de cláusulas contratuais, mesmo que lesivas, em determinados contextos; a retirada de prerrogativas e de garantias sindicais que corroboram para enfraqueceram sua atuação; e, por fim, será analisado o uso subsidiário do direito civil nas decisões judiciais, sem a previsão de ressalvas.

Como será exposto a seguir, todas essas alterações possuem o condão de vulnerabilizar ainda mais os(as) trabalhadores(as), facilitando a retirada dos direitos sociais conquistados ao longo dos anos. É evidente que a reconstrução do direito do trabalho está a serviço das classes empregadoras, visando o favorecimento destas dentro dos litígios e embates naturais das relações de trabalho.

3.1. Negociado sobre o legislado

A primeira alteração a ser discutida diz respeito ao artigo 611-A, da CLT, no qual se elencam direitos que se tornam passíveis de negociação ampla, com a prevalência destas em detrimento da legislação. Por meio dessa contrarreforma, foi ampliada a liberdade negocial, possibilitando que sindicatos, ou mesmo trabalhadores(as) individualmente, quando a lei permite, negociem cláusulas contratuais que majoram ou até mesmo minoram direitos.

Essa liberdade concedida pela contrarreforma trabalhista de 2017 mitiga o princípio da proteção em seus subprincípios expostos no tópico

anterior: deixa-se de ser aplicado o direito, a condição ou a interpretação mais benéfica à classe trabalhadora. À vista disso, permite-se que o negociado esteja em desacordo com os demais preceitos da CLT, salvo os temas previstos no artigo 611-B — que replica o artigo 7º da Constituição Federal.

Dentre os direitos elencados no rol do artigo 611-A, constam: a jornada de trabalho (inciso I), o banco de horas (inciso II), o teletrabalho (inciso VIII), o regime de sobreaviso e o trabalho intermitente (inciso VIII), o enquadramento do grau de insalubridade (inciso XII) e a prorrogação dessa jornada em ambiente insalubre (inciso XIII), além da abertura do próprio caput (“entre outros”).

Apesar de ainda se exigir o respeito aos limites constitucionais, bem como os do artigo 611-B, da CLT, muitos dos direitos listados não possuem ampla regulamentação, como é o caso, por exemplo, do teletrabalho. Assim, nesses espaços amplos de liberdade e vácuo legislativo, as negociações coletivas poderão criar condições novas, inclusive piores para as relações de trabalho.

A prevalência do negociado sobre o legislado é um exemplo da flexibilização da função “garantidora” da legislação, servindo para aumentar a liberdade de negociação, de forma a privilegiar a autonomia das partes em detrimento da lei. Com isso, demonstra-se o início da reproximação do direito do trabalho ao direito civil.

O negociado sobre o legislado como forma de recontratação do direito do trabalho fica ainda mais evidente quando analisado dentro do conjunto de alterações trazidas pela contrarreforma trabalhista. Isso porque, conforme será analisado em tópico próprio, também foi introduzida na legislação a possibilidade de negociação individual, foi proibida a ultratividade das convenções e acordos coletivos e houve a diminuição dos direitos e garantias dos sindicatos.

Com relação à possibilidade de negociação individual, permite-se que sejam acordadas condições contratuais entre o(a) trabalhador(a), sozinho, com seu(ua) empregador ou empregadora. Ignora-se a diferença na hierarquia de ambas as partes, permitindo que o contrato de trabalho seja estabelecido nos moldes contratuais comuns, respeitando-

-se apenas os direitos mínimos elencados na Constituição Federal e no art. 611-B, da CLT.

Por meio do art. 614, §3º, CLT, proíbe-se a ultratividade das Convenções Coletivas de Trabalho e dos Acordos Coletivos de Trabalho, que passam a ter prazo de validade de, no máximo, 2 anos. Após esse prazo, deixam de produzir efeitos nos contratos de trabalho, devendo o sindicato manter negociações frequentes — quando possuir força para tanto —, do contrário, as normas que regulamentam os contratos de trabalho voltam a ser as normas gerais da CLT. Um sindicato que perca sua força ao longo dos próximos anos pode ter os direitos garantidos em sua Convenção Coletiva de Trabalho piorados, ou, até mesmo, revogados, na medida em que a classe empresarial terá melhores condições em uma negociação.

A proibição da ultratividade também fere os princípios basilares determinantes do direito do trabalho, atacando o subprincípio protetivo da prevalência da condição mais benéfica, por exemplo.

Quando se fala do enfraquecimento dos sindicatos, fala-se também do seu poder de barganha dentro de uma negociação contratual. Sindicatos fortes possuem maior capacidade de impor melhores condições e contrapor aquelas consideradas “maléficas” para a categoria representada. Fragilizada, a classe trabalhadora estará ainda mais vulnerável às investidas patronais, facilitando, por conseguinte, a diminuição dos direitos nas Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho. Nesse sentido, o aumento da autonomia privada, como reflexo da reconstrução do direito do trabalho, é ainda mais notável, ignorando o desequilíbrio das partes a fim de aproximar os contratos de trabalho daqueles contratos comuns do direito civil.

Apesar de a inconstitucionalidade dessa medida ser evidente, vez que há o desrespeito dos princípios basilares do direito do trabalho, o Poder Judiciário adequa sua jurisprudência à “forma jurídica neoliberal” (Valim, 2017, p. 27). Dentro do chamado “Direito do Trabalho de Emergência” (Coutinho, 1998) ou da “Doutrina da Liberdade de Trabalho” (Genro, 2018), há a convivência dos três poderes para permitir a instituição do “fascismo contratual”, nas palavras de Souza Santos (1998), expostas anteriormente.

Os momentos de crise econômica, social e política enfrentados pelo Brasil, corroboram ainda mais para que as consequências da recontratualização do direito do trabalho sejam negativas. A classe trabalhadora, em razão do medo, do desemprego e da instabilidade na economia, é compelida a aceitar os termos impostos pelo(a) empregador(a) em uma negociação.

Passa-se a admitir, em suma, que as negociações coletivas pautem temas e questões que contrariam os direitos mínimos assegurados pela CLT. Ainda que se exija o respeito do rol do art. 611-B, da CLT, reprodução dos mesmos direitos fundamentais da Constituição Federal, muitos temas permanecem passíveis de revogação e violação. Essa ampliação da liberdade negocial foi denominada por Guamán e Rey (2019) de *laissez faire colectivo*, pontuando a recontratualização das negociações trabalhistas, com a introdução de princípios típicos do direito civil (Guamán; Rey, 2019, p. 218).

Abrem-se as portas para a precarização, permitindo a vigência de Acordos Coletivos de Trabalho, Convenções Coletivas de Trabalho e Acordos Individuais que suprimem direitos e criam condições que, por não precisarem seguir a lei, não necessariamente serão benéficas às trabalhadoras e aos trabalhadores.

Essa possibilidade de corte de direitos, respaldada por um discurso de aumento da liberdade de negociação, evidencia o retorno dos contratos de trabalho à doutrina do direito comum. Isto é, evidencia a recontratualização do direito do trabalho.

3.2. Negociação individual

A segunda alteração legislativa que demonstra a recontratualização do direito do trabalho é a possibilidade de negociação individual. Historicamente, consagrou-se no direito do trabalho a negociação coletiva como ferramenta de diálogo e determinação das cláusulas contratuais de cada empresa ou cada categoria. Então, questões específicas da relação de emprego, para além do que está assegurado na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho, são negociadas e firmadas por meio dos Acordos e das Convenções Coletivas de Trabalho. Dessa forma, a trabalhadora e o trabalhador deveriam, necessariamente,

estar assistidos(as) pelo sindicato, para que fosse garantida a paridade de armas nas negociações.

Nos contratos comuns do direito civil, pressupõe-se que as partes encontram-se em pé de igualdade. Todavia, nas ocasiões em que isso não ocorre, a própria legislação prevê garantias, com a evolução do princípio da boa-fé como padrão geral de comportamento (Frazão, 2013, p. 281). Ainda, a criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), que preveem proteções às partes consideradas mais vulneráveis.

Nos contratos de trabalho, a trabalhadora e o trabalhador encontram-se em desvantagem na mesa de negociações das relações de trabalho. O sindicato, com suas garantias legais, como a estabilidade e a proibição de transferências que impeçam o exercício das funções sindicais, equilibra a negociação, permitindo rejeitar propostas e pressionar a classe empresarial a aceitar condições. Quando a trabalhadora ou o trabalhador negociam sozinhos com seu(ua) empregador(a), possui menor poder de barganha, tem seus argumentos pessoalizados, sofre a pressão de estar se posicionando, muitas vezes, contrário a um superior e corre o risco de sofrer retaliações, perseguições e ser demitido. Todas essas questões são diluídas quando quem faz frente à categoria empresarial é o sindicato profissional.

A possibilidade de negociar-se individualmente está prevista em diversas hipóteses dentro da CLT, como: na regulação das horas extras (art. 59); nos acordos quanto ao uso de banco de horas (art. 59, §5º); no regime de compensação de jornada (art. 59, §6º); na jornada 12x36 (art. 59-A); e nos descansos para amamentação da gestante (art. 396, §2º). Tais hipóteses dizem respeito, principalmente, à jornada de trabalho, permitindo que seja elasticada ou controlada por meios menos garantistas, como o banco de horas e o cartão ponto por exceção.

Como já demonstrado em tópico anterior, o(a) empregador(a) possui vantagem maior para impor seus interesses em negociações, visto que ocupa uma posição acima na hierarquia da empresa e possui o condão de demitir o(a) trabalhador(a) que não concorde com suas con-

dições. Portanto, não é muito difícil de se imaginar situações em que estas condições sejam impostas sob pena de sanções.

Por meio do parágrafo único, do artigo 444, da CLT, a negociação individual é permitida também nas hipóteses elencadas no art. 611, da CLT. Tais contratações foram chamadas pela doutrina de **contratos hiperssuficientes**, tendo em vista que o legislador contrarreformista considerou que os(as) trabalhadores(as) que se enquadram nas condições deste artigo possuem aptidão maior para negociar com seus(uas) empregadores(as), aumentando-se o rol de possibilidades passíveis de negociação individual.

O(a) **trabalhador(a) hiperssuficiente** é aquele(a) que possui nível superior completo e recebe salário igual ou superior ao dobro do teto do benefício do INSS. A formação acadêmica superior e a remuneração maior supostamente conferem a possibilidade de negociar condições, melhores ou piores, individualmente, a respeito dos temas listados anteriormente. Essa medida, em contrapartida, está baseada em uma presunção falsa, visto que a vulnerabilidade da classe trabalhadora independe do valor salarial ou da escolaridade, mas do risco do desemprego, que estará sempre presente nas relações de trabalho (Cassar, 2017, p. 298). Há a tendência de transformar a trabalhadora e o trabalhador com salário mais alto que o normal do país em prestadores de serviço liberais, permitindo que, apesar de terem carteira assinada, negociem quaisquer condições contratuais – mesmo que com menos garantias celetistas.

Com o permissivo da contrarreforma trabalhista de 2017, a opção pela negociação individual aparece em outras leis, tornando-se uma opção legítima de negociação dentro das relações de trabalho.

Em 2019, foi editada a Medida Provisória nº 881, posteriormente promulgada como Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica. Por meio dessa medida, o governo federal buscou dar maior liberdade para o empresariado e, conseqüentemente, flexibilizou mais as normas que regem os contratos de trabalho. Permitiu-se a negociação individual como meio para se adotar o registro de ponto por exceção (art. 74, §4º, da CLT) – aquele em que o(a) trabalhador(a) só anota a jornada de trabalho quando efetivamente realizar hora extra.

Outra Medida Provisória editada em 2019 foi a MP nº 905, que tentou instituir o “Contrato Verde e Amarelo”. Essa nova forma de contrato de trabalho tinha como mote principal o incentivo a primeira contratação de jovens entre dezoito e vinte e nove anos. Esse incentivo, porém, vinha de uma relação de emprego mais flexível e com menos direitos e garantias. Com isso, é possível perceber a tentativa de reconstrutualização do direito do trabalho em contratos destinados à juventude, nos quais há a previsão de uma maior liberdade e autonomia privada, substitutos da contratação protetiva.

A negociação individual também estava prevista na Medida Provisória nº 905/2019, permitindo que fossem negociados diversos termos relacionados à jornada de trabalho, como horas extras, banco de horas, compensação de jornada e, ainda, o seguro privado por exposição a perigo. A classe trabalhadora jovem, recém inserida no mundo do trabalho, poderia negociar tais cláusulas sem a assistência do sindicato.

A pouca perspectiva de a MP nº 905/2019 tornar-se lei fez com que o contrato verde amarelo fosse revogado pela Medida Provisória nº 955/2020. Apesar disso, essa contratação demonstra a tentativa de dar continuidade à reconstrutualização do direito do trabalho, visando um contrato de trabalho com menos direitos protetivos e maior liberdade para negociações individuais.

Em 2020, em decorrência da pandemia da Covid-19, o poder executivo editou Medidas Provisórias com a finalidade de regulamentar as relações de trabalho, durante esse período de calamidade pública. Em razão da crise sanitária, que fechou estabelecimentos, e da crise econômica, que também impediu o funcionamento normal dos serviços, o teletrabalho, suspensões contratuais e auxílio financeiro foram temas debatidos pela população e pelos parlamentares, pressionando o governo federal a se manifestar.

