

conceito jurídico

ano | | março de 2017 | nº 03



Alexandre Triches

A Previdência pública jamais pode ser
um direito apenas para alguns p. 6

conceitojuridico.com


zakarewicz
editora

Exemplar de assinante. Venda proibida.

A publicidade infantil e as liberdades de criação, expressão de informação



IN VOGA

Eudes Quintino de O. Júnior

Crise no sistema penitenciário
e o Panóptico



TENDÊNCIAS

Marcos Cintra

Avanços e recuos da EC 95



CONJUNTURA

Leonardo Dias da Cunha

Pontos relevantes sobre o
Programa de Regularização Tributária

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO

conceito jurídico

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Celso Bubeneck, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguiê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelius van Aggelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Alice Monteiro de Barros, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Damásio E. de Jesus, Décio de Oliveira Santos Júnior, Edson de Arruda Camara, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Francisco Fausto Paula de Medeiros, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Gomes de Barros, Humberto Theodoro Jr., Igor Tenório, Inocêncio Mártires Coelho, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Nélson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Arte e Diagramação: Augusto Gomes

Revisão: MC Coelho - Produção Editorial

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luiz Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3225-6419

Redação e Correspondência

conceitojuridico@gmail.com

Revista Conceito Jurídico é uma publicação quinzenal da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

conceitojuridico@gmail.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.



zakarewicz
editora

Fernanda Caprio



ARQUIVO PESSOAL

Você faz política mesmo sem ser político

Política parece ser algo que está lá fora, mas, na verdade, fazemos política por minuto em nossas vidas diárias.

Pode não ser a política partidária, que depende de compartilhar e praticar a ideologia de um determinado partido político. Pode não ser a política de cargos eletivos, que depende de disputar as eleições e exercer mandato.

Na verdade, a política está mais perto de nós do que pensamos.

Fazemos política conforme o modo pelo qual nos relacionamos com o mundo. Se decidimos ser simpáticos ou antipáticos com as pessoas nas ruas, no trabalho ou na família estamos escolhendo nossa política de relacionamento. Se somos colegas de trabalho leais ou se somos do tipo que “puxa o tapete” para ganhar espaço estamos escolhendo nossa política de boa (ou má) vizinhança. Se cumprimos nossas funções no trabalho ou “matamos” o serviço estamos escolhendo nossa política profissional. Se somos íntegros ou dúbios estamos escolhendo nossa política de caráter. Se participamos de grupos ou não estamos escolhendo nossa política social. Se somos silenciosos ou barulhentos na forma de colocar opiniões estamos escolhendo nossa política de expressão. E não para aí.

O importante é que, independentemente das escolhas, podemos mudá-las a qualquer momento. E teremos mais ou menos ganhos com isso em nossas vidas práticas, ganhos estes que virão em forma de sorrisos, de amigos, de oportunidades, de portas abertas, de paz, de consciência tranquila, de crescimento pessoal.

Nosso país vem nos forçando a mudar de política. Com toda roupa suja sendo lavada em público, com os jornais trazendo à tona tudo o que era feio e estava escondido, com o resultado disso tudo pesando em nosso bolso em forma de custo de vida mais alto, combustíveis mais caros, juros exorbitantes. Estamos aprendendo na prática e verdadeiramente que “o crime não compensa”.

Então, essa é uma chance ímpar: mudar nossa política é para já! Adotar a transparência em todas as nossas falas e atitudes, sermos colegas de trabalho mais leais, prestadores de serviço mais eficazes, pessoas mais decentes, amigos mais fiéis, pessoas mais íntegras, é demonstrar que somos bons políticos e, por consequência, bons cidadãos.

Certamente, como uma coisa puxa a outra, isso nos levará invariavelmente à mais receptividade no mundo e mais portas abertas.

Portanto, fazer a política do bem é a melhor expressão da “lei do ganha, ganha” e a melhor forma de ser cidadão. **■**

FERNANDA CAPRIO é advogada eleitoral. Mestranda em Políticas Públicas pela UNESP/Franca-SP. Pós-graduada Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela Claretiano Centro Universitário (2012). MBA Gestão Estratégica de Marketing pela Fundação Getúlio Vargas FGV (2006). MBA Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas FGV (2004). Pós-graduada em Direito das Obrigações pela UNESP-Faperp (1998). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto UNIRP (1996). fernandacaprio.ma@gmail.com

SUMÁRIO

3

COM A
PALAVRA

Você faz política mesmo sem ser político

Fernanda Caprio

11

COMO DECIDEM
OS TRIBUNAIS

Direito à creche e os limites do Poder Judiciário

Leonardo Roscoe Bessa e Leonardo Henrique D'Andrada Roscoe Bessa

17

PAINEL
ECONÔMICO

Luz no Fim do Túnel?

Armando Castelar

23

PAINEL DO LEITOR

Responsabilização tributária no novo CPC

Breno F. M. Vasconcelos e Maria Raphaela D. Matthiesen

28

CAPA

A publicidade infantil e as liberdades de criação, expressão de informação

Ana Emília Bressan Garcia

76

GESTÃO EM-
PRESARIAL

Ser gerente virou um pesadelo corporativo

Rafael Souto

6

ENTREVISTA

A Previdência pública jamais pode ser um direito apenas para alguns

Alexandre Schumacher Triches

14

PROPOSTAS E
PROJETOS

Abusividade de renovação automática de contratos de prestação de serviços

Ezequiel Frandoloso

20

DIREITO E BIOÉTICA

UTI versus intubação Vale a pena exercer o direito de viver em casos graves reversíveis?

Angélica Francine Chermicoski

26

DESTAQUE

Morosidade processual extrema

Almir Pazzianotto Pinto

73

IN VOGA

Crise no sistema penitenciário e o Panóptico

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

78

ENFOQUE

2ADV: como a inteligência artificial e os novos modelos disruptivos vão transformar a advocacia e o peticionamento eletrônico

José Antonio Milagre

82

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

A prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa e o tema 897, do e. Supremo Tribunal Federal

Gina Copola

86

TENDÊNCIAS

Avanços e recuos da EC 95

Marcos Cintra

88

VISÃO JURÍDICA

Esquizofrenia e crime violento: uma parceria

Daniella Chammas

92

CONJUNTURA

Pontos relevantes sobre o Programa de Regularização Tributária

Leonardo Dias da Cunha

97

PORTAL JURÍDICO

Fatores psicossociais de risco: análise a partir da Instrução Normativa nº 98 do INSS

Carla Maria Santos Carneiro e
Kátia Barbosa Macêdo**113**

CONTEXTO

Programa de integridade é eficaz para atrair investimento estrangeiro

Maria Sylvia de Toledo Ridolfo e
Isabela Amorim Diniz Ferreira**115**

DOCTRINA

Os limites ético-políticos da “hospitalidade universal” kantiana pela ótica do pensamento de Jacques Derrida

Nerissa Krebs Farret

121

PONTO DE VISTA

Logística reversa para todos

Fabricio Soler

ESPAÇO RESERVADO PARA APOIADORES

A Previdência pública jamais pode ser um direito apenas para alguns

POR ALEXANDRE SCHUMACHER TRICHES



ARQUIVO PESSOAL

Advogado com atuação especializada na área previdenciária. É professor de Direito Previdenciário no Centro Universitário CNEC, bem como no curso de Especialização da Uniritter, CNEC/IESA, IMED, no curso Verbo Jurídico e na Unijuí. É autor de obras e artigos sobre a temática do Direito Previdenciário.