A Medida Provisória nº 927/2020 foi publicada em 22/03/2020, perdeu sua vigência e, posteriormente, foi substituída pela MP nº 1.046, de 27/04/2021. Ambas foram editadas com o objetivo de regulamentar alternativas para garantir a continuidade da execução do trabalho, bem como do vínculo de emprego. Para isso, foi legalizada a utilização da

negociação individual e até mesmo alterações unilaterais como forma de mudança contratual.

O acordo quanto à antecipação das férias, ao aproveitamento de feriados religiosos, à adoção de regime de compensação de jornada por meio do banco de horas e à sobrejornada em estabelecimentos de saúde são medidas alternativas que passam a ser passíveis de negociação individual. Já o regime de teletrabalho, trabalho remoto ou outro trabalho à distância passou a se dar a critério do(a) empregador(a), independente de acordo individual ou coletivo, com aviso de 48h de antecedência, dispensando o registro prévio no contrato de trabalho. Ou seja, é permitida a imposição unilateral pelo(a) empregador(a).

No mesmo sentido, a Medida Provisória nº 936/2020, publicada em 01/04/2020, perdeu sua vigência e, posteriormente, foi substituída pela MP nº 1.045, de 27/04/2021. Essas medidas instituíram o Auxílio Emergencial e permitiram a suspensão dos contratos de trabalho, bem como as alterações na jornada e, proporcionalmente, no salário, por meio da negociação individual.

Percebe-se que, mesmo em um momento de graves crises na economia, na saúde e no trabalho, o meio recorrido pelo governo para regulamentar os contratos de trabalho foi a negociação individual, sem a participação do sindicato. Apesar de a Covid-19 ser uma situação temporária para as relações de trabalho, o argumento da crise sanitária já foi utilizado como “pretexto” para a retirada de direitos e garantias da classe trabalhadora: na Inglaterra, em 1349, para regulamentar o trabalho durante a peste negra (Marx, 1985, p. 308). Marx (1985) utiliza o termo *pretexto*, porque a legislação aplicada continuou em vigor durante séculos, mesmo após o controle e superação da peste.

Frisa-se, novamente, que a vulnerabilidade evidente das trabalhadoras e dos trabalhadores perante seus(uas) superiores hierárquicos(as) impede que negociações individuais ocorram de forma equilibrada. Isso é evidente quando voltamos o debate para os contratos de consumo que, assim como os contratos de trabalho, em sua imensa maioria são contratos de adesão. Em ambos os casos, as partes economicamente mais fortes impõem seus interesses (Benjamin *et. al.*, 2010, p. 317).

O Código de Defesa do Consumidor impõe, a partir do princípio da boa-fé objetiva, limites aos contratos de consumo como forma de proteger a parte mais vulnerável. Um desses limites considera nulas as cláusulas que ferem determinados princípios e valores, como aquelas que estabelecem obrigações abusivas ou que coloquem o(a) consumidor(a) em desvantagem exagerada ou incompatível com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV, CDC). Dessa forma, através da teoria do diálogo das fontes², as cláusulas abusivas e que contrariem a legislação especial dentro dos contratos de trabalho também devem ser consideradas inválidas.

A exclusão e o enfraquecimento dos movimentos coletivos vêm se tornando regra dentro da legislação do direito do trabalho, normalizando a sua recontractualização. A inclusão de medidas que aumentam a autonomia privada, principalmente em relação às negociações, sem o amparo dos sindicatos, fere os princípios protetivos do trabalho. Enquanto outras normas, também de cunho protetivo, visam garantir a equidade contratual, o caminho percorrido pelo legislador reformista é oposto: há o retrocesso do direito do trabalho para implementar institutos do direito comum, novamente, no âmago das relações laborais.

3.3. Enfraquecimento dos sindicatos

As duas alterações tratadas anteriormente trazem reflexos no funcionamento dos sindicatos. Permitir que o negociado prevaleça sobre o legislado exige do movimento coletivo presença forte e poder de pressão no momento de negociar. Negociar condições mais benéficas sempre foi possível, todavia, ao mitigar a proibição do retrocesso social, permite-se cláusulas que retiram direitos ou conferem condições piores, o que exige maior poder de barganha aos sindicatos.

As negociações individuais também afetam a atuação dos movimentos sindicais, seja porque criam situações em que sua presença não é exigida ou porque trabalhadores(as) da mesma base sindical passam

² A teoria do diálogo das fontes visa a aplicação coerente das leis de direito privado a fim de coexistam harmonicamente dentro do sistema jurídico. Assim, busca dar eficiência para o sistema plural e complexo que é o direito hoje (Benjamin et. al., 2010, p. 108).

a ter contratos de trabalho com cláusulas diversas, prevendo condições diferentes e, por conseguinte, mitigando a isonomia nas relações de trabalho. Essas alterações estabelecem uma incoerência, vez que exigem cada vez mais unidade e pressão dos sindicatos e, ao mesmo tempo, afastam-os da base e diminuem suas obrigações (Benedetto, 2017, p. 562).

Apesar de o escopo deste trabalho não ser o direito coletivo, é inegável que o enfraquecimento dos sindicatos corrobora para a recontratação do direito do trabalho. Isso porque a organização coletiva dos trabalhadores é o que confere a paridade de armas entre as partes da relação de emprego, garantindo maior proteção e garantia à classe trabalhadora nas negociações com o(a) empregador(a). Nesse sentido, sem os sindicatos atuando à frente dos acordos e convenções coletivos, os contratos de trabalho passam a ser regidos pela autonomia privada e a livre negociação — tendo em vista a maior vulnerabilidade das trabalhadoras e dos trabalhadores.

Os sindicatos não só possuem maior poder de barganha e capacidade de pressionar o empresariado, mas, também, representam os anseios de classe de forma coletiva, sem pessoalizar a demanda em um indivíduo só — que pode vir a ser perseguido ou até demitido. É em decorrência dessa atribuição, e outras, que a legislação prevê (ou previa) garantias para proteger a atuação livre e forte dessas entidades.

As contrarreformas trabalhistas enfraqueceram os sindicatos economicamente e limitaram sua atuação.

Quanto ao financiamento, a Lei nº 13.467/2017 tornou facultativa a contribuição sindical, alterando a redação do artigo 579 e seguintes, da CLT. Apesar de polêmica, a própria existência do também chamado “imposto sindical”, seu corte drástico prejudicou diversas entidades, principalmente aquelas de menor representatividade, tendo em vista que, historicamente, a contribuição sindical sempre foi a maior fonte de custeio dos sindicatos (Cardoso, 1999).

Houve uma tentativa de piorar ainda mais a arrecadação dessa contribuição, por meio da Medida Provisória nº 873/2019, que exigia a emissão de boleto bancário, ou outro meio eletrônico equivalente, para o desconto da contribuição sindical. Esse boleto deveria ser enviado pelo correio para a casa do(a) trabalhador(a) ou, se não recebido, para a sede

da empresa. Dificulta-se ainda mais o seu pagamento, que antes era feito de forma automática na folha de pagamento. Essa MP perdeu sua validade em 28 de junho de 2019, não se convertendo em lei no prazo determinado.

Sem as verbas necessárias para manter suas atividades, os sindicatos perdem parte da sua capacidade de defesa dos interesses da categoria, conseqüentemente dando mais poder ao empresariado e aumentando o desequilíbrio da relação de emprego.

Com relação aos direitos e garantias sindicais, a contrarreforma trabalhista retira a obrigação de homologação da rescisão do contrato de trabalho no sindicato, com a revogação dos parágrafos 1º, 3º e 7º, do artigo 477, da CLT. Consoante a isso, cria-se o “termo de quitação anual de obrigações trabalhistas” (507-B, CLT), no qual, se assinado, as verbas ali descritas não poderão ser alvo de contestação. A ausência do sindicato assistindo na rescisão contratual do(a) trabalhador(a) facilita a indução a assinar esse termo, mesmo que a real quitação não seja observada.

Outra alteração que impacta a atuação sindical e o futuro da legislação protetiva é a equiparação das dispensas massivas às dispensas individuais, no art. 477-A, da CLT. Dessa forma, deixou de ser obrigatória a realização de negociação coletiva antes da dispensa coletiva. Novamente, não se exige a presença do sindicato em um importante momento de embate de interesses, transformando um ato coletivo (despedida em massa) em um ato individual e desprotegido. A consequência lógica dessa contrarreforma é a diminuição dos custos e dos empecilhos à rescisão contratual (Krein, 2018, p. 88).

O enfraquecimento das entidades sindicais e a retirada de suas prerrogativas diminui o caráter coletivo do direito do trabalho, importante elemento protetivo e diferenciador dos demais contratos do direito comum. Ao deixar o trabalhador e a trabalhadora desamparados na relação de emprego, admite-se um desequilíbrio ainda maior, no qual o interesse dos mais fortes prevalece (Cazzetta, 2015, p. 88).

A recontratação do direito do trabalho cria forma com as medidas que beneficiam a autonomia privada e a negociação ilimitada, mas, é impedindo a entidade de classe de fazer pressão contra essas condições prejudiciais que os contratos de trabalho se aproximam sem empecilhos dos contratos comuns. O último obstáculo que seria capaz

de impedir a eficácia das contrarreformas trabalhistas seria o Poder Judiciário, que será tratado no tópico seguinte.

3.4. Interpretação subsidiária do direito civil

Por fim, pelo viés do direito processual do trabalho, a Lei nº 13.467/2017 também alterou o antigo parágrafo único do artigo 8º da CLT, que trata da utilização subsidiária do direito comum nas decisões e interpretações do direito do trabalho. Anteriormente, a redação do parágrafo possuía a ressalva de que a utilização do direito comum se daria apenas naquilo em que não fosse incompatível com os princípios fundamentais do direito do trabalho.

A supressão dessa ressalva não pode ser analisada como algo sem relevância ou propósito. Apesar de a teoria do direito estabelecer a aplicação subsidiária do direito civil apenas no que não for incompatível, essa exclusão textual demonstra o intuito legislativo de ampliar a incidência deste código, a fim de que se facilite sua invocação, sem o filtro da compatibilidade e com a ampliação do uso da autonomia das partes em decisões judiciais (Machado, 2019, p. 261). Conclui-se que, sob o aspecto processual, há também o início da recontratualização do direito do trabalho, reaproximando-o dos princípios e fundamentos que embasam o direito comum.

Apesar da limitação da barreira constitucional, dentro do direito do trabalho, é inegável o processo de flexibilização e paulatina transição das normas protetivas para o ideário do direito civil ou do direito comum. Isso ocorre tanto com o direito material, conforme foi trazido nos principais exemplos citados, quanto no aspecto da própria aplicação e interpretação desse direito no âmbito do Poder Judiciário. Essa “mera alteração textual” representa o rumo que está sendo traçado pelos legisladores, como uma ferramenta sorrateira de infiltração de princípios que mitigam as proteções da classe trabalhadora e baseiam-se em uma maior liberdade de contratação.

A contrarreforma trabalhista trouxe outras alterações que interferem diretamente na hermenêutica do Judiciário, com a redação dada aos

§§ 2º e 3º, do artigo 8º, da CLT. Com isso, limita-se a atuação dos Tribunais, impondo barreiras às decisões e às edições de súmulas e enunciados.

A análise conjunta dos três parágrafos do art. 8º, da CLT, corroboram para confirmação da tese principal: além da reconstrualização do direito material do trabalho, para garantir a efetivação das flexibilizações e desregulamentações, a contrarreforma trabalhista também impõe barreiras na hermenêutica do Poder Judiciário trabalhista.

O direito do trabalho se sustenta sob seu “particularismo”, ou seja, uma legislação especificamente criada para dar tratamento diverso às partes vulneráveis da relação de emprego, o que não pode ser afastado (Mangarelli, 2008, p. 58). Por outro lado, as contrarreformas trazem de volta o paradigma que já havia sido superado: interpretar o contrato de trabalho como um contrato típico do direito civil (Serau Junior; Brito, 2019, p. 156-157).

É possível, portanto, perceber que essas aberturas de aplicação e adoção do direito comum dentro do direito do trabalho servem como base para que os juízes, ao julgarem as demandas da classe trabalhadora, também adotem o paradigma da reconstrualização: apliquem os princípios contratuais do direito civil, quais sejam a autonomia privada e a ampla liberdade de negociação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As contrarreformas trabalhistas foram difundidas pela mídia e pelo governo como urgentes e necessárias para o enfrentamento da crise econômica no Brasil. Para combatê-la, houve a flexibilização e a desregulamentação de direitos e garantias da classe trabalhadora.

Se por um lado os direitos trabalhistas surgem da inaptidão do direito comum em regulamentar as relações de trabalho, causando desigualdades sociais e revoltas sociais, as recentes alterações legislativas fazem o percurso oposto: a reconstrualização do direito do trabalho. Mitigam-se os princípios historicamente construídos, principalmente o princípio da proteção, reinserindo no ordenamento aqueles clássicos do direito comum: a autonomia privada e a liberdade negocial quase irrestrita.

Passa-se a permitir que cláusulas negociadas prevaleçam, mesmo quando em desacordo com as normas mínimas da CLT; permite-se a negociação individual em algumas situações, podendo, assim, não só negar vigência à lei, mas fazê-lo sem o devido acompanhamento dos sindicatos; estes são enfraquecidos e têm suas prerrogativas relativizadas ou retiradas; e, ainda, para legitimar as alterações, abrem margem para o Poder Judiciário utilizar o direito comum como fonte subsidiária ampla – sem mais limitar naquilo em que não fosse incompatível com os princípios fundamentais do direito do trabalho.

A recontratualização do direito do trabalho corresponde à volta à lógica dos contratos civis, nos quais a liberdade contratual é a regra. Todavia, tais medidas não representam nenhum avanço, mas, como o próprio nome já revela, uma volta a um modelo de regulamentação que se provou falho.

A desigualdade entre os contratantes é característica intrínseca de todo contrato de trabalho, de modo que o aumento das liberalidades corrobora apenas para o fortalecimento das vontades do(a) empregador(a). Logo, a classe trabalhadora apenas perde, tanto no quesito proteção quanto no quesito poder de barganha, dentro dos arranjos do contrato.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARBAGELATA, Hector Hugo. **O particularismo do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

BARBAGELATA, Hector Hugo. **A evolução do pensamento do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BENEDETTO, Roberto Di. Revendo mais de 70 anos em menos de 7 meses: a tramitação da reforma trabalhista do governo Temer. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 18, n. 2, p. 545-568, mai./ago. 2017.

BEZERRA, Leandro Henrique Costa. O negociado sobre o legislado: o sindicalismo ainda sobrevive? **Revista ABET**, v. 19, n. 1, p. 204-2017, jan./jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Portal da Legislação**, Rio de Janeiro, 1 maio 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 6 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Portal da Legislação**, Brasília, 13 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, 20 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 873, de 1º de março de 2019. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a contribuição sindical, e revoga dispositivo da Lei

nº 8.112, de 11 dez. 1990. **Portal da Legislação**, Brasília, 1º de março de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv873.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.

BRASIL. Medida provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, 30 abr. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019. Institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, altera a legislação trabalhista, e dá outras providências. Brasília, 11 nov. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, 22 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, 1 abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 2 ago. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 955, de 20 de abril de 2020. Revoga a Medida Provisória n. 905, de 11 de novembro de 2019, que institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo e altera a legislação trabalhista. **Portal da Legislação**, Brasília, 20 abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv955.htm. Acesso em 2 ago. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.045, de 27 de abril de 2021. Institui o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe so-

bre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) no âmbito das relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, n. 78, 28 abr. 2021, Seção 1, p. 2. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.045-de-27-de-abril-de-2021-316257308>. Acesso em: 2 ago. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.046, de 27 de abril de 2021. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). **Diário Oficial da União**, Brasília, n. 78, 28 abr. 2021, Seção 1, p. 5. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.046-de-27-de-abril-de-2021-316265470>. Acesso em: 2 ago. 2021.

CARDOSO, A. M. **Sindicatos, trabalhadores e a coqueluche neoliberal: a era Vargas acabou?** Rio de Janeiro: FGV, 1999.

CASSAR, V. B. Limites da Liberdade Individual na relação de trabalho e reforma trabalhista. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 83, p. 285-301, 2017.

CAZZETTA, Giovanni. Intervenção do Estado e liberdade contratual entre os séculos XIX e XX. In: SIQUEIRA, G. S.; FONSECA, R. M. (ed.). **História do Direito Privado**. Barraes Editores, 2015. p. 85-95.

COUTINHO, A. R. Direito do trabalho de emergência. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 30, p. 101-120, 1998.

EDELMAN, Bernard [1946]. **A legalização da classe operária**. São Paulo: Boitempo, 2016.

FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; DUTRA, Renata Queiroz. Contrato de locação de serviços, contrato de prestação de serviços e contrato de trabalho: um retorno às origens? In: TEPEDINO, Gustavo *et al.* (coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 215-247.

FRAZÃO, Ana. A boa-fé objetiva e o contrato de trabalho: as funções de criação de deveres instrumentais e de limitação ao exercício de direitos e faculdades contratuais. In: TEPEDINO, Gustavo *et al.* (coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil**. São Paulo: RT, 2013. p. 295-324.

GENRO, Tarso Fernando Herz. A dogmática do conceito: reformismo liberal, direito do trabalho e interpretação constitucional. In: GENRO, Tarso; Coelho, Rogé-

rio Viola (coord.). **Degradação e resgate do direito do trabalho**: contributos para uma doutrina constitucional de defesa de direitos. São Paulo: LTr, 2018. p. 13-27.

GHIRALDELLI, Reginaldo. (Contra) Reforma trabalhista: “modernização” destrutiva no Brasil das desigualdades. **Revista Libertas**, Juiz de Fora, v. 19, n. 2, p. 387-407, ago./dez. 2019.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas**: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência. São Paulo: LTr, 2009.

GONÇALVES, Heloísa Alva Cortez; LOPES, Mariane Helena. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 4, n. 2, p. 129-145, jul./dez. 2013.

GUAMÁN, Adoración; REY, Joaquín Pérez. Derecho del trabajo del enemigo: aproximaciones historico-comparadas al discurso laboral neofascista. **Derecho Laboral**, n. 274, t. 62, p. 211-239, abr./jun. 2019.

KREIN, José Dari. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: consequências da reforma trabalhista. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 77-104, abr. 2018.

LUXEMBURGO, Rosa. **Reforma social ou revolução?** São Paulo: Global Editora, 1986.

MACHADO, Sidnei. A judicialização do conflito do trabalho na reforma trabalhista brasileira de 2017. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, v. 2, n. 1, p. 255-271, 3 jul. 2019.

MANGARELLI, Cristina. La vuelta al derecho común o civil: ¿la crisis del particularismo del derecho del trabajo? **Revista de derecho**, v. 7, n. 13, p. 53-61, 2008.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. 10. ed. São Paulo: Difel, 1985.

MARX, Karl. **Capítulo VI de O Capital**: resultados do processo de produção imediata. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2004.

MASSI, Alfredo. Direito do Trabalho e (ausência de) liberdade contratual: revisita às teorias não contratualistas das relações de trabalho, à luz da filosofia de Arthur Schopenhauer. *In*: TEIXEIRA, Aysla Sabrine Rocha; FLEURY, Flávio

Malta; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá (org.). **Vivências e horizontes teóricos no repensar de um direito do trabalho crítico**. Belo Horizonte: Initia Via, 2019.

MENDES, Gilmar. Jurisprudência de crise e pensamento do possível: caminhos constitucionais. **Conjur**, 11 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em: 6 jul. 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1970.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos. **Direito do trabalho e ideologia: meio século de formação ideológica do direito do trabalho espanhol (1873-1923)**. Coimbra: Almedina, 2001.

PAZELLO, Ricardo Prestes. **Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito**. 2014. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr., 2000.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; BRITO, Laura Souza Lima e. Reforma trabalhista: tentativa de clausura hermenêutica na nova redação do art. 8º da CLT. **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 4, n. 2, p. 144-164, jul./dez. 2019.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1998.

SUPIOT, Alain. **Au-delà de l'emploi**. Paris: Flammarion, 1999.

TEPEDINO, Gustavo, TERRA, Aline de Miranda, CRUZ GUEDES, Gisela Sampaio da. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

**GRUPOS
DE PESQUISA
E/OU EXTENSÃO**

O PAPEL DA EXPRESSÃO DE SENTIMENTOS NO PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO E O USO DA ANÁLISE SWOT COMO MÉTODO DE VALIDAÇÃO

THE ROLE OF EMOTIONAL EXPRESSION IN THE MEDIATION PROCEDURE AND THE USE OF SWOT ANALYSIS AS A VALIDATION METHOD

Grupo de Mediação e Negociação (GMN UFPR)

RESUMO

A presente pesquisa é dividida em quatro partes. A primeira parte se incumbem em trazer aspectos gerais e introdutórios da mediação no Brasil, tais como a necessidade desse procedimento considerando a sobrecarga do judiciário e a sua consolidação através da Lei de Mediação e do Código de Processo Civil de 2015. Ademais, destaca-se a importância do papel do mediador e o protagonismo desempenhado pelas partes e suas emoções. A segunda etapa do presente artigo busca desmistificar a concepção puramente lógica e racional de uma mediação, demonstrando a inevitabilidade da expressão dos sentimentos em uma sessão, considerando a carga emocional que os negociadores trazem consigo, decorrente da existência de um conflito prévio, e como essa deve ser considerada. Igualmente, são apresentados os fatores intensificadores dessa carga emocional que podem influenciar no andamento da sessão, sendo necessário, portanto, a validação dos sentimentos. Na terceira parte do estudo, é feita a distinção entre a expressão de sentimentos e a adoção de posições, explicando como o debate posicional pode ser prejudicial na comunicação interpartes. Por fim, na quarta e última etapa do artigo, propõe-se um mecanismo para facilitar o procedimento de identificação das emoções, sejam elas próprias, ou da outra parte, a Análise SWOT, permitindo identificar as forças, fragilidades, oportunidades e ameaças dos sujeitos envolvidos na mediação.

Palavras-chave: mediação; sentimentos na solução de conflitos; análise SWOT.

ABSTRACT

The current research is divided in four parts. The first part brings general and introductory aspects of mediation in Brazil, such as the necessity of the procedure considering the judiciary overload scenario and its consolidation through the Mediation Law and the 2015 Code of Civil Procedure. In addition, it highlights the importance of the mediator role and the protagonism played by the parties and their emotions. The second stage of the current article seeks to demystify the pure logical and rational conception of a mediation, demonstrating the inevitability of the emotion's expression in a session, taking into account the emotional charge that the negotiators bring with, due to the existence of a previous conflict, and how it should be considered. Moreover, it's presented the intensifying factors of this emotional charge that can influence the progress of the session, then expressing the urge of the validation of the feelings. In the third part of the research, a distinction between the feelings' expression and the adoption of positions is made, in order to explain how the positional debate can be harmful in the communication between the parties. Finally, in the fourth and last stage of the article, it's suggested a mechanism to facilitate the procedure to identify both parties' feelings, the SWOT analysis, that permits to reveal the strengths, weaknesses, opportunities, and threats of the ones involved in a mediation.

Keywords: *mediation; feelings in conflict resolution; SWOT analysis*

1. INTRODUÇÃO AO PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO

Diante da crise do Poder Judiciário, conforme preceitua Deambrozi e Couto, causada pela escassez de estrutura física e técnica das Justiças Comum e Especializada, em que inúmeras demandas são distribuídas diariamente, prejudicando o princípio da razoável duração do processo, surge a necessidade de se adotar novas formas de se compor lides, como a mediação (s.d, p. 1-3). Embora um procedimento já adotado como formato de resolução consensual, principalmente em cenários em que a relação interpartes apresenta-se cara e de manutenção igualmente desejável, a mediação passa a ser prevista no ordenamento jurídico Brasileiro como obrigação prévia ao andamento processual a partir do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, mais especificamente no art. 334 desse.

Em paralelo, em 26 de junho de 2015 foi promulgada a Lei nº 13.140, chamada de Lei de Mediação, que em seu art. 1º, parágrafo único, define o procedimento como uma “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”. De acordo com a Lei, são princípios da mediação: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade e boa-fé.

Nesse sentido, além da Lei de Mediação, a previsão da obrigatoriedade da instalação do procedimento de mediação/conciliação pelo próprio Código de Processo Civil (desde que recebida a petição inicial e se não configurado caso de improcedência liminar) incumbe a esse procedimento os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Ora, a designação, pelo juiz, de audiência de conciliação ou de mediação enquadra-se principalmente ao cenário de disputas cujo objeto envolve direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles de disposição livre de quem os detém como matéria do direito privado. Em contrapartida, a previsão da não realização da audiência de conciliação ou da sessão de mediação, conforme art. 332, § 4º, CPC, concretiza-se no expresse desinteresse ao método manifestado por todas as partes componentes da lide ou, e de pontuação menos objetiva, quando não se admitir a autocomposição, diz-se, em demandas relacionadas aos direitos indisponíveis.

A reforma do Código de Processo Civil e a conseqüente instrumentalização da justiça multiportas possui origens multidisciplinares, visando à qualidade das relações humanas e à efetiva prestação jurisdicional. Principalmente ao ter em mente um Poder Judiciário sobrecarregado e custoso, a exemplo da estatística elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pela pesquisa Justiça em Números 2010, demonstrando que, em 2009, tramitavam nas Justiças Federal e Estadual cerca de 24,2 milhões de novos processos. Logo, a obrigatoriedade de preliminar audiência autocompositiva revela uma mudança no paradigma judicial, a qual se volta aos interesses das partes, possivelmente conciliáveis, como protagonistas colaborativos das demandas.

Em um procedimento de mediação é indispensável a figura do mediador, que fazendo uso da escuta ativa, deve agir a fim de facilitar o diálogo entre as partes. Porém, embora o mediador desempenhe importante função, não há razão para sua atuação sem a presença das partes, essas que assumem o verdadeiro protagonismo da sessão. De acordo com Humberto Dalla e Marcelo Mazzola, “ninguém constrói uma solução melhor do que as próprias partes, pois foram elas que vivenciaram os fatos, experimentaram as sensações, se magoaram, se arrependeram e conhecem o pano de fundo do que está em jogo” (2019, p. 778).

Tem-se um cenário em que o mediador traduz a comunicação entre as partes, logo, há uma manutenção da exclusividade dessas quanto à iniciativa das alegações e da disposição de provas. Portanto, o papel do juiz é diferenciado frente ao procedimento jurídico comum (invocando preferencialmente o auxílio de mediadores/conciliadores). Ou seja, “o magistrado continua a exercer papel essencial perante o processo, porém numa perspectiva mais gerencial” (Mazei; Chagas, 2016, p. 85), de maneira em que “o procedimento deve ser orientado para as partes, e não para o juiz” (Ibidem, p. 85), em que o papel desse recai na responsabilidade por fiscalizar e garantir o bom andamento do procedimento autocompositivo, tal qual a identificação de possíveis acordos e momentos de conciliação (art. 139, V; art. 359, CPC).