REVISTA CONCEITO JURÍDICO – *A previdência pública jamais pode ser um direito apenas para alguns. Do contrário, será tornará um privilégio. A que se refere esta expressão?*

ALEXANDRE SCHUMACHER TRICHES – O discurso governamental sobre o tema defende a necessidade de reformar hoje para garantir a previdência amanhã. Caso seja aprovada a proposta de reforma da Previdência protocolada no Congresso Nacional pelo governo federal, o nível de proteção social das pessoas que contribuem para o INSS será restringido sobremaneira. Para se atingir os benefícios serão necessários o cumprimento de diversas regras, o salário integral será quase impossível de ser alcançado e, ainda, os benefícios assistenciais serão reduzidos. Se, paralelamente a isso, forem mantidos sistemas previdenciários específicos, também sob regime de repartição simples e de benefício definido, tais como para categorias profissionais, para congressistas e para as Forças Armadas haverá uma injustiça. E veja que esses sistemas previdenciários referidos são reconhecidamente deficitários.

CONCEITO JURÍDICO – *O governo apresentou, em dezembro do ano passado, a PEC 287/16, também denominada Reforma da Previdência. Qual a sua opinião acerca desta proposta de mudança constitucional?*

ALEXANDRE TRICHES – Nosso sistema previdenciário foi criado em 1988 com a Assembleia Nacional Constituinte. Os cenários social, político e econômico daquela ocasião eram completamente diferentes dos atuais. Não se tinha, por exemplo, muita ideia do que viria nos próximos anos. Olhava-se apenas para trás, para o período de exceção democrática, o qual foi pautado pelo desrespeito a direitos fundamentais. Veja que ingressamos nos anos 1990 e, de lá até hoje, as mudanças ocorridas no mundo são profundas. Houve a queda do Muro de Berlim, o fim da Guerra Fria, as desestatizações das grandes empresas públicas brasileiras, o controle da inflação, o advento da internet e o desenvolvimento social do Brasil. O mundo do trabalho foi completamente redimensionado. O acesso a bens de consumo também. São inúmeros fatores que nos convencem que o sistema previdenciário brasileiro precisa ser revisado. Do contrário, estaríamos defendendo um conservadorismo que sabemos que em nada colaboraria com o país. Veja que no serviço público essa revisão foi realidade, através de reformas que tiveram início em 1988. Reformar não é ruim, faz parte do cotidiano de qualquer pessoa. Porém, a reforma tem que propiciar um bem melhor do que aquele anterior à reforma.

CONCEITO JURÍDICO – *Que tipo de reforma, então, deveríamos fazer no sistema da Previdência do Regime Geral de Previdência Social?*

ALEXANDRE TRICHES – Precisamos de uma reforma que seja suficientemente discutida com a população, bem como que apresente dados corretos e que permita chegar a um consenso. Existe o Conselho Nacional da Previdência Social, órgão com participação de diversos setores da sociedade e cuja função é debater e deliberar sobre as políticas previdenciárias no país. Por que o texto não foi submetido a eles? Não podemos concordar com os discursos que não sejam embasados na realidade dos números, que induzem a população para um cenário de conflito e que, acima de tudo, não sejam debatidos diretamente com os especialistas nos temas e com quem será afetado com as mudanças: a sociedade civil. Lamentavelmente, esta é

a tônica integral do projeto de Reforma da Previdência contida na PEC nº 287/16. A maior confirmação do conflito instaurado pelo governo para a aprovação de um texto que não conta com o respaldo na população está na enorme quantidade de placas e “outdoors” custeados pelo governo federal nos aeroportos e nas ruas das grandes cidades do país defendendo a reforma previdenciária.

CONCEITO JURÍDICO – *É por isso que praticamente todas as entidades da sociedade civil têm se manifestado contra a reforma da previdência?*

ALEXANDRE TRICHES – Esta é a causa da rejeição que vem, logicamente, com inúmeras outras questões. Por exemplo: por que não debater a reforma dos congressistas? Por que não discutir as aposentadorias e pensões dos militares das Forças Armadas? Por que retirar, de última hora, da incidência das alterações do texto da PEC categorias profissionais sem maiores motivos justificadores? Isso é resultado de uma reforma que se quer ter aprovada a todo custo, independente do consenso e do debate. Isso, sem contar as distorções administrativas históricas do país, como os altos salários na administração pública, cargos em comissão em demasia, com salários superiores a servidores de carreira, bem como vantagens a carreiras que, por possuírem natureza indenizatória, fazem com que proventos ultrapassem o limite constitucional. A população chegou a um nível de indignação muito forte, replicado pelas redes sociais e incitado pela Operação Lava Jato.

CONCEITO JURÍDICO – *Neste início de debate sobre a reforma verificamos que um dos pontos mais debatidos é a existência do déficit. Você concorda que a Previdência Social seja deficitária?*

ALEXANDRE TRICHES – Segundo dados do governo, o rombo da Previdência Social é real e permanece aumentando, pois o sistema brasileiro é muito benéfico, possuindo inúmeras distorções. Corriqueiramente, ouvimos declarações de que nosso sistema precisa se adequar à realidade internacional, principalmente a europeia, que passou por uma forte onda reformista nos últimos anos. Não vejo como concordar integralmente com tal discurso. Ele é parcial e equivocado. Não podemos comparar a realidade do Brasil, país de dimensões continentais, com alta carga tributária e com população de mais de 200 milhões de pessoas com a dos países europeus. Estes, via de regra, minúsculos, muitas vezes são menores do que alguns estados de nossa federação. Além disso, o padrão de bem-estar social europeu é substancialmente superior ao brasileiro, o qual permite uma base para o debate completamente diferente da nossa. Dados confiáveis, tais como aqueles divulgados pela Fundação Anfip (Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil), no estudo denominado *Perspectivas da Seguridade Social*, demonstram que o sistema é superavitário (renda maior do que a despesa). O relatório revela que o discurso do déficit é falacioso, pois se origina no desrespeito ao artigo 165 da Constituição Federal de 1988, que prevê a criação no âmbito da União de três orçamentos. Alerta ainda para o fato de que por meio da DRU (Desvinculação de Receitas da União) os governos têm feito uso de valores do orçamento da Seguridade Social para cobrir déficits da União. Agora, logicamente que analisando o contexto dos benefícios, individualmente, vamos verificar distorções deficitárias importantes. E precisamos estar atentos a elas.

CONCEITO JURÍDICO – *E referente à idade mínima, o que poderia dizer?*

ALEXANDRE TRICHES – Não podemos concordar que o sistema previdenciário permita a concessão de benefício com pouca idade para trabalhadores comuns. Hoje, é possível que segurados se aposentem com menos de 55 anos de idade. Mesmo com a realidade do desempregado é muito cedo. Por outro lado, a regra atual, denominada fórmula 85/95 contempla a idade como vetor para a aposentadoria, impossibilitando a concessão de benefícios precoces e prestigiando os dois vetores: idade e tempo de contribuição. Talvez devêssemos manter a regra atual, apenas aumentando a exigência. Quem sabe uma fórmula 100/100, por exemplo? Percebemos que o governo federal apenas adquiriu o “produto” idade mínima da experiência reformista de países estrangeiros, quando, sabe-se, não podemos comparar a realidade do Brasil com a dos países europeus.

CONCEITO JURÍDICO – *As atividades especiais também serão atingidas?*

ALEXANDRE TRICHES – Sim. Há alteração do critério para o reconhecimento da atividade especial (atividades insalubres). Mudou-se o requisito da comprovação da exposição ao risco dos agentes agressivos. Além disso, as novas regras alterarão as reduções de tempo. Aliás, sobre a aposentadoria especial é possível irmos mais longe. Constatamos que o percentual de concessões de aposentadorias especiais no INSS, dentro do número geral de benefícios, segundo dados do Anuário Estatístico a Previdência Social (www.previdenciasocial.gov.br) não ultrapassa percentuais mínimos no universo de benefícios concedidos. Desse modo, pergunta-se: qual racionalidade se busca com a situação praticamente de extinção desse benefício (muito provavelmente é o que acontecerá)? A mudança gerará economia nos gastos públicos? Auxiliará no equacionamento do alegado déficit? É justamente sob este viés que concluímos ser um retrocesso a mudança também nesse aspecto, pois do outro lado não podemos nos esquecer de que estamos lidando com profissionais que trabalham em atividades de enorme risco (eletricidade, metalurgia, vigilância, calor extremo, pressão atmosférica, mineração etc.). Não esqueçamos também que o benefício possui previsão de fonte adicional própria de custeio.

CONCEITO JURÍDICO – *E os trabalhadores rurais?*

ALEXANDRE TRICHES – É plausível concordar que a previdência dos trabalhadores rurais é deficitária. Isto porque ela tem um modelo contributivo baseado na atividade e na comercialização da produção de forma altamente inclusiva (grupo familiar). A reforma pretende igualar estes trabalhadores aos urbanos para, assim, estancar o referido déficit. Veja que a atividade no meio rural não é similar à atividade urbana. A jornada de trabalho é diferente, as rotinas na atividade também. Via de regra, toda a família trabalha em conjunto. Não há direitos trabalhistas iguais aos do trabalhador urbano. A Constituição Federal prevê, no artigo 194, o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. Este princípio nada mais é do que a regra de que os desiguais devem ser tratados com o respeito às suas desigualdades. Isto é, segundo o princípio, respeitar a própria igualdade. Assim, tratar os rurícolas de forma igualitária, formalmente falando, aos trabalhadores urbanos é inconstitucional. Logicamente, o déficit precisa ser equacionado, porém respeitando a proporcionalidade e a primazia da realidade, o que não ocorre com a proposta para o segurado especial. É por isso que as entidades representativas dos trabalhadores rurais precisam ser ouvidas para auxiliarem na formulação de uma proposta pragmática para esse importante setor da economia brasileira.

CONCEITO JURÍDICO – *E a pensão por morte, quais são os pontos que serão alterados?*

ALEXANDRE TRICHES – No que tange à pensão por morte acreditávamos que a Lei nº 13.135/15 tinha corrigido as distorções – este foi o discurso governamental na época –, dentre elas a necessidade de um tempo mínimo de casamento/união estável, benefícios não mais vitalícios, diversas vedações e outras alterações. Ao permitir benefícios em valores menores do que o salário mínimo como é a proposta do governo federal haverá riscos para aqueles que necessitam da proteção, além da proposta ter constitucionalidade duvidosa, pois a Carta Magna veda benefícios substitutivos de renda em valores inferiores ao salário mínimo.

CONCEITO JURÍDICO – *Seria possível afirmar que com a hipótese da Previdência Social ser reforçada haveria um incremento do setor da Previdência Privada?*

ALEXANDRE TRICHES – Eu, particularmente, considero esse silogismo equívocado. O sistema previdenciário privado encontra-se constitucionalmente junto com o sistema público e visa a proteger trabalhadores dos riscos sociais, assim como o público. Todavia, pelo formato privatista, em especial a natureza contratual, mesmo que diante da forte regulação do Estado segue caminho paralelo ao regime público. Seus números mostram isso. Certamente, a previdência privada é uma realidade do mundo de hoje, em que o papel do Estado na condução da economia tem sido discutido. Assim, há a tendência de um crescimento natural, o que não credenciaria como eventual decorrência da redução do espectro de proteção da previdência pública.

CONCEITO JURÍDICO – *A PEC 287/16 será aprovada pelo Congresso Nacional?*

ALEXANDRE TRICHES – Muito provavelmente. Só um grande desastre institucional, talvez provocado pelas questões políticas que atualmente rondam Brasília poderia impedir a sua aprovação. Mas é importante acreditarmos que existe espaço para mudanças no texto da reforma. Evidentemente, o texto apresentado pelo governo federal propõe mudanças rígidas, e foi assim modelado visando a justamente obter espaço para o debate político no Congresso, o que é inerente ao processo legislativo. O papel das entidades é fundamental nesse momento, bem como da sociedade civil, dialogando com seu candidato. Penso que não devemos rechaçar por completo o texto da reforma, mas sim defender as mudanças no texto original e/ou a suspensão de sua tramitação para a realização de um debate com a sociedade de forma mais representativa.

CONCEITO JURÍDICO – *O texto altera algum ponto da proteção da pessoa com deficiência nos benefícios previdenciários?*

ALEXANDRE TRICHES – Os benefícios são devidos ao cidadão que comprovar o tempo de contribuição necessário para o benefício, conforme o seu grau de deficiência (leve, moderada ou grave), e que é reduzido conforme o grau da deficiência. No caso da aposentadoria por idade ao deficiente há uma redução na idade em cinco anos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a aposentadoria ao deficiente são apenas dois exemplos de alterações legislativas que visam a promover a inclusão e a autonomia da pessoa com deficiência. Em nada são afetados pela reforma. 