Dessa forma, evidencia-se que as partes, ao início do procedimento de mediação, já carregam uma carga sentimental prévia, decorrente da existência de um conflito que não foi possível solucionar no âmbito particular, as levando a adotar o procedimento da mediação. Por esse motivo, uma vez que os sentimentos expostos possuem grande poder de influência no andamento da sessão, o mediador deve atuar a fim de entender o que as partes estão realmente sentindo e lidar com esses sentimentos da melhor forma, esclarecendo-os e traduzindo-os a medida do possível, a fim de que se consiga encontrar uma solução viável, transparente e que atenda aos interesses de ambas as partes.

2. A EXPRESSÃO DE SENTIMENTOS DURANTE A SESSÃO DE MEDIAÇÃO

No texto “A mediação de conflitos – lidando positivamente com as emoções para gerir conflitos”, Lília Maia de Moraes Sales faz uso das pesquisas sobre negociação – utilizando as habilidades da negociação como base para a mediação – desenvolvidas por Roger Fisher e Daniel Shapiro, exímios professores de Direito na Harvard Law School e mentores de programas/projetos voltados à negociação de forma interna e externa à faculdade. A partir dessas pesquisas, constatou-se que muitas vezes os aspectos emocionais são negligenciados, pois, em geral, a emoção é tida como algo capaz de impedir que as pessoas se escutem. Sales, em seu texto traz, ainda, a percepção de Stuart Diamond acerca do gerenciamento de emoções em uma negociação:

Stuart Diamond (2012, p. 135) expressa que a “emoção é inimiga das negociações eficazes e dos negociadores eficientes”. As pessoas deixam de ouvir quando ficam emotivas. Elas com frequência se tornam imprevisíveis e raramente conseguem se concentrar nas suas metas”. Ressalta, no entanto, que a “emoção a que nos referimos é quando alguém é tão dominado pelos próprios sentimentos que deixa de ouvir e se torna autodestrutivo. A pessoa não consegue mais se concentrar em suas metas e necessidades” (2016, p. 969-971).

Ainda seguindo essa concepção, para Maria de Nazareth Serpa, os sentimentos muitas vezes bloqueiam a comunicação entre as partes envolvidas, como impedem a construção de confiança e proximidade. (s.d, p. 157). Diante desse conflito que se instaura a discussão sobre os malefícios ou benefícios da expressão de sentimentos na mediação, Sales entende que o ser humano expressa emoções constantemente, sendo elas positivas, quando podem ajudar as negociações, ou negativas, quando podem atrapalhar as negociações (2016, p. 969). Com base nisso, é primordial que haja uma desconstrução da concepção puramente racional do processo de mediação, pois desconexa da realidade e igualmente desconexa da visão dos sujeitos do processo como seres humanos repletos de facetas e inseridos em contextos subjetivos.

Para que as partes optem pela participação em um procedimento de mediação pressupõe-se a existência de um conflito prévio, que não foi resolvido no âmbito interno, cuja ocorrência tenha gerado uma quebra de expectativa por uma das partes, ou ambas, em outras palavras, existirão questões emocionais em jogo. Por esse motivo, é compreensível que as partes levem seus sentimentos, sejam eles positivos ou negativos, para a mesa.

De acordo com o professor Mario A. S. Fontes, as emoções podem ser definidas como respostas do organismo a eventos do ambiente, desencadeando padrões de ativação fisiológica específicos e envolvendo aspectos cognitivos, comportamentais e do sistema autonômico simpático e parassimpático que controlam ações do organismo (2017, p. 27). Baseando-se nessa definição é possível compreender como ocorre a expressão desses sentimentos em uma sessão de mediação, uma vez que o conflito que as partes possuem dificuldade em resolver pode representar os ditos “eventos do ambiente”, responsáveis pelo desencadeamento dos sentimentos manifestados.

Desdobra-se fundamental ao procedimento de mediação, majoritariamente refletindo a própria atuação do mediador nesta condução, focar, em primeiro ponto, em um tempo maior de interlocução, a fim do “manejo do alívio dos sentimentos pela externalização das posições e dos interesses” (Moraes, 2016, p. 264). Assim, para que, então, seja alcançado um ponto em que a comunicação seja permitida e baseada em questões não controversas, ao permitir a criatividade na construção de possibilidades, ambiente alimentado pelas partes. Portanto, para além de um possível acordo, nas palavras de Paulo Valério Dal Pai Moraes, a mediação se volta ao empoderamento, por meio da implementação de uma pedagogia social, das partes em sua proatividade na resolução de divergências. Nesse sentido, matéria de resolução por parte dos próprios sujeitos a ser aplicada, igualmente, em possíveis conflitos futuros, pela ótica da aproximação e humanização pela empatia.

O âmbito de confidencialidade da mediação busca permitir às partes o conforto de livremente expressar suas opiniões, sentimentos, emoções e ideias, sem ser essas prejudicadas, mas sim, enxergadas na credibilidade e confiança em tal espaço de obtenção de consenso. Questões postas à mesa precisam de maior amadurecimento e reflexão

– de maneira em que se enquadram aos conflitos humanos, não apenas sentimentos e emoções, mas igualmente valores e diferenças socio-culturais e econômicas, ou seja, de imprescindível consideração em uma comunicação humanizada e que objetiva uma resolução equitativa pelas partes.

Dessa forma, há vários contextos em que a manifestação desses sentimentos pode ocorrer de forma mais acentuada, principalmente no âmbito da mediação entre grandes companhias, a qual geralmente trata da mediação em matéria de grandes causas, espectro que envolve tensões e preocupações financeiras por envolver investimentos significativos. Um exemplo brasileiro famoso de mediação em grande causa é o caso que envolve a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a operadora Oi. No caso em questão, a Anatel está na lista de credores do plano de recuperação judicial da Oi e teria que receber um valor superior a R\$ 11 bilhões por parte da operadora, o que representaria cerca de 17% do passivo de R\$ 65 bilhões (Solberg, s.d) da segunda.

Diante de casos assim semelhantes, em que quantias extremamente elevadas de capital estão em risco, é inimaginável que o negociador responsável por representar a empresa na sessão de mediação não esteja sujeito a pressões externas, principalmente por parte do *board* da própria companhia. Essas tensões tidas sobre a responsabilidade do caso – e da saúde financeira que permita a existência em si da empresa – possuem poder de intensificar ainda mais a manifestação dos sentimentos que são levados à mesa. Contudo, tais preocupações refletem interesses e objetivos e, desde que mantida uma visão cooperativa, respeitosa e prospectiva, não devem ser negligenciadas, mas sim ressaltadas.

Ainda, há casos em que a pressão sobre o negociador decorre dos interesses de terceiros em relação ao andamento e ao resultado do procedimento. Uma hipótese pode ser o conflito entre duas empresas privadas, A e B, que possuam contrato em que A deve fornecer a B determinado produto X durante um período estipulado. B possui contrato de licitação com um certo Estado ou ente estatal e, para que possa efetivamente prestar o serviço desta licitação, B depende do produto X. Assim, um suposto conflito envolvendo o contrato firmado entre A e B possuiria poderes para afetar terceiros, no caso o Estado, seu ente ou até aque-

les que dependam do dito fornecimento, a exemplo dos cidadãos do Estado. Nesses casos, imagina-se que a pressão sofrida pelo negociador poderá ser ainda mais atenuada por estar em mesa demais responsabilidades contratuais e seu risco de não cumprimento.

Dessa forma, não se deve cobrar uma postura completamente racional dos mediantes em uma sessão e negar a presença da carga emocional que esses trazem consigo em uma mediação. O que se deve fazer, todavia, para o pleno diálogo entre as partes e entre a parte e o mediador, é que se proceda com a **validação dos sentimentos**.

Validar um sentimento significa demonstrar o reconhecimento do sentimento manifestado (Bastos, 2016). Nesse sentido, Bastos descreve que o fato de uma pessoa se sentir ouvida e compreendida pode ajudar a criar um ambiente mais receptivo e colaborativo, ampliando sua participação no processo de mediação e tornando-a mais segura. Portanto, a validação de sentimentos se mostra primordial a fim de incentivar a comunicação, para que ambas as partes possam se sentir à vontade de falar sobre como o conflito instaurado implica no seu contexto, e, consequentemente, permitindo que uma entenda as preocupações da outra. Empoderamento, este, presente no procedimento que torne visível pontos fundamentais para ou a própria resolução da controvérsia, ou o bom relacionamento interpartes, seja este decidido – consciente e consensualmente – ser mantido ou não.

3. EXPOR SENTIMENTOS X ASSUMIR POSIÇÕES RÍGIDAS

Há de se ressaltar que a exposição de sentimentos difere da adoção de posições em uma mediação.

Conforme exposto, o ser humano, em todos os momentos das negociações, expressa emoções positivas e negativas (Sales, 2016, p. 969). Nesse sentido, a autora dispõe:

As emoções positivas trazem sentimentos bons e confortáveis de alegria e tranquilidade, por exemplo. As emoções negativas, por outro lado, estimulam sentimentos de angústia, medo e rancor. As primeiras trarão repercussões de aproximação, de facilitação

de uma tomada de decisão para o consenso. As segundas dificultarão a cooperação ou qualquer diálogo pacífico entre as partes.

As emoções positivas favorecem a comunicação, o relacionamento cooperativo, a criação de opções mútuas para a solução dos conflitos, sentimento de justiça e compromisso com o melhor resultado. As emoções negativas, por outro lado, estimulam a desconfiança, o sentimento de competição e de ganho e perda; limitam a comunicação e os interesses são ignorados (p. 970).

Com base nisso, as emoções negativas, capazes de limitar a comunicação, tanto entre as partes, quanto entre parte e mediador, apresentam-se em uma sessão de mediação pela adoção de posições rígidas pré-estabelecidas, ou seja, pela adoção de intenções declaradas pelas partes, apresentando-as à outra parte como imutáveis, o que inviabilizaria um método consensual. De acordo com Roger Fisher, Willian Ury e Bruce Patton, na produção “Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões”, negociar com base em posições produz resultados insensatos, pois o ego e a posição passam a se identificar (2014, p. 23).

Dessa forma, com base em Fisher, Ury e Patton, barganhar pelas posições significa adotar uma posição extrema, transformando a mediação em um concurso de vontades, estas únicas em relação à impossibilidade de demais interesses. Com isso, ambos os lados tentam incessantemente forçar a outra parte a mudar de posição, desgastando ou até mesmo destruindo a boa relação entre as partes (2014, p. 23-25). Evidencia-se, portanto, que a barganha posicional produz o efeito exatamente contrário à exposição de sentimentos, que conforme visto, visa justamente facilitar a comunicação e o entendimento entre os negociadores e o mediador, a fim de que se chegue em um acordo amigável e preserve-se um bom relacionamento.

Porém, mesmo que o ideal seja evitar o debate posicional, é inevitável sua possível ocorrência e a conseqüente produção de efeitos negativos. Então, se faz essencial o papel do mediador.

Para evitar que as partes se mantenham atreladas a posições já estabelecidas, a atuação do mediador utiliza-se de técnicas para fomentar o debate e estimular que o debate posicional seja substituído pela exposição

de sentimentos, cuja escuta ativa e validação dos envolvidos estabelece um ambiente construtivo e viável pela fixação de regras para o diálogo: “respeito ao mediador como líder, a obediência à agenda de trabalho e ao processo de mediação” (Moraes, 2016, p. 266), mas sempre oportunizando a conversa e o intercâmbio de interesses. Haja vista o objetivo que deve atuar o mediador e as partes em prol de ganhos conjuntos – viáveis pela promoção de políticas colaborativas, ao diminuir exigências pouco razoáveis e flexibilizar posições rígidas. Nesses termos, Dalla e Mazzola afirmam que “em uma perspectiva macro, podemos dizer que o mediador tenta desconstruir o conflito e reconstruir a relação, permitindo que os mediandos construam juntos uma solução” (Dalla, p. 779).

4. A UTILIZAÇÃO DA ANÁLISE ‘SWOT’ NA IDENTIFICAÇÃO DE SENTIMENTOS

Um possível mecanismo para que tanto as partes, quanto o mediador possam facilitar a identificação dos sentimentos presentes na mesa de mediação é a elaboração de uma análise SWOT (*Strengths* = forças, *Weakness* = fragilidades, *Opportunities* = oportunidades, *Threats* = ameaças). Essa análise apresenta uma visão ampla acerca dos pontos positivos e/ou negativos, sendo possível identificar, pois, os fatores que influenciam o plano de estratégias da empresa e evidenciar os problemas que a organização deve resolver ou superar para atingir seus objetivos (Cruz; Neris; Boas; Menezes, 2017, p. 144 - 145).

Isso posto, Amanda Imme explica que na análise Swot há dois cenários, o ambiente interno e o ambiente externo, explicitando cada um dos quatro elementos do Swot e em qual ambiente estão inseridos (Imme, 2019). Adaptando a análise de Imme para o procedimento de mediação, tem-se que no ambiente interno concentram-se as “forças” e as “fragilidades”, em que a primeira diz respeito aos elementos que estão sob o controle da parte, como suas aptidões mais fortes e estruturadas, enquanto, contrariamente, na segunda, se encontram os pontos capazes de prejudicar ou interferir negativamente o andamento da parte no procedimento.

Quanto ao ambiente externo, por sua vez, estão inseridas as “oportunidades” e as “ameaças”. As oportunidades são as forças externas inca-

pazes de serem controladas, porém possíveis de serem usufruídas naquele contexto, impactando positivamente a parte. Já as ameaças, representam exatamente o oposto, pois são as forças externas que produzem impacto negativo à parte, colocando-a em algum grau de possível prejuízo.

Com base no supracitado, salienta-se que a análise Swot pode se apresentar como um mecanismo eficiente para que a própria parte compreenda os fatores que dão origem aos seus sentimentos e, posteriormente, expressá-los de forma clara na mesa de mediação. Clarificados estes pontos, igualmente é oportunizada a criação de caminhos verossímeis para as demandas. Ademais, a fim de criar um ambiente de compreensibilidade, é possível que cada sujeito da mesa de mediação elabore uma análise Swot prévia tanto sua quanto da outra parte, buscando compreender as forças, fragilidades, oportunidades e ameaças em sua totalidade, baseando-se nas informações de que tenha conhecimento e tendo uma percepção realista de como alcançar seus objetivos na sessão sem frustrar os alheios.

Em paralelo ao desenvolvido, conflitos estão inseridos em situações, fatos e sentimentos mais amplos do que relatados e além do, em princípio, evidente, sendo, então, de extrema relevância que as partes, com o devido auxílio de um terceiro imparcial, distingam manifestado abertamente do que são os reais interesses: “muitos interesses escondidos, não falados são apresentados durante a reuniões de mediação” (Sales; Damasceno, 2014, p.152). Tem-se, portanto, que a compreensão dos elementos do Swot da outra parte pode representar o pontapé inicial para que esta se sinta mais estimulada e aberta para expressar seus reais interesses e sentimentos, tornando o procedimento de mediação mais fluído e eficaz, ao viabilizar novos caminhos de consenso e manutenção das relações.

5. CONCLUSÃO

Dessa forma, a partir do presente estudo, é possível, primeiramente, traçar uma análise quanto ao surgimento de disposições legais que regulam o procedimento de mediação no Brasil, conjuntamente com seus princípios norteadores, diante do cenário de sobrecarga do Poder Judiciário. Ademais, compreende-se a mediação como um procedimento exercido por um terceiro imparcial, que possui papel fun-

damental no auxílio à comunicação entre as partes em prol da manutenção de um bom relacionamento pautado na solução consensual de conflitos. Embora demonstrada a importância da figura do mediador, o real protagonismo da mediação é exercido pelas partes, uma vez que estas são as verdadeiras afetadas por todo o contexto em jogo.

Assim, considerando a existência de um conflito prévio que motivou as partes a procurarem o procedimento de mediação, é inevitável que estas levem consigo uma carga sentimental para a sessão, principalmente em casos que envolvem grandes investimentos ou que afetam terceiros interessados. Portanto, o presente estudo busca, em sua essencialidade, desmistificar a concepção puramente racional de que a expressão de sentimentos interfere negativamente no andamento de uma sessão. Para isso é realizada uma distinção entre a exposição de sentimentos (emoções positivas), que produzem um efeito benéfico na sessão, ampliando o diálogo e a interação interartes e entre as partes e o mediador, e o debate puramente posicional (emoções negativas), em que a parte restringe-se a um posicionamento rígido, prejudicando a mediação, e devendo o mediador interferir para a continuidade do diálogo.

Por fim, o artigo propõe a adoção da ‘Análise Swot’ como alternativa de identificação das emoções das partes. Ao se traçar as forças, fraquezas, oportunidades e ameaças, a própria parte consegue identificar com clareza a origem de seus sentimentos e como expô-los na sessão de mediação. Ademais, é explicado como a aplicação desse mecanismo com base nos elementos da outra parte estimula a comunicação, fazendo com que, caso haja um acordo, as expectativas de ambas as partes sejam atendidas.

REFERÊNCIAS

AUTORIA *et al.* **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflito. Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral. Salvador: Juspodivm, 2016. 816 p. (Coleção grandes temas do novo CPC, v. 9 /Coordenação geral, Fredie Didier Jr.).

BASTOS, Eduardo Gonçalves. **Mediação e Conciliação - Na Prática!** Validando sentimentos. 2016. Disponível em: <http://mediacaojudicial.blogspot.com/>. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. **Código de processo civil**. Brasília, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2010**. Brasília: Justiça Federal, CNJ: Centro Gráfico, 2010. Ano-base 2009.

BRASIL. **Lei nº 13.105/2015**. Código de Processo Civil e normas correlatas. 9. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 317 p.

BRASIL. **Lei nº 13.140/2015. Lei de mediação**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Brasília, 2015.

CRUZ, Diógenes Marco de Brito; NERIS, Lucas Magno; BOAS, Lucas Gomes Vilas; MENEZES, Jeane Denise de Souza. Aplicação do planejamento estratégico a partir da análise Swot: um estudo numa empresa de tecnologia da informação. **IX Simpósio de Engenharia de Produção do Sergipe**. 2017. Disponível em: <https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/7595/2/AplicacaoAnaliseSWOT.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

DALLA, Humberto. MAZZOLA, Marcelo. O papel do mediador e a relevância de suas funções na política pública de resolução adequada de conflitos. p. 778. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_0777_0801.pdf. Acesso em: 21 abr. 2022.

DEAMBROZI, Larissa dos Santos. COUTO, Camilo José D'Ávila. **Mediação entre particulares: aspectos da Lei nº 13.140/2015**. Disponível em: http://www.faacz.com.br/portal/conteudo/iniciacao_cientifica/programa_de_iniciacao_cientifica/2016/anais/mediacao_entre_particulares_aspectos_da_lei_n_13140_2015.pdf. Acesso em: 22 abr. 2022.

FISHER, Roger. URY, Willian. PATTON, Bruce. **Como chegar ao SIM: como negociar acordos sem fazer concessões**. Tradução: Ricardo Vasques Vieira. 3ª edição. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

FONTES, Mario A. S. A expressão de emoções: propostas teóricas e questionamentos. **Revista Intercâmbio**, Especial Expressividade, v. XXXVI: 26-38, 2017. São Paulo: LAEL/PUCSP. ISSN 2237-759X.

IMME, Amanda. Tudo sobre a análise SWOT: o que é, como fazer e muito mais! **Resultados digitais**. 2019. Disponível em: <<https://resultadosdigitais.com.br/marketing/analise-swt/>> Acesso em 22 de abril de 2022.

SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos - lidando positivamente com as emoções para gerir conflitos. p. 969-971. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 3. 2016.

SALES, Lilia Maia de Moraes. DAMASCENO, Mara Livia Moreira. Mediação, suas técnicas e o encontro dos conflitos reais: estudo de casos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 145-165, julho/dezembro de 2014.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação - uma solução judiciosa para conflitos**. Capítulo 1 - Introdução ao Estudo da Mediação. p. 157.

SOLBERG, Tomaz. **Mediação em grande causa: caso Oi e Anatel**. São Paulo. Acesso em: <https://tomazsolberg.com.br/mediacao-em-grande-causa-caso-oi-e-anatel/> Acesso em: 22 abr. 2022.

UMA ANÁLISE COMPARADA DOS JULGAMENTOS DO CASO BOOKING EM DIFERENTES AUTORIDADES ANTITRUSTE

A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE RULINGS IN THE BOOKING CASE BY DIFFERENT ANTITRUST AUTHORITIES

Grupo de Direito e Economia da Concorrência (GDEC)

RESUMO

Este artigo visa suscitar a discussão econômica atinente aos diferentes enquadramentos do caso Booking.com em autoridades do direito concorrencial. Seu objetivo é perceber como se deu a decisão de cada uma delas e com quais argumentos elas foram sustentadas. De modo que, primeiramente, explica-se a origem, natureza e desenvolvimento das cláusulas Most Favored Nation, esta que é a cláusula contratual analisada e levada a julgamento no caso Booking.com. Essa análise econômica se justifica devido ao impacto – prejudicial ou não, conforme será visto no decorrer desse trabalho – desse mecanismo contratual à concorrência. Assim, ao realizar essa comparação em um caso pioneiro e alvo de grandes dissidências, buscamos realizar uma comparação dos julgados com a respectiva teoria econômica, englobando tanto realidade das cortes quanto às doutrinas acadêmicas referenciadas. Visando, portanto, uma perspectiva comparativa do caso que se iniciou há cerca de 10 anos e ainda repercute tanto por sua complexidade, quanto por sua falta de resolução definitiva.

Palavras-chave: cláusula MFN; caso Booking.com; direito concorrencial.

ABSTRACT

This article aims to bring about the different perspectives of the Booking.com case economic discussions' in the competition law agencies, the objective it's to find out how each decision was built and theoretically grounded. Firstly, we bring the origin, nature, and development of the Most Favored Nation clause, that's the contractual clause being analyzed and taken to judgment in the Booking.com case. The justification of this economic analysis it's the impact – disruptive or not, as we will check during this work – of this contractual mechanism in the competition field. Therefore, doing this comparison in a pioneer case and motor to great

dissents, we seek to compare the decisions and their respective economic theory, bringing the Court's reality by side with the academic discussions. Thus, focusing on a non-critic-comparative perspective in this case that it's about 10-years-old and still reverberates due to its complexity, as well as its uncertain definition.

Keywords: *MFN clauses; Booking.com case; competition law.*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva a compreensão dos efeitos das cláusulas de paridade, mais conhecidas por “most favoured nation clauses” no âmbito concorrencial. Nesse sentido, urge partir de uma definição básica de cláusulas *MFN*, caracterizadas como instrumentos jurídicos que vinculam o fornecedor a sempre oferecer ao distribuidor as condições negociais mais favoráveis oferecidas por ele a outros compradores (Ezrachi, 2016, p. 1). Considerando os mercados e modelos negociais contemporâneos às novas tecnologias e ao mundo digital, as cláusulas *MFN* assumem especial relevância nos contratos firmados entre fornecedores e plataformas de comparação de preço – Price Comparison Websites (PCWs) – assegurando o lucro dessas plataformas e viabilizando a revenda dos produtos ou serviços comercializados pelo fornecedor (Ezrachi, 2016).

Com isso, torna-se relevante uma adequada avaliação dos efeitos pró e anticompetitivos das referidas cláusulas *MFN* para o setor de vendas *online*. Para tanto, denota-se que os efeitos positivos promovidos residem sobretudo na utilidade diretamente prestada pelas plataformas *PCW*, isto é, na agregação de informações úteis ao consumidor, reduzindo a assimetria de informação e facilitando a alternância entre diferentes ofertantes (Ezrachi, 2016). Do ponto de vista negativo, as cláusulas *MFN* restringem as possibilidades de negociação entre as plataformas e os fornecedores do serviço distribuído, de forma que se destacam efeitos como a excessiva intermediação entre consumidor e a prestadora do serviço negociado, entraves à entrada de novas plataformas de distribuição no setor, a uniformização dos preços, a redução do incentivo ao investimento das *PCWs*, dentre outros (Ezrachi, 2016).

Ademais, conforme demonstrado por recentes julgados a respeito do tema, como as decisões proferidas pela Bundeskartellamt alemã e pelo tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) diante das representações movidas contra a plataforma de comparação de preços Booking.com, resta evidente a tempestividade da discussão, bem como a variedade de conclusões possíveis para um almejado aumento de utilidade das disposições regulatórias. Afirma-se, portanto, a necessidade de uma abordagem objetiva – baseada nas razões econômicas da cláusula – que, partindo das conclusões tomadas em estudos relacionadas ao tema, avalie as soluções jurídicas propostas por diferentes sistemas de Direito ao redor do mundo, buscando destacar argumentos econômicos a serem considerados em prol de um arranjo regulatório que melhor atenda às finalidades do instrumento contratual aqui debatido.

1.1. METODOLOGIA

Considerando os pontos apresentados, a metodologia deste estudo consistirá em três etapas específicas, sendo respectivamente: introdução aos conceitos fundamentais atinentes ao tema a partir de um levantamento bibliográfico, análise das decisões judiciais e disposições regulatórias e comparação entre os argumentos apresentados nestas decisões e trabalhos econômicos acadêmicos sobre a questão, propondo uma reflexão acerca dos pontos de convergência e divergência e avaliando, desta feita, a economicidade das soluções apresentadas. Sobre estas etapas, esclarece-se:

A conceituação básica relacionada ao tema seguirá uma abordagem qualitativa, tomando o artigo “The competitive effects of parity clauses on online commerce”, do professor Ariel Ezrachi, como marco teórico para introduzir a discussão sobre as cláusulas de paridade. Ademais, a perspectiva econômica trazida pelo autor também servirá de fundamento para as considerações a respeito da efetividade dos elementos jurídicos analisados. Outros trabalhos, como “Tariffs and the most favored nation clause”, de Kamal Saggi, também serão considerados na qualificação dos elementos centrais da discussão, sobretudo na consideração do percurso histórico das cláusulas de paridade em sua origem no Comércio Internacional.

Por sua vez, a análise da jurisprudência envolvendo cláusulas de paridade será feita a partir de dois eixos principais: uma primeira aná-

lise voltada para as decisões proferidas no contexto dos países europeus, com condições específicas de oferta, consumo e perfil das agências reguladoras; e uma segunda análise voltada para o contexto brasileiro, a partir da nota técnica nº 9/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE, proferida em 20 de março de 2018 pelo tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Para tanto, proceder-se-á uma síntese dos principais argumentos expostos nas referidas decisões.