Direito à creche e os limites do Poder Judiciário

■ POR LEONARDO ROSCOE BESSA E LEONARDO HENRIQUE D'ANDRADA ROSCOE BESSA

“A presente discussão, ao contrário do que tem ocorrido nas Cortes Superiores (STF e STJ), não se dá no âmbito de ação civil pública quando a perspectiva de análise do direito à educação é metaindividual. No processo coletivo, a afirmação do direito à creche, a necessidade de estabelecer critérios para matrícula ou mesmo o pedido no sentido de construir estabelecimentos de ensino não significa priorizar algumas crianças em detrimento de outras, preservando-se a isonomia.”



O ordenamento jurídico brasileiro confere destaque diferenciado ao direito à educação, incluído aí o direito à creche. Inúmeros diplomas infraconstitucionais como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996) reforçam a Constituição Federal, que declara ser a educação “direito de todos e dever do Estado” (art. 205), ressalta a “absoluta prioridade” em atender aos direitos sociais das crianças (art. 227) e estabelece que a educação será efetivada mediante “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (art. 208, inciso IV).

O legislador foi contundente ao explicitar o dever do Estado de oferecer creche. Todavia, o mundo real se distancia da promessa normativa de tão relevante política pública. O que se vê, na prática, é a falta de vagas para todas as crianças interessadas. Como o número de creches é inferior ao necessário para atender à demanda, a formação de listas de espera é inevitável (filas).

A questão que se coloca é a seguinte: o Poder Judiciário pode, em ação individual, obrigar o Estado a prover creche para os autores da ação, ainda que isto implique desrespeito à ordem da lista de espera?

O tema tem gerado divergência no âmbito do TJDFT. De um lado, afirma-se esta possibilidade:

A existência de fila de espera e a resultante manutenção de crianças fora da instituição de ensino de forma gratuita e acessível é fruto da ineficiência e descaso da Administração e não pode ser alegada para impedir o acesso delas à educação. (20150110728575APC, Rel.: Romeu Gonzaga Neiva, 4ª Turma Cível, j. 21/09/2016).

Em sentido oposto, destaque-se, apenas como ilustração, acórdão relatado por Héctor Valverde Santana:

A matrícula de criança em creche pública deve observar a lista de espera, em respeito ao princípio da isonomia. A lista de espera é elaborada por profissionais da área, consideran-

do critérios de risco pessoal, social, nutricional, com prioridade para crianças de família com menor renda e filhos de mães trabalhadoras. (20150110871166APC, 5ª Turma Cível, J. 21/09/2016).

O debate, para sintetizar, refere-se à possibilidade e aos limites da interferência do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. Não se coloca em dúvida que todos os três Poderes participam, em graus diversos, na indução e elaboração de políticas públicas. Cabe perceber, entretanto, que a atuação do Poder Judiciário, na garantia de direito individual, pode gerar a própria negação do direito que se pretende resguardar em perspectiva coletiva.

A propósito, ensina Luciano Coelho Ávila¹ que:

O exame de casos sobre ações individuais pleiteando a satisfação de direitos sociais indicará que, atrelados a um modelo tradicional e obsoleto de solução interindividual de conflitos regulado pelas leis e procedimentos em vigor, os juízes ainda tendem a considerá-los erroneamente, apenas como direitos individuais puros, desconsiderando os impactos deletérios de suas decisões individualistas no plano da coletividade como um todo.

O Poder Executivo, como gestor de recursos escassos, estabelece diretrizes e critérios objetivos para acesso às creches públicas, quais sejam: a) baixa renda: com prioridade para a criança cuja família participa de algum programa de assistência social; b) medida protetiva: criança em situação de vulnerabilidade social; c) risco nutricional: criança desnutrida; d) mãe trabalhadora. A concessão de pleitos individuais acaba por desconsiderar tais critérios, ofende o princípio da isonomia e fomenta um crescente aumento de demandas particulares, com benefício apenas àqueles que tiveram condições de acessar à Justiça. Em face de uma constante – e cada vez maior – insuficiência de recursos financeiros para atender às múltiplas demandas sociais, a atuação do Poder Judiciário deve ser cautelosa e sempre considerar a complexidade inerente aos diversos ciclos político-administrativos da elaboração e execução das políticas públicas.

A presente discussão, ao contrário do que tem ocorrido nas Cortes Superiores (STF e STJ), não se dá no âmbito de ação civil pública quando a perspectiva de análise do direito à educação é metaindividual. No processo coletivo, a afirmação do direito à creche, a necessidade de estabelecer critérios para matrícula ou mesmo o pedido no sentido de construir estabelecimentos de ensino não significa priorizar algumas crianças em detrimento de outras, preservando-se a isonomia.

Conclui-se, portanto, pela impossibilidade de o Poder Judiciário deferir pleitos individuais para acesso à creche que, reitere-se, acaba por afetar injustamente os critérios estabelecidos para definição da lista de espera, em evidente prejuízo a outras crianças. 

NOTA

1 AVILA, Luciano Coelho. *Políticas Públicas de Prestação Social*, Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 189-190.

Abusividade de renovação automática de contratos de prestação de serviços

■ POR EZEQUIEL FRANDOLOSO



“Com o intuito de solucionar o aspecto dos contratos – eletrônicos ou não –, o deputado Rômulo Gouveia (PSD/PB) propôs o Projeto de Lei nº 341/2015, que tramita na Câmara dos Deputados. O PL dispõe sobre a proibição de renovação ou prorrogação automática de contrato sem anuência expressa do consumidor, e ainda sobre o prazo de manifestação para fins de renovação. A proposta – pendente de aprovação – recebeu pareceres favoráveis da Comissão de Defesa do Consumidor e da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços.”

Vivemos na sociedade da informação. A velocidade com que as notícias e o oferecimento de serviços chegam à rede é surpreendente. Tornou-se mais prático e rápido contratar serviços, assim como as abusividades se tornaram mais comuns e, conseqüentemente, o aumento de reclamações por parte dos consumidores.

Um dos pontos que tem sido objeto de grande volume de queixas é a renovação automática de contratos de prestação de serviços, principalmente as reclamações relacionadas com o setor de telecomunicações (telefonia móvel e fixa), canais de televisão por assinatura, cursos, sites de empregos, etc.

Muitos dos serviços ofertados por período inicial gratuito ou mediante pagamento são renovados por algumas empresas sem que o consumidor manifeste expressamente seu interesse por mantê-los. Questiona-se: a renovação automática ao término do contrato, sem anuência expressa, tem respaldo jurídico?