Por fim, a partir dos pressupostos teóricos contidos na bibliografia acadêmica econômica sobre a aplicação das cláusulas de paridade – constituindo, portanto, uma análise econômica do Direito, ou seja, das razões econômicas que fundamentam a aplicação das cláusulas de paridade, e nesse ínterim, a adequada regulação do instrumento jurídico – comparar-se-á as decisões anteriormente mencionadas, elencando os pontos de convergência e divergência destas com a literatura econômica, a fim de evidenciar os critérios fundamentais a serem considerados na regulação do uso de cláusulas de paridade, em particular no mercado de plataformas de comparação de preço (*PCWs*). Caracteriza-se, enfim, o método qualitativo, analítico e comparativo aplicado no presente artigo (Dutra, p 200-201).

2. O QUE SÃO AS CLÁUSULAS *MOST FAVORED NATION* (*MFN*)

As cláusulas *MFN* consistem em um acordo firmado entre fornecedor e cliente, em que o compromisso prevê que as ofertas do fornecedor sejam igualmente favoráveis às estendidas aos demais clientes (Organização Mundial do Comércio, 1994). A origem desse artifício contratual está nas relações comerciais internacionais, inúmeros trabalhos já analisaram a cláusula, dentre estes, estudos que consideraram tanto a aplicação ao caso concreto, quanto abordagens históricas (Saggi, 2001).

O recorte selecionado, especificamente, para sua construção brasileira dá-se sobre a aplicação de tarifas alfandegárias aos diferentes contratantes. Nessa perspectiva, trata-se de um método de garantir essa equivalência de privilégios frente aos diferentes acordos firmados entre as nações (Thorstensen; Ramos; Muller, 2011). Conforme o estabelecido por esse princípio, tem-se que o contratante teria um ônus obrigacional na relação, de caráter imediato e incondicional.

No contexto de comércio internacional, isso objetiva: (i) garantir que nenhum país obtenha vantagem comercial em suas relações, evitando possíveis tensões; e (ii) proteger a estabilidade do sistema, aumentando sua previsibilidade. Essa influência direta sobre a relação fornecedor e cliente, buscando o cumprimento de uma relação entre oferta e demanda minimamente igualitária, são os principais objetivos das cláusulas *MFN*.

Assimilada a origem dessa ferramenta, passa-se ao contexto em que se inserem os atos das autoridades do antitruste ao redor do globo que utilizaram esse mecanismo em seus próprios contextos. Sua inserção nos contratos apreciados pelas agências de antitruste tem uma racionalidade e aplicação própria, de forma que ambas precisam ser entendidas a partir de um panorama inicial da teoria/doutrina disponível sobre a cláusula na perspectiva do direito concorrencial, distanciando-se das pressuposições originárias do comércio internacional (Thorstensen; Ramos; Muller, 2011).

Essa apresentação teórica fundamentou-se na análise de *papers* do Professor Ariel Ezrachi (2016) e em revisões críticas ao papel da cláusula (Vandenborre, 2016), tal recorte não tem por objetivo exaurir as possibilidades de aplicação desse mecanismo, mas sim, delimitar o objeto de estudo que é foco do professor de Oxford. As cláusulas *MFN* são versatilmente utilizadas dentre os arranjos contratuais, com especial destaque para seu uso intensificado nas relações de intermediação entre fornecedores de bens intermediários – os citados *PCWs* – no contexto da economia digital. Essa interação com as plataformas online permite aos fornecedores disponibilizarem seu produto/serviço ao consumidor final via *PCWs*. O objetivo desses intermediadores é gerar receita: (i) a partir do controle do tráfego – primeiras opções e sugestões relacionadas – na plataforma; (ii) com a comissão de vendas; e (iii) com a cobrança de valores pela publicidade nos vácuos de conteúdo (Vandenborre, 2016).

Outrossim, existe a dimensão da racionalidade econômica, que para o Professor Ezrachi a justificativa desta cláusula é explicada pela condição de relação vertical entre os *price comparison websites (PCWs)*¹ e os fornecedores. Seria um método de controle e uma diminuição do risco

¹ Termo utilizado para denominar o modelo de negócio das plataformas agregadoras de serviços/produtos de diversos fornecedores.

de *free riding*² por parte dos fornecedores, de modo que, nesses termos, ambas as partes obtêm vantagens econômicas com a realização do contrato, haja vista a redução das externalidades garantida pelo uso da cláusula de paridade. Ainda sobre as finalidades econômicas da aplicação das cláusulas de paridade, tem-se que, ao assegurar o lucro pelas plataformas de comparação de preço (*PCWs*), viabilizando a prestação do serviço oferecido, as cláusulas de paridade desempenham um importante papel na distribuição de informações relevantes aos consumidores (Ezrachi, 2016).

Ademais, vale destacar a assimetria de informação como um dos principais empecilhos ao pleno funcionamento do sistema concorrencial, uma vez que, com mais informações sobre os recursos disponíveis, mais eficiente é a alocação destes e melhor é a negociação entre os diferentes atores econômicos (Ezrachi, 2016). Por isso, ao assegurar a viabilidade das *PCWs*, as cláusulas de paridade podem promover efeitos benéficos ao sistema econômico como um todo, reduzindo os riscos próprios dos fornecedores e promovendo a satisfação dos interesses dos consumidores (Ezrachi, 2016).

Com essa justificativa, retoma-se então a própria cláusula *MFN*, esta comporta duas categorias: as de escopo restrito e as de escopo amplo (Ezrachi, 2016). A primeira tem uma aplicação limitada aos agentes diretamente vinculados à relação contratual, não atingindo os demais agentes econômicos do respectivo mercado relevante. Assim, por ter um alcance reduzido, é mais bem recebida pelas autoridades do anti-truste, sendo inclusive percebida por algumas como pró-competitiva e não danosa à dinâmica de mercado e seus aspectos concorrenciais.

Já a segunda categoria, das cláusulas de escopo amplo, é direcionada a uma proteção de larga escala que objetiva emparelhar os preços e termos ofertados pela plataforma aos ofertados pelo site do próprio fornecedor ou qualquer outra plataforma (Ezrachi, 2016). O destaque é necessário, pois essa cláusula limita quaisquer novas negociações que venham a ser mais baratas ou benéficas do que aquela, tornando-as expressamente proibidas, cria-se um efeito colusivo no mercado (Baker; Chevalier, 2013).

² Termo econômico que se refere ao caso de alguém que se beneficia de recursos, bens ou serviços sem pagar o custo do benefício, também chamado de efeito carona.

Por sua vez, essa preocupação atinge duas dimensões da dinâmica de mercado. No âmbito unilateral ela facilita as condutas de uniformização de preços. Essa padronização é explicada pelo efeito de ônus econômico a quaisquer incentivos ou descontos que pudessem ser ofertados, vez que, caso se oferte a um cliente, ao fornecedor é necessário estender os mesmos benefícios a todos os demais que contenham a cláusula, expressa ou tácita, em suas negociações. Ademais, essas condutas coordenadas têm o reflexo de elevação dos preços aos consumidores finais (Cooper, 1986).

A outra dimensão colusiva é, justamente, o efeito anticompetitivo gerado através do aumento do custo de entrada aos novos *players*. No meio das plataformas digitais é comum a adoção de políticas de lucro zero, ou até negativo, para atrair os consumidores frente às plataformas tradicionais. A presença da cláusula *MFN* de escopo amplo impede que ocorra essa entrada de novos *players* de modo competitivo no mercado (Baker; Morton, 2013).

Esses impedimentos tiveram diferentes reflexos diretos na economia, tanto em escala nacional quanto mundial, criando uma necessidade latente de que as autoridades antitruste direcionassem sua atenção à cláusula *MFN*, ainda que com vieses (por vezes) divergentes. Assim os tópicos seguintes passam, de maneira rápida, pelas experiências das Cortes Europeias, com destaque para o caso alemão, e o do próprio CADE, estabelecendo um diálogo comparativo entre as autarquias do direito concorrencial.

3. ANÁLISE DO CASO BOOKING.COM NAS AUTARQUIAS

Para essas análises é necessário partir da ciência de que cada uma destas autarquias é organizada por normas governamentais distintas, especialmente no que tange a sua particular maneira de regular e penalizar as condutas anticompetitivas. Assim, dentro do recorte objetivado, iniciaremos pelo panorama europeu, em que a *National Competition Authorities (NCAs)* e a *European Union's enforcement institution* tiveram a interpretação – verificada por suas condenações proibitivas – de que o modo como as plataformas estavam utilizando as cláusulas *MFNs* era lesivo ao mercado (Comissão Europeia, 2013).

Essa percepção se baseia em uma potencial infração ao artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: nesta seção é proi-

bida a prática de acordos que possam prevenir, restringir ou distorcer a competição (Comissão Europeia, 2008). Para outros autores, o artigo 102 deste mesmo tratado, que versa sobre o abuso de posição dominante, pode (também) ser utilizado como mecanismo legislativo apto à fundamentação das condenações pela prática da conduta em questão (Akman, 2016).

Em um viés mais específico, na Áustria a discussão foi retomada, em 2016, por meio de uma emenda ao *Federal Act against Unfair Competition 1984* e o *Price Labelling Act*, no qual proibiu-se de modo geral e irrestrito o uso das cláusulas de paridade de preço (*MFN*) em contratos entre fornecedores e *PCWs* (Comissão Europeia, 2021)³. A Bélgica seguiu esse mesmo movimento, em dezembro de 2017, notificou ao parlamento o projeto de uma lei similar, ligada ao banimento de cláusulas *MFN*, este entrou em vigor em julho de 2018 concretizando, similarmente, a proibição geral e irrestrita às cláusulas de paridade de preço (Mathis; Tor, 2019).

A autarquia dinamarquesa (*Konkurrence-og Forbrugerstyrelse*) protagonizou uma pesquisa sobre a implementação das cláusulas de paridade e os *PCWs*, publicado em fevereiro de 2019, investigando os possíveis riscos e reflexos que seriam causados pela restrição (Dinamarca, 2019). Nesse estudo demonstrou-se que os dois maiores *players* detêm 30% do mercado relevante – a Booking.com e a Expedia – porém, a maioria das reservas hoteleiras ocorria por fora das plataformas.

Ademais, constatou-se que mais de um terço dos hotéis não tinha conhecimento das alterações nas cláusulas de paridade, realizadas em 2015 com as duas plataformas citadas. Insta destacar essa informação pois estas alterações eram presumidamente benéficas aos hotéis, uma vez que possibilitariam a eles que ofertassem preços menores que os da plataforma – exceto em seus próprios websites. De tal modo, ainda que exista a proibição europeia às cláusulas amplas, as cláusulas de paridade com escopo restrito (*narrow clauses*) têm sido monitoradas pela autoridade dinamarquesa a fim de que possam ser utilizadas, uma vez que não sejam prejudiciais à concorrência.

Por outro lado, na França ocorreram divergências quanto à necessidade da proibição das cláusulas *MFN*. Isto se deu, pois, a autarquia francesa

³ A publicação de 2021 evidencia as questões decididas na Comissão de 2016.

(*Autorité de la concurrence*) verificou que o *free riding* poderia inviabilizar economicamente o funcionamento das PCWs. Todavia, em consonância com o movimento europeu, em agosto de 2015, foram proibidas quaisquer restrições ou imposições por parte das PCWs, permitindo que os hotéis tenham liberdade de ofertar diferentes condições de preço e serviço. Essa vedação legislativa, via Lei nº 2015-900, traz uma série de compromettimentos a serem realizados nos 5 anos seguintes, acordados pela plataforma Booking em relação às cláusulas do gênero em questão (França, 2015).

A autarquia italiana (*Autorità garante della concorrenza e del mercato*) seguiu a tendência europeia e decretou legislativamente a nulidade de todas as cláusulas de paridade. A Lei Anual do Mercado e da Concorrência nº 124-2017 foi promulgada para complementar a Lei Nacional da Concorrência, ressaltando-se que esta complementação tem em seu artigo 166 o texto atinente à nulidade, de modo generalizado, a todo e qualquer mecanismo contratual que inviabilize ou impossibilite os hotéis de ofertarem melhores condições que às das plataformas distribuidoras (Itália, 2017).

Na Suécia, em julho de 2018, foi imposta à Booking.com a remoção das cláusulas *MFN* em todos os contratos com hotéis suecos, concedendo 3 meses para a retirada total, com pena de uma multa no valor à época maior que 15 milhões de reais. Tal decisão partiu da autarquia responsável (*Stockholms Tingsrätt Patent - och marknadsdomstolen*), que buscava reprimir a conduta anticompetitiva empenhada pela PCW. Entretanto, em maio de 2019, em razão da falta de comprovação dos efeitos pretendidos, a proibição das cláusulas de paridade foi revogada e as acusações contra a Booking.com foram retiradas, assim, o julgamento foi extinto, de modo a impedir possíveis apelações. Tal configuração ampara-se na interpretação da corte de que a proibição de tais cláusulas não representa restrição à competitividade (Suécia, 2019).

A análise do caso alemão, ainda que tenha sido a autarquia pioneira no caso Booking.com, foi propositalmente deixada por último, em razão do importante diálogo construído com a decisão da autarquia brasileira – tópico seguinte. A Agência Antitruste Federal alemã (*Bundeskartellamt*), em outubro de 2012, iniciou sua investigação a respeito das cláusulas de paridade no site da Amazon, à época detentora de

30-40% do mercado relevante de comércio *online* alemão. Nessa investigação foram constatados os efeitos anticompetitivos gerados pela cláusula, e após essa verificação a Amazon – em um intervalo de 10 meses – retirou voluntariamente as condições de paridade de preço no panorama europeu, levando a agência alemã a encerrar o caso (Alemanha, 2013).

O *Bundeskartellamt*, em 2013, chegou à primeira decisão sobre as cláusulas de escopo amplo. Nessa normativa, a gigante hoteleira alemã (HRS) foi: (i) proibida de impor qualquer imposição de paridade de preço; e (ii) obrigada a retirar tal cláusula de todos os contratos vigentes. Essa denúncia, frente à HRS, é fundamentada no art. 101 do TFUE, e, em uma posição doutrinária minoritária, acrescenta-se o art. 102 – ambos supracitados – ademais, dá início a investigação da Booking.com e da Expedia.

Em 2015, contrariando a decisão da autarquia federal, a *Düsseldorf Higher Regional Court* (Tribunal Regional Alemão) sustentou que a limitação imposta à companhia hoteleira afetava sua liberdade de ação (Alemanha, 2019). Para tanto, utilizou-se de uma argumentação econômica que defendia a importância das cláusulas de paridade de preço como mecanismos essenciais ao bom funcionamento das plataformas no mercado à jusante (*downstream*) – um modo de dirimir o *free riding* (Alemanha, 2019). Essa decisão do Tribunal Regional teve repercussões nas autarquias de hierarquia superior, as quais desaprovaram publicamente a conduta.

Em resposta, o *Bundeskartellamt*, em 22 de dezembro de 2015, proibiu *expressamente* a Booking.com de utilizar em sua plataforma a *best price clause* – a chamada cláusula *MFN* de escopo amplo – e obrigou-a a excluir esta cláusula de todos os contratos e termos que afetassem hotéis alemães, no prazo máximo de 31 de janeiro de 2016. Tal decisão entrou imediatamente em vigor e foi apelada utilizando-se a decisão regional supracitada como contra-argumento. Contudo a autarquia federal reafirmou os argumentos econômicos utilizados em sua primeira condenação. Concluindo, a única questão relevante ao tribunal foi a respeito das cláusulas de paridade restrita e seus possíveis efeitos pró competitivos em um cenário não-restritivo (Alemanha, 2015). Assim, ainda que a Booking.com tenha contestado a decisão, em 2019, com sucesso, o *Bundeskartellamt* interpôs recurso, deixando a discussão ainda em aberto, com possíveis desdobramentos futuros.

4. ANÁLISE DO BOOKING SEGUNDO O CADE

No Brasil, por sua vez, a nota técnica emitida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) deu-se a partir de uma representação protocolada pelo Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil (FOHB), em razão de supostas práticas anticoncorrenciais decorrentes do uso de cláusulas de paridade (*MFN clauses*) pelas agências de viagem *online* Expedia do Brasil Agência de Viagens e Turismo Ltda., Decolar.com Ltda. e Booking.com Brasil Serviços de Reserva de Hotéis Ltda. Segundo a representante, o uso de tais cláusulas restringia o livre exercício da atividade econômica dos hotéis, que eram impedidos de oferecer melhores condições negociais em suas próprias plataformas *online* ou mesmo para outras agências de viagem *online*. Configurar-se-ia, dessa forma, infração à ordem econômica, conforme art. 36, I e IV, c/c §3o, III, IV e IX, da Lei nº 12.529/2011 (CADE, 2018).

Sobre o conteúdo da nota técnica, há inicialmente uma breve análise dos efeitos concorrenciais e da racionalidade econômica que fundamentam o uso das referidas cláusulas, destacando a importância das cláusulas de paridade como forma de se evitar o “efeito carona” sobre o serviço prestado pelas plataformas, de acordo com o argumento das agências de viagem *online* (denominadas por OTAs – *online travel agencies* – e equivalentes aos PCWs – *price comparison websites* – citados por Ezrachi). Já sobre os efeitos negativos, o tribunal do CADE elencou dois principais: *i*) a uniformização dos preços praticados nas plataformas de distribuição, haja vista que a possibilidade de negociação entre as agências *online* e os hotéis é restrita pelas cláusulas de paridade, não havendo incentivos, tampouco a possibilidade de oferta de condições negociais que favoreçam os consumidores finais; *ii*) a criação de barreiras à entrada de novas agências de viagem *online*, mesmo para empresas dispostas a oferecer serviços melhores em condições mais favoráveis, uma vez que o mercado e as melhores posições negociais já se encontram ocupados pelas grandes empresas do segmento, sendo essa estabilidade garantida pelo uso das cláusulas de paridade (CADE, 2018). Ademais, a nota diferencia as cláusulas de paridade de escopo amplo das de escopo reduzido, conforme já definidas anteriormente.

Em sua fundamentação, o tribunal do CADE trouxe ainda soluções apontadas em decisões de entidades estrangeiras, como a proferida pela agência antitruste alemã *Bundeskartellamt* em 2015. Em conformidade com os efeitos nocivos das cláusulas de paridade apontados pelo CADE, a agência alemã alegou: I) a restrição à liberdade econômica dos hotéis, impossibilitados de definir livremente os preços de seu serviço; II) a homogeneização dos preços e restrição à entrada de novas OTAs; III) o controle de grande parcela do mercado pela empresa Booking.com, demonstrando os efeitos anticoncorrenciais da prática. Ademais, diante da ausência de demonstração de ganho de eficiência econômica pelo uso das cláusulas *MFN*, restou decidida pela agência alemã a necessidade de proibição do uso de cláusulas de paridade, tanto de escopo amplo quanto de escopo reduzido (CADE, 2018).

Contudo, tal vedação absoluta tomada pela *Bundeskartellamt* não é unânime: outras agências estrangeiras que apreciaram os efeitos concorrenciais e anticoncorrenciais do uso das cláusulas de paridade, como as da Itália, França, Suécia – em cooperação com a Comissão Europeia – Austrália e Nova Zelândia, não restringiram a possibilidade de aplicação das cláusulas de paridade de escopo restrito. Esta solução proposta corrobora a racionalidade econômica arguida pelas OTAs, destacando as vantagens decorrentes do serviço prestado pelas plataformas *online* e o risco de *free riding* (o acima mencionado “efeito carona”). Por outro lado, a nota cita também soluções estabelecidas pela via legislativa na França e na Áustria, que baniram completamente o uso das cláusulas (CADE, 2018).

Diante das soluções apresentadas a partir dos casos estrangeiros, e considerando ainda um Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC), proposto pela empresa Booking.com, em que esta se comprometia a cessar o uso de cláusulas de paridade amplas, optou o tribunal do CADE pela vedação apenas à aplicação das cláusulas *MFN* de escopo amplo, destacando a possibilidade de uso das cláusulas de escopo reduzido como uma solução para equilibrar os interesses e argumentos contrapostos na questão (CADE, 2018). Outrossim, especifica-se que o escopo restrito destas cláusulas contempla as seguintes situações: I) vagas ofertadas em *website* próprio do hotel ou de seu grupo econô-

mico; II) vagas ofertadas em *websites* de *metasearch* diretamente pela rede hoteleira; III) vagas vendidas em canais *off-line*, mas com divulgação em canais *online*. Resta proibida sua aplicação nos seguintes contextos: I) vagas reservadas através de outras OTAs; II) vagas reservadas por canal *online* de acesso restrito; III) vagas reservadas em canais *off-line* em geral; IV) em reservas que envolvam um maior número de vagas do que as negociadas com a OTA. Todavia, foi reforçada a possibilidade de eventual restrição às cláusulas de escopo restrito, em caso de constatação futura dos efeitos nocivos inerentes à sua aplicação (CADE, 2018).

5. COMPARAÇÃO ENTRE A CIÊNCIA ECONÔMICA E AS DECISÕES DAS AGÊNCIAS ANTITRUSTE

Apresentadas as diferentes medidas legislativas e administrativas tomadas por agências antitruste e governos estrangeiros para dar conta dos possíveis efeitos anticoncorrenciais decorrentes da aplicação das cláusulas de paridade, propõe-se nesse ponto comparar os entendimentos que fundamentaram estas decisões com a abordagem acadêmica da teoria econômica. Para tanto, toma-se por ponto de partida alguns argumentos comuns sobre os efeitos negativos das cláusulas de paridade de escopo amplo, isto é: a homogeneização dos preços e a criação de barreiras à entrada de novas OTAs.

Nesse sentido, denota-se que a homogeneização dos preços relaciona-se diretamente com a ausência de possibilidade de escolha ao consumidor de canais de reserva de menor complexidade e custo inerente inferior por seu preço adequado, uma vez que estes canais, diante da aplicação das cláusulas de paridade por canais *online* de maior custo inerente, têm sua possibilidade de utilização pelos hotéis – a preços menores – restrita, elevando conseqüentemente os preços finais de reserva. Enquanto isso, ao assegurar melhores condições negociais, tal prática garante maiores lucros com preços finais inferiores às grandes plataformas *online*. Tem-se assim um fenômeno de subsídio cruzado, em que os consumidores, sobretudo os de baixo poder aquisitivo, interessados no uso de canais de custo inferior, são prejudicados pela homogeneização dos preços decorrente da aplicação das cláusulas de paridade (Boik; Courts, 2016). Há, deste modo, uma convergência entre os efei-

tos previstos pela análise econômica e os argumentos normativos das agências antitruste.

Outrossim, aborda-se dentre os possíveis efeitos negativos decorrentes das cláusulas *MFN* a criação de barreiras à entrada de novas plataformas neste nicho do mercado. Tal fenômeno se dá uma vez que, estando as melhores condições negociais já restritas pelas cláusulas de paridade a plataformas já consolidadas, as plataformas entrantes e menores têm como única opção a redução de seus lucros como forma de oferecer preços finais mais atrativos aos consumidores (Baker; Morton, 2018).

Logo, há uma redução de incentivo à entrada de novas plataformas no setor, sobretudo de plataformas com modelos de serviço diferentes das plataformas hegemônicas, uma vez que as condições negociais – enrijecidas pela cláusula de paridade – são postas em consonância com o modelo de negócio das plataformas maiores (Boik; Corts, 2018). Constitui-se desta forma uma clara barreira à entrada de empresas concorrentes e mesmo à inovação do serviço prestado pelas plataformas de comparação de preço, causada pelas cláusulas *MFN*. Deve-se atentar ainda para a interligação dos efeitos anticompetitivos mencionados, uma vez que a homogeneização dos preços atua como barreira à entrada de novas *OTAS*, ao mesmo tempo em que a concentração de mercado expande o processo de homogeneização dos preços, de forma que há nítida restrição ao poder de escolha dos consumidores.

Em consonância com os efeitos negativos presumidos nas regulamentações propostas ao uso das cláusulas de paridade, destacam-se alguns estudos quantitativos realizados após estas proibições. De início, tem-se que os primeiros estudos, empreendidos logo após as proibições, tiveram resultados pouco conclusivos na análise das taxas de comissão, das variações de preço e da oferta de quartos, fato que pode ser explicado pelo curto espaço de tempo entre as normas reguladoras e as pesquisas, acarretando certas limitações a estes trabalhos, como o desconhecimento por parte dos hotéis da proibição de uso das cláusulas *MFN* (Niels, 2017).

Contudo, estudos posteriores puderam constatar os efeitos pró competitivos da proibição, sobretudo a partir da redução dos preços de reserva dos quartos ofertados pelas plataformas e de um estímulo à inovação e à melhora do serviço prestado, tendência encabeçada pela

Booking.com (Mantovani; Piga; Reggiani, 2017). Associa-se, com isso, a proibição do uso de cláusulas de paridade à redução dos preços e à diversificação dos modelos de negócio sujeitos às escolhas dos consumidores, resultado já antecipado na descrição dos efeitos negativos associados ao uso destes instrumentos contratuais.

Todavia, não se pode olvidar os possíveis efeitos positivos, implícitos na racionalidade econômica das cláusulas de paridade, responsáveis por supostamente evitar o “efeito carona” e viabilizar o serviço prestado pelas plataformas de comparação de preços, com efeitos pró competitivos, principalmente em função da distribuição de informações úteis aos consumidores (Ezrachi, 2016). Estes efeitos benéficos, dentre outros como a redução da incerteza em contratos de longo prazo e redução do tempo e dos custos de negociação, são verificáveis especificamente em contextos de mercados não-concentrados (Diniz et al, 2016). Nos mercados concentrados, por outro lado, os efeitos das cláusulas de paridade tendem a assumir um viés anticompetitivo (Diniz et al, 2016).

Denota-se, desta feita, a importância da consideração da relevância dos agentes econômicos em sua participação no mercado na análise das diferentes hipóteses de aplicação das cláusulas de paridade, com seus respectivos efeitos benéficos ou maléficos para a competição no setor (Salop; Morton, 2013). Ademais, urge retomar o fato de que este nicho de mercado já é caracterizado pela alta concentração, sendo a hipótese em mercados não-concentrados uma exceção (Mantovani; Piga; Reggiani, 2017).

A discussão destes efeitos positivos das cláusulas *MFN* assume grande importância para a regulação das agências antitruste, especialmente na validação do uso das cláusulas de paridade de escopo estrito. Como apresentado anteriormente, o principal ponto de divergência entre os órgãos de proteção econômica – sobretudo os europeus e o brasileiro – está na possibilidade (ou não) da aplicação das denominadas cláusulas de escopo reduzido, as quais objetivam estabelecer restrições apenas a alguns preços paralelos aos anunciados pelas plataformas *online*, em geral os preços praticados pelos próprios hotéis em seus canais *online* de reserva (Ezrachi, 2016).