Entre os prestadores de serviço, a renovação automática de contrato é prática generalizada. Assim, caso o usuário não se oponha de forma expressa sobre o desinteresse em manter o serviço ao final do contrato, em regra, haverá a sua renovação tácita.

Vê-se na prática, principalmente nas contratações eletrônicas (aquelas feitas por meio de sites, e-mails ou telefones), que muitas empresas possuem regramento geral para todo e qualquer negócio (normalmente uma minuta disponibilizada no próprio site). Porém, nos termos do art. 4º do Decreto nº 7.962, de 2013, que regulamenta o comércio eletrônico, as empresas devem enviar um sumário do contrato com as informações necessárias e enfatizar as cláusulas que limitam ou restrinjam direitos do consumidor antes mesmo da contratação, o que, em regra, não acontece.

Assim, ao final do prazo de contratação, o consumidor, na maioria dos casos, é surpreendido com a cobrança de renovação dos serviços, principalmente naquelas contratações quitadas com cartão de crédito. A renovação é feita nesta via de pagamento, e a empresa, ao ser acionada, alega que há cláusula, nas condições gerais, dispondo sobre a renovação para o caso de não haver manifestação expressa do consumidor pelo cancelamento.

Afinal, a manifestação expressa deverá ser pelo cancelamento ou pela continuidade dos serviços? O melhor direito atribui à renovação a dependência de manifestação expressa, de modo que o cancelamento da prestação de serviços está implícito no termo final do período contratado.

Nesse sentido é a jurisprudência. A 16ª Câmara Cível do TJ-RS, por exemplo, tem se posicionado no sentido de que “constitui-se em ato passível de punição a renovação automática de revistas sem a anuência do consumidor” (Apelação nº 0101716-75.2014.8.21.7000. j. 6.10.2016).

Corroborando esse entendimento, e com o intuito de solucionar tal aspecto dos contratos – eletrônicos ou não –, o deputado Rômulo Gouveia (PSD/PB) propôs o Projeto de Lei (PL) nº 341/2015, que tramita na Câmara dos Deputados. Tal PL dispõe sobre a proibição de renovação ou prorrogação automática de contrato sem anuência expressa do consumidor, e ainda sobre o prazo de manifestação para fins de renovação. A proposta – pendente de aprovação – recebeu pareceres favoráveis da Comissão de Defesa do Consumidor e da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços.

Convém ressaltar que existe uma disposição legal no Código de Defesa do Consumidor (CDC), especificamente no inciso III do artigo 39, que dispõe sobre o fornecimento de serviços sem anuência prévia do consumidor. Esse dispositivo determina que é vedado “enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço”. E o parágrafo único do mesmo artigo descreve que os serviços prestados sem solicitação são equiparados às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagá-los.

Tal disposição legal tem sido aplicada a situações como a narrada aqui (renovação automática de serviços), como é o caso do julgado da 33ª Câmara Cível do TJ-SP, ao entender que a conduta de “empresa que envia correspondência a assinante de revista com proposta de renovação automática em caso de silêncio é ilegal” (Apelação nº 1001368-52.2015.8.26.0438. j. 5.9.2016).

Porém, o PL em regência disporá de forma expressa e de maneira específica sobre a proibição de “renovação automática de contrato de serviços”, ao passo que o CDC, em seu inciso III do art. 39, dispõe sobre “envio de produtos e serviços sem solicitação prévia do consumidor”. Não bastasse, a matéria tratada pelo PL é contemplada de forma genérica pelo CDC (artigos 46 a 54), como é o caso do artigo 47, que dispõe que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Portanto, a aprovação do PL nº 341/2015 trará maior tecnicidade ao CDC, evitando-se interpretações extensivas e abusividades no que se refere à renovação automática dos contratos de serviços sem a anuência expressa do consumidor. 



EZEQUIEL FRANDOLOSO é advogado especializado em Direito do Consumidor, Civil e Constitucional de Frandoloso Sociedade de Advogados.

Luz no Fim do Túnel?

■ POR ARMANDO CASTELAR



Tudo indica que a economia brasileira encolheu mais um pouco no último trimestre de 2016, algo entre 0,3% e 0,5%. Trata-se do oitavo semestre consecutivo de queda do PIB, completando quase três anos de uma brutal recessão, com desemprego recorde e enorme queda do investimento agregado: 26% no triênio 2014-16.

Mas o ano novo parece ter trazido alguma esperança de que a recessão está próxima de terminar. As projeções medianas de mercado coletadas semanalmente pelo Banco Central apontam para uma expansão do PIB de 0,5% em 2017. É pouco, mas por trás dessa média anual baixa está uma significativa aceleração do PIB ao longo do ano. Assim, o primeiro trimestre começa com uma taxa de crescimento baixa, mas subindo até um ritmo anualizado de 2% em dezembro. Isso explica porque o mercado projeta alta de 2,2% do PIB em 2018, com alguns analistas trabalhando com taxas de até 4%.

Há fatores externos e internos contribuindo para esse cenário de algum otimismo. Entre os primeiros está a modesta, mas relativamente ampla, recuperação econômica mundial. Em janeiro, o FMI reviu para cima suas projeções de crescimento para os EUA, a Área do Euro e o Japão. No todo, a expectativa é que o PIB das economias avançadas aumente 1,9% este ano, contra 1,6% em 2016.

Também entre os emergentes as expectativas são de que 2017 seja melhor que 2016. As preocupações com uma crise financeira na China parecem afastadas, pelo menos por hora, e países como Rússia, Brasil, Nigéria e África do Sul devem ter um ano melhor em 2017, com a ajuda de preços mais altos das commodities. Nos últimos 12 meses, o índice CRB, que mede a evolução desses preços em dólar, subiu 15%. E o FMI projeta altas nesses preços para este ano, depois de fortes quedas na média de 2015 e 2016.

“Há fatores externos e internos contribuindo para esse cenário de algum otimismo. Entre os primeiros está a modesta, mas relativamente ampla, recuperação econômica mundial. Em janeiro, o FMI reviu para cima suas projeções de crescimento para os EUA, a Área do Euro e o Japão. No todo, a expectativa é que o PIB das economias avançadas aumente 1,9% este ano, contra 1,6% em 2016.”

As commodities em alta ajudam nossa balança comercial e empurram a bolsa de valores para cima, melhorando a confiança dos agentes econômicos. Essa alta também ajuda a valorizar o câmbio, outro canal de influência sobre a confiança. O real tem se valorizado consistentemente frente ao dólar nas últimas semanas, valendo mais hoje do que na véspera da eleição de Donald Trump. De fato, nos últimos 12 meses o real se valorizou 30% frente ao dólar, período em que este apreciou 2% em relação às moedas dos demais países.