Nesse sentido, reafirma-se a grande valia dos estudos quantitativos realizados após a proibição destas cláusulas, que buscaram avaliar o

desempenho econômico das plataformas de comparação de preço após a proibição total das cláusulas *MFN*. Sua diferença para alguns dos estudos citados anteriormente está justamente em ir além da mera discussão abstrata, que, por mais que busque formular um modelo que dê conta do máximo de elementos da realidade, está sempre sujeita a operar apenas no campo hipotético (Bundeskartellamt, 2020).

Assim, tem-se por primeira conclusão de que a proibição absoluta do uso das cláusulas *MFN* não prejudicou o desempenho das plataformas de comparação de preço, especificamente da empresa Booking.com no contexto do mercado hoteleiro alemão (Bundeskartellamt, 2020). No caso analisado, a empresa manteve certos indicadores – como quantidade de hotéis parceiros, número de funcionários e investimento em publicidade – dentro da normalidade. Ademais, sua posição no mercado foi elevada, consolidando-se como líder do segmento de plataformas *online* de reserva de quartos na Alemanha (Bundeskartellamt, 2020).

Outrossim, a segunda consideração reside no fato de que os hotéis reconhecem a importância das plataformas de comparação de preços para suas vendas, de forma que a atividade de empresas com a Booking.com tornou-se parte intrínseca do setor, sendo necessária para a atividade hoteleira no contexto alemão. Ainda que atualmente os hotéis foquem mais em seus próprios canais de reserva, não há interesse no fim dos serviços prestados pelos *websites* de reserva, uma vez que são responsáveis por cerca de 75% das reservas *online* (Bundeskartellamt, 2020).

Deste modo, denota-se que o chamado *free riding*, que inviabilizaria a atividade de plataformas como o Booking.com, não é de interesse do setor hoteleiro, que não só oferece seus quartos, mas também ativamente dispõe e age em função das ferramentas derivadas do serviço das plataformas, como o mecanismo de avaliação dos quartos. Além disso, muitos hotéis mantêm certas práticas de diferenciação de preço, com o detalhe de que agora esta ação é consequência da estratégia de venda dos hotéis e não de uma obrigação contratual (Bundeskartellamt, 2020).

Por sua vez, as demais afirmações residem no comportamento dos consumidores. Em um primeiro ponto, discute-se o fato de que a maioria dos consumidores não compara os preços oferecidos, reservando no

primeiro canal de vendas em que encontram as vagas (Bundeskartellamt, 2020). Com isso, conforme os dados da pesquisa que estipulam que cerca de 99% dos consumidores *online* que ainda não conhecem as acomodações reservadas adotam esse comportamento, denota-se, novamente, que o tão argumentado risco de *free riding* não é relevante, tampouco justificaria o uso das cláusulas de paridade (Bundeskartellamt, 2020).

Dando sequência na análise do comportamento dos consumidores, é apresentada uma outra consideração relevante na discussão: a maior parte dos consumidores que utiliza os canais de reserva *online* próprios dos hotéis já tem alguma familiaridade com o estabelecimento (Bundeskartellamt, 2020). Logo, tais reservas não estão diretamente ligadas ao serviço prestado pelas plataformas *online* – a pesquisa destaca ainda canais alternativos, como o *website* de buscas *Google.com* – de forma que, aliada à proposição anterior que afirmava que os consumidores que utilizam estes canais de venda costumam, na maioria dos casos, efetuar as reservas pelos próprios canais, resta demonstrado que a prevenção do “efeito carona” não constitui uma justificativa legítima para o uso das cláusulas de paridade (Bundeskartellamt, 2020).

6. CONCLUSÃO

Conforme a comparação empreendida entre o tratamento dado às cláusulas de paridade por diferentes normativas ao redor do mundo e a percepção da ciência econômica, em suas diferentes abordagens, a respeito do tema, toma-se aqui por conclusão que uma disposição regulatória adequada deve, sobretudo, partir das condições próprias do mercado relevante analisado, para então compreender como os argumentos, proferidos no campo hipotético, concretizam-se na economia. Destarte, com base na distinção entre cláusulas de escopo amplo e cláusulas de escopo reduzido, propõem-se aqui duas abordagens distintas. Da análise realizada, resta evidente o consenso das diferentes abordagens mencionadas sobre a lesividade e anticompetitividade inerentes à aplicação das cláusulas de paridade de escopo amplo pelas plataformas *online* de comparação de preço. Tais cláusulas são unanimemente vinculadas aos efeitos como a uniformização dos preços e a criação de barreiras à

entrada de competidores, afetando a liberdade de hotéis e dos consumidores finais e desincentivando a inovação no setor. Nesse sentido, corrobora-se a proibição desta modalidade do instrumento jurídico nos contratos firmados entre os estabelecimentos e as agências de reserva *online*.

Por sua vez, demonstrou-se a existência de divergência no tratamento conferido às cláusulas de paridade de escopo restrito ao redor do mundo, tanto pela doutrina econômica quanto pelas disposições regulatórias. De uma perspectiva, alega-se que essas cláusulas seriam necessárias para coibir o *free riding* e, assim, viabilizar o serviço prestado pelas plataformas *online*, de suma importância na distribuição de informações relevantes aos consumidores e na divulgação dos serviços prestados pelos hotéis (Ezrachi, 2016). Outrora, argumenta-se que essa variedade das cláusulas de paridade provoca também os efeitos anticompetitivos associados às cláusulas de escopo amplo, de forma que uma proibição absoluta do uso das cláusulas de paridade se faria necessária.

Diante desse debate, postula-se pela necessidade de avaliações concretas sobre o contexto econômico em que se inserem as cláusulas de paridade a serem reguladas. Desse modo, dois elementos ganham especial relevância para uma solução adequada: deve-se considerar, dentre outros aspectos, o perfil de consumo da população e a concentração do mercado ocupado pelas plataformas *online* (Bundeskartellamt, 2020). A partir desses dados, será possível avaliar os riscos concretos de *free riding* ou do uso abusivo das cláusulas de paridade, e, com isso, formular uma disposição regulatória que garanta um cenário de maior utilidade econômica.

REFERÊNCIAS

- AKMAN, Pinar. A competition law assessment of platform most-favored-customer clauses. **Journal of Competition Law and Economics**, Leeds, n. 781, dez. 2016.
- ALEMANHA, Bundeskartellamt. **Case B6-46/12**, Bundeskartellamt (Federal Cartel Office) vs. Amazon Services Europe S.à.r.l., Luxembourg (Amazon). Nov. 2013.
- ALEMANHA, Bundeskartellamt. **Case B9-121/13**, Bundeskartellamt (Federal Cartel Office) vs. Booking.com B.V./Booking.com (Deutschland) GmbH. Dez. 2015.
- ALEMANHA, Bundeskartellamt. The effects of narrow price parity clauses on online sales - Investigation results from the Bundeskartellamt's Booking pro-

ceeding. **Competition and Consumer Protection in the Digital Economy**, n. 7, ago. 2020. Disponível em: “Competition and Consumer Protection in the Digital Economy” : The effects of narrow price parity clauses on online sales - Investigation results from the Bundeskartellamt’s Booking proceeding. Acesso em: 07/06/2022.

ALEMANHA, Oberlandesgericht Düsseldorf. **Case VI-Kart 1/19 (V)**, Bundeskartellamt (Federal Cartel Office) vs. Facebook Inc., Facebook Ireland Ltd. & Facebook Deutschland GmbH. Ago. 2019.

BAKER, Jonathan B.; CHEVALIER, Judith. The Competitive Consequences of Most-Favored-Nations Provisions. **Antitrust Magazine**, Redding, v. 27, n. 2, abr. 2013.

BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona Scott. Antitrust Enforcement Against Platform MFNs. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 127, nº 7, mai. 2018.

BOIK, A.; CORTS, K. S. The Effects of Platform Most-Favored-Nation Clauses on Competition and Entry. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 59, n. 1, fev. 2016.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Nota Técnica nº 9/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE**, 2018. Disponível em: SEI/CADE - 0456044 - Nota Técnica. Acesso em: 07/06/2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Case COMP/39.847**: Commitment decision, jul. 2013.

COMISSÃO EUROPEIA. **Consolidated version of the treaty on the functioning of the European Union**, mai. 2008. Disponível em: 12012E/TXT - EN - EUR-Lex. Acesso em: 05/06/2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Informações das instituições, órgãos e organismos da União Europeia**, dez. 2021. Disponível em: Comunicação da Comissão — Orientações sobre a interpretação e a aplicação da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu. Acesso em: 05/06/2022.

COOPER, Thomas E. Most-Favored-Customer Pricing and Tacit Collusion. **The RAND Journal of Economics**, Santa Monica, v.17, n. 3, 1986.

DINAMARCA, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. **Bookingplatforme, hoteller og forbrugere**, København, fev. 2019.

DINIZ et. Al. Most favored nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline. **European Journal of Law and Economics**, Cham, v. 42, p. 129–155, 2016.

DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, 2016.

EZRACHI, Ariel. The competitive effects of parity clauses on online commerce. **European Competition Journal**, Londres, vol. 11, mar. 2016.

FRANÇA. **LOI n°2015-990**: pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, ago. 2015. Disponível em: LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (1) - Légifrance. Acesso em: 05/06/2022.

ITÁLIA. **Legge annuale per il mercato e la concorrenza**: n. 124, ago. 2017. Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana, Roma, n. 189, ago. 2017.

MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio; REGGIANI, Carlo. **The dynamics of online hotel prices and the eu Booking.com case**. Networks, Electronic Commerce, and Telecommunications ("NET") Institute, Working Paper vol. 17, n. 4, set. 2017. Disponível em: http://www.netinst.org/Mantovani_17-04.pdf. Acesso em: 07/06/2022.

MATHIS, Klaus; TOR, Avishalom. **New developments in competition law and economics**. 1. ed. Suíça: Springer, , 2019.

NIELS, Gunnar. **Parity agreements and theories of harm in the hotel booking sector: a 'no-show'?**. Oxera Agenda, jun. 2017. Disponível em: Parity agreements and theories of harm in the hotel booking sector: a 'no-show'? - Oxera. Acesso em 07/06/2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). **Decreto n° 76.032 de 25/07/1975**: Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1994 (GATT 94), Artigo I, 1994. Disponível em: ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS ADUANEIRAS E COMÉRCIO 1947 (GATT 47). Acesso em: 05/06/2022.

SAGGI, Kamal. **Tariffs and the most favored nation clause**. Department of Economics, Southern Methodist University, Dallas, mar. 2001.

SALOP, Steven.; MORTON, Fiona. Developing an Administrable *MFN* Policy. **Antitrust by the American Bar Association** vol. 27, p. 15–19, 2013.

SUÉCIA, Patent- och marknadsdomstolen. **Case PMT 7779-18**: Decision of Court of Appeal (Svea Hovrätt Patent-och marknadsöverdomstolen), mai. 2019.

THORSTENSEN, Vera; RAMOS, Daniel; MULLER, Carolina. **O princípio da nação mais favorecida e os desalinhamentos cambiais**. Nota Técnica, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, dez. 2011.

VANDENBORRE, Ingrid; FRESE, Michael. Most Favored nation Clauses Revisited. *European Competition Law Review*, v. 12, p. 588-593, 2014.

A Revista Jurídica Themis, organizada pelo Centro Acadêmico Hugo Simas, é instituto cerne da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná: produto do ensino, da pesquisa, da extensão e da vivência prática dos discentes, por meio de grupos de estudos, ou individualmente, durante a sua trajetória nas colunas do Prédio Histórico.

Trata-se de periódico tradicional da Faculdade de Direito da UFPR, editado pelos próprios estudantes, e que abrange a publicação de artigos desenvolvidos sobre as mais diversas áreas do direito. A Revista Themis coleciona publicações de alunos brilhantes, e que se tornaram profissionais excepcionais em suas áreas, muitos dos quais posteriormente retornaram à Faculdade de Direito da UFPR como professores, mes-trandos, doutorandos, palestrantes de eventos, ou mesmo membros das bancas de avaliação da Revista Themis.

Esperamos que a Revista Jurídica Themis continue incentivando o desenvolvimento das carreiras acadêmicas dos discentes, e fomentando a realização da pesquisa na Faculdade de Direito da UFPR.

Nesta edição de nº 33, organizada pela gestão Chega de Saudade (2021/2022) do Centro Acadêmico Hugo Simas, a Revista Jurídica Themis contemplou importantes temas, nas áreas do Direito Constitucional, Direito Ambiental, Direito Penal e Direito do Trabalho. Além disso, a edição de nº 33 da Revista Themis buscou incentivar a produção acadêmica dos grupos de estudo da Faculdade de Direito da UFPR, contando com artigos elaborados pelo Grupo de Mediação e Negociação da Universidade Federal do Paraná e pelo Grupo de Direito e Economia da Concorrência.

Em um ano marcado por diversos desafios, dentre os quais o retorno gradual dos discentes às colunas do Prédio Histórico, após praticamente dois anos afastados das dependências físicas da Faculdade de Direito, em razão da pandemia da Covid-19, é uma verdadeira conquista verificar que a produção jurídica dos discentes se manteve firme, por meio do estudo contínuo e do pensamento crítico, próprios da tradição secular da Faculdade de Direito da UFPR.



EDITORA ÍTHALA



ithala.com.br