A principal causa dessa valorização do real é a queda do risco-país. Medido pelo CDS de cinco anos, que reflete o custo do seguro de crédito da dívida brasileira, este está 0,12 ponto percentual abaixo do nível atingido na véspera da eleição de Trump e 2,4 pontos percentuais mais baixo que há um ano.

Em grande parte, essa redução do risco-país reflete a melhora da qualidade da política econômica. Aqui se destacam a aprovação da PEC do Teto de Gastos e, de forma geral, uma melhor gestão dos instrumentos de política econômica, inclusive estatais como a Petrobras e o BNDES.

A boa gestão da política econômica e a valorização do real, junto com a reversão do choque de alimentos, têm permitido trazer a inflação para baixo. Depois de fechar 2016 em 6,3%, esta é projetada em 4,7% para 2017. Abriu-se com isso um largo espaço para queda dos juros, com o mercado projetando uma Selic de 9,5% ao final deste ano.

A queda dos juros vai reduzir o peso para as empresas brasileiras de suas enormes dívidas. Como muitas destas são indexadas à taxa de juros interbancária, o CDI, e esta vai cair junto com a Selic, as empresas vão se beneficiar muito do relaxamento monetário esperado para este ano. O crédito ao consumo também ficará mais barato e acessível.

Também o mercado de trabalho deve melhorar este ano. No Instituto Brasileiro de Economia (IBRE), prevemos que a taxa de desemprego atinja um pico em meados do primeiro semestre. No ano, o emprego e o rendimento real do trabalho vão subir, elevando a massa salarial e ajudando na recuperação da demanda doméstica.

Há duas fontes principais de risco nesse cenário. Uma é que o cenário externo fique mais conturbado, seja pelo risco político de desintegração da Área do Euro, seja de uma escalada dos juros nos EUA. Outra é de que o governo fracasse em aprovar a reforma da previdência enviada ao Congresso. Isso pode detonar uma forte alta no risco-país, desvalorizar o câmbio, pressionar a inflação e a confiança, e impedir o esperado relaxamento monetário. Por outro lado, se a reforma for aprovada na sua essência, a retomada cíclica será reforçada e o crescimento do PIB em 2018 pode surpreender positivamente. 



UTI *versus* intubação. Vale a pena exercer o direito de viver em casos graves reversíveis?

■ POR ANGÉLICA FRANCINE CHERMICOSKI

“Nunca é lícito matar o outro: ainda que ele o quisesse, mesmo que ele pedisse [...] nem é lícito sequer quando o doente já não estivesse em condições de sobreviver” (Santo Agostinho, *in epistula* 204,5: CSEL57, 320).



Complicações em pacientes da emergência ou em pacientes já internados não são raras, sendo muitas delas passíveis de transferência para a Unidade de Terapia Intensiva (UTI). Parada respiratória, cardíaca, cardiorrespiratória, insuficiência respiratória grave, obstrução de vias aéreas e presença de secreção pulmonar profunda são algumas das indicações para a realização da intubação na UTI.

Para muitos leigos, a intubação é vista como o último passo para desligar os aparelhos. Entretanto, médicos intensivistas exercem o direito de matar ou de viver? São inúmeros os casos em que médicos intensivistas pediram autorização aos familiares do paciente para abreviar o sofrimento exaustivo ao qual foi submetido, já que para muitos o procedimento traria uma morte com dignidade ao paciente em estado permanente e irreversível.

A Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina autoriza o médico a praticar a ortotanásia, ou seja, a morte pelo seu processo natural, desde que o paciente esteja em estado irreversível, com todos os recursos que a medicina dispõe esgotados e com o consentimento dos familiares ou do próprio paciente. O Conselho Federal de Medicina vê a ortotanásia em pacientes com o quadro de saúde irreversível, como forma de cuidado e humanização, não ferindo a ética médica, diferentemente da eutanásia, que consiste em liberar o paciente de um possível estado de gravíssimo sofrimento, violando a ética médica.

O direito à vida, bem supremo, o qual o legislador deixou expresso no artigo 5º da Constituição Federal, é a base de qualquer outro direito subsequente, vedando qualquer possibilidade de renúncia ou de privação desse direito fundamental, seja com a eutanásia ou ortotanásia. O Código Penal não trata da eutanásia de forma clara, porém, trata a eutanásia e suas formas sem distinção, como crime de homicídio, conforme o artigo 121: “matar alguém”.

Já o Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.246/1988) estabelece expressamente em seu artigo 6º o dever do médico de guardar absoluto respeito pela vida humana, jamais utilizando os seus conhecimentos para o extermínio do ser humano. De mesmo modo, eticamente desfavorável a eutanásia e a ortotanásia, o artigo 29 do mesmo dispositivo legal pressupõe a proibição de atos de profissionais médicos que sejam danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência e negligência. Verifica-se, além do treinamento técnico do médico, uma conscientização ética para que este parta do pressuposto do respeito à vida e não contabilize esforços para que o paciente viva e até mesmo passe de um estado de saúde irreversível para reversível.

Observa-se nas disposições da Resolução do Conselho Federal de Medicina e do Código de Ética Médica que ambos repudiam a eutanásia. Entretanto, o primeiro permite a ortotanásia e o segundo responsabiliza eticamente o médico por sua prática. Conclui-se que a hierarquia legal do Código de Ética Médica brasileiro não supera a Resolução do Conselho Federal de Medicina, sendo a eutanásia e a ortotanásia ilegais e imorais.

O projeto do novo Código Penal, que tramita no Senado desde 2012, criminaliza a eutanásia no Brasil, estabelecendo penas de até quatro anos para aquele que matar doente em estado terminal por piedade ou compaixão. Ao se falar em eutanásia, vislumbra-se um paciente moribundo, que provoca piedade e compaixão pelo estágio de dor e sofrimento que sente por um longo período. Médicos não podem realizar a eutanásia e a ortotanásia em pacientes acometidos de doença grave, mas em estado reversível. Neste caso, há o que se falar de homicídio (conforme o artigo 121 do Código Penal) e infração ética gravíssima (conforme o juramento de Hipócrates e o Código de Ética Médica).

A eutanásia e a ortotanásia não devem ser popularizadas, mas sim entendidas como incabíveis e impensáveis em pacientes em estado reversível de saúde. Parte da polêmica de viver ou morrer em casos reversíveis está entre os pacientes de terceira idade, oncologistas e intensivistas. Os oncologistas utilizam a quimioterapia e radioterapia esgotando todos os esforços e tratamentos cabíveis a fim de recuperar o paciente idoso e reverter a doença grave. Os intensivistas muitas vezes enxergam como um sofrimento exacerbado e esforço desperdiçado um procedimento realizado em um paciente que já tenha atingido a terceira idade e aparentemente esteja com a saúde mais fragilizada do que antes do início do tratamento. Ao médico não pertence o direito de dispor da vida de outrem, em estado reversível. Não cabe ao médico o livre arbítrio entre respeitar seu juramento e fazer uso da sua técnica para salvar o paciente ou matá-lo.

Não há cogitação de eutanásia ou ortotanásia em pacientes com doenças graves reversíveis, cabendo ao médico somente honrar o disposto no Código de Ética Médica e seu juramento, o qual proíbe a administração de droga fatal. Aos médicos cabe somente o dever de salvar, pressupondo sempre a vida, enquanto aos pacientes cabe a indisponibilidade de seu direito à vida. Já aos familiares cabe a autonomia de lutar pela vida. **■**



ARQUIVO PESSOAL

ANGÉLICA FRANCINE CHERMICOSKI é advogada, mestranda de direito internacional.

Responsabilização tributária no novo CPC



■ POR BRENO F. M. VASCONCELOS E MARIA RAPHAELA D. MATTHIESEN

Na obra “Lavoura Arcaica”, de Raduan Nassar, a figura do pai repete nos sermões a seus filhos: *só a justa medida do tempo dá a justa natureza das coisas*. Longe da narrativa desconcertante do escritor paulista, o passar do tempo opera seus efeitos reveladores também no Direito Processual Tributário.

As experiências profissional e acadêmica mostram que os processos administrativos tributários têm sido propostos, em sua vasta maioria, exclusivamente contra o contribuinte da exação, deixando para o Judiciário a avaliação da legitimidade de terceiros para responder pelo débito e redirecionar a execução fiscal. Essa prática prevalece há anos sob intensa crítica de alguns doutrinadores.

Recentemente, o Código de Processo Civil de 2015 introduziu no sistema processual o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ), despertando debates sobre sua aplicabilidade ou não à cobrança de créditos tributários, em especial nos casos de responsabilização pessoal dos terceiros elencados no artigo 135, III, do CTN (diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado).



“A instauração do IDPJ nos parece uma forma positiva de viabilizar a conciliação entre contraditório, ampla defesa e indisponibilidade do crédito tributário. Com o modelo processual trazido pelo novo CPC e a essência que motivou a sua redação estamos no momento certo para equacionar as distorções e injustiças históricas causadas pelo redirecionamento indiscriminado das execuções fiscais.”

Esse debate trazido com o passar do tempo nos leva a pensar sobre a *justa natureza* do redirecionamento, traduzida, na expressão de Renato Lopes Becho, como uma *execução sem título*.

Com efeito, os sujeitos passivos da obrigação tributária são previstos de maneira independente no artigo 121 do CTN, que descreve duas possíveis figuras relacionadas

ao fato gerador da obrigação: o contribuinte, pessoal e diretamente relacionado ao fato; e o terceiro (substituto ou responsável), cuja posição decorre de expressa disposição legal em razão de pressupostos distintos e autônomos (cf. RE 562.276/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno).

Nessa medida, se o crédito tributário for constituído administrativamente e inscrito em dívida ativa apenas contra o contribuinte, a cobrança perante terceiro, já na execução fiscal, não estará lastreada por título executivo extrajudicial algum. A consequência é simples: sem título que reflita a apuração da legitimidade do terceiro na esfera administrativa também não há presunção de certeza e liquidez construída a partir do contraditório e da ampla dilação probatória oportunizados pelo PAF.

Há, aqui, uma ressalva importante: os casos de dissolução irregular da pessoa jurídica, que, constatada apenas no curso do processo executivo, estiverem acobertados pela Súmula 435 do STJ e não puderem ser analisados apenas sob o enfoque das mesmas premissas que adotamos neste artigo.

Voltando ao raciocínio que construíamos, no redirecionamento da execução fiscal a formalização da relação jurídica entre o terceiro e o Fisco ficará, então, a cargo da decisão judicial, operando-se uma inversão da ordem que rege o crédito tributário, ou seja, primeiro ocorrerá sua constituição e a sujeição do patrimônio do terceiro à cobrança do débito e, depois, os requisitos para sua formação serão verificados.

Nesse cenário, o IDPJ aparece como um bom instrumento de equalização entre as situações de redirecionamento da execução fiscal (prejudiciais, por natureza, ao devido processo legal) e aquelas em que a cobrança é efetivamente embasada em título executivo extrajudicial.

Bom, mas extraordinário. Ou seja, não entendemos que o IDPJ deverá assumir, agora, o papel primordial na responsabilização pessoal do artigo 135, III, do CTN. Sua utilização como regra não é correta e nem desejável, pois tumultua o trâmite dos processos e amplia o já abarrotado estoque de execuções fiscais, além de aumentar o risco de condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, que se tornou mais intenso e grave com as alterações promovidas pelo artigo 85 do CPC/15.

O momento correto para a constituição do crédito tributário contra contribuinte e terceiro, insistimos, é o processo administrativo fiscal, fase reservada pelos artigos 5º, incisos LIV e LV da Constituição, 142 e 204 do CTN, e os artigos 2º e 3º da LEF para a discriminação das condutas praticadas pelos sujeitos passivos na qualidade de devedores ou responsáveis, como e se elas o vinculam ao débito tributário, e, por consequência, se é cabível sua responsabilização.

Quando não respeitada essa lógica, contudo, a instauração do IDPJ nos parece uma forma positiva de viabilizar a conciliação entre contraditório, ampla defesa e indisponibilidade do crédito tributário. Com o modelo processual trazido pelo novo CPC e a essência que motivou a sua redação estamos no momento certo para equacionar as distorções e injustiças históricas causadas pelo redirecionamento indiscriminado das execuções fiscais. Ou, como disse o poeta francês Victor Hugo, *nada é mais poderoso do que uma ideia cujo tempo chegou.* 



ARQUIVO PESSOAL

BRENO FERREIRA MARTINS VASCONCELOS é Mestre, professor da Escola de Direito da FGV-SP e sócio do Mannrich, Senra e Vasconcelos Advogados.



ARQUIVO PESSOAL

MARIA RAPHAELA DADONA MATTHIESEN é Pós-graduada em Direito Tributário da Escola de Direito da FGV-SP e advogada do Mannrich, Senra e Vasconcelos Advogados.

Almir Pazzianotto Pinto



ARQUIVO PESSOAL

Morosidade processual extrema

“ A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”

O texto que serve de epígrafe é do art. 5º do Título II da Constituição, que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Foi introduzido pela EC nº 45/2004. A razoável duração, e os meios que garantam a celeridade da tramitação processual, permanecem, todavia, como letra morta.

Exemplo de extrema lentidão é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.625, em tramitação no Supremo Tribunal Federal (STF). Foi ajuizada em junho de 1997 com o objetivo de anular o Decreto nº 2.100/1996, baixado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, para voltar atrás na ratificação da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dispõe sobre o encerramento de contrato de trabalho por iniciativa do empregador.

O presidente equivocou-se ao incorporar a Convenção à legislação trabalhista. Contribuiu para piorá-la. Ao se dar conta do erro tentou retroceder com a edição do

decreto de denúncia, termo utilizado para exprimir ato de revogação de documento internacional ratificado. Neste artigo examinarei a demora do STF no tratamento de assunto de alta relevância para o mercado de trabalho.

Diz o documento da OIT no art. 4 “Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”. Prossegue o art. 8: “O trabalhador que considerar injustificada o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante um organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro” (Convenios y Recomendaciones Internacionales Del Trabajo, ed. OIT, 1985, p. 1672, tradução livre).

Desde o dia em que foi protocolada a ADI transitou pelos gabinetes dos ministros Maurício Correa, relator, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso, Carlos A. Brito, Nelson Jobim. Voltou à pauta em 29.3.2006 para sofrer pedido de vista formulado pelo ministro Joaquim Barbosa, cujo voto foi proferido em 3.3.2009, sessão na qual pede vista regimental a ministra Ellen Gracie. Ao se aposentar em agosto de 2011, sem haver se manifestado, Ellen Gracie transmitiu o feito para a ministra Rosa Weber, que a sucedeu no Tribunal.

Para não me estender demais, registro que faleceram, no curso da ADI, os ministros Maurício Correa, Menezes Direito e Teori Zavascki. Aposentaram-se Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Carlos A. Brito, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ellen Gracie. Os votos proferidos pelos que se afastaram estão registrados e são imutáveis. Os autos se encontram com o ministro Dias Toffoli desde 19.9.2016. São três as correntes em que se divide o julgamento: a) improcedência total da ação; b) procedência parcial, com devolução do Decreto nº 2.100/1996 ao Congresso Nacional para que sobre ele se manifeste; c) procedência total julgando inconstitucional o decreto de denúncia. O tratamento dado à ADI 1625 confirma a inutilidade de medidas constitucionais e legais de combate à morosidade. Tema de grave relevância para micro, pequenos, médios e grandes empregadores, empresas ou associações filantrópicas, culturais e recreativas, o assunto tem sido encarado como banal.

Se prevalecer a Convenção toda despedida poderá ser submetida à investigação de juiz do Trabalho, com poder de invalidá-la e de reintegrar o dispensado. O prazo de que dispõe o trabalhador, para decidir se recorre ao Judiciário Trabalhista, é de dois anos, conforme regra constitucional.

O ideal seria que o pleno do STF anulasse tudo quanto até agora foi feito e desse início a novo julgamento, com distribuição, inclusão em pauta, relatório, sustentações orais e votos no menor espaço de tempo. Como a melhor solução parece-me impossível, espera-se que o Tribunal ordene o exame do decreto pelo Congresso Nacional, como decidiram os ministros Maurício Corrêa e Carlos A. Brito.

O maciço desemprego mundial envelheceu a Convenção 158, aprovada em 1982 como fruto de Resolução adotada em 1963. Impedir demissões, submetendo-as à Justiça do Trabalho congestionada por milhões de processos, resultará em colossal desestímulo a investimentos que exijam mão de obra. Paraguai e China, grandes importadores de empregos que deixam o Brasil em busca de ambientes seguros, certamente ficarão agradecidos. 



A publicidade infantil e as liberdades de criação, expressão de informação

■ POR ANA EMÍLIA BRESSAN GARCIA

A criança e o adolescente, seres ainda em formação, merecem e têm proteção legal e moral para que possam se desenvolver física e intelectualmente de formas adequada e completa.

Isso porque ainda estão em preparo para se transformarem em adultos justos, corretos e capazes de assumir, com mínima competência, todas as obrigações da vida adulta.

Para tanto, o foco e a preocupação de uma criança e de um adolescente devem ser, essencialmente, as brincadeiras e os estudos, tudo adequado para cada idade, o que, de acordo com os ditames legais, são obrigações do Estado, da escola e da família.

Além da contribuição educacional ofertada pelo Estado, pela escola e pela família é inegável que, atualmente, as crianças passam boa parte do tempo livre assistindo variados programas de TV e outras formas de comunicação digital criadas para tablets e celulares.

A exposição das crianças e adolescentes às mídias digitais vem crescendo assustadoramente, tanto que se transformou num excelente nicho para a venda

“O Brasil, país de democracia recente, tendo passado por momentos ditatoriais severos, obteve, a duras penas, garantias individuais sagradas que preservam a liberdade, especialmente quando estiver atrelada à criação publicitária, reconhecida também como uma forma de arte. O direito à liberdade de criação das agências não deveria sobrepor o direito à saúde psíquica e mental das crianças atingidas pelos anúncios abusivos fazendo nascer um conflito de princípios.”

de todo e qualquer tipo de produto, de simples bonecas e carrinhos, sucos, lanches e biscoitos, até os próprios aplicativos a serem instalados nos equipamentos por eles utilizados.

Com a nova realidade dos pequenos, um dos principais impactos da recente forma de comunicação direcionada às crianças foi o surgimento do consumismo infantil, o aumento da obesidade infantil, sabidamente associada aos diagnósticos de outras doenças crônicas, o adiantado interesse pelo mundo adulto e até mesmo episódios de *bullying*.

O excesso de publicidade em todas as novas formas de entretenimento associada aos tradicionais anúncios já existentes nas TVs abertas e por assinatura, além de muitos litígios envolvendo a questão da legalidade ou da abusividade dos anúncios despertou no Poder Legislativo a necessidade de regulamentação das regras para a publicidade direcionada a crianças e adolescentes, sendo criado, portanto, o projeto de lei nº 5921/2001, de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly, que pretende a proibição ou a regulamentação taxativa de publicidade direcionada à criança e ao adolescente.

Em que pesem a importância e a urgência do tema, o projeto tramita há 15 longos anos sem indícios, por ora, de que será brevemente aprovado, estando, portanto, as decisões baseadas nos dispositivos legais vigentes, tais como a Magna Carta, o Estatuto da Criança e Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e também o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Enquanto o projeto tramita com passos lentos, a realidade dá indícios distintos, práticos e reais acerca das possíveis soluções para a situação.

De um lado, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.558.286-SP) entendeu pela abusividade de anúncio de empresa do setor de alimentos, interpretando-o como ‘venda casada’, já que impunha ao consumidor a compra de cinco produtos, além do pagamento no valor de R\$ 5,00 para a obtenção de um brinde, que, de acordo com a decisão, não poderia ser cobrado.

De outra banda, uma recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 0018234-17.2013.8.26.0053) da lavra do desembargador relator dr. Fermino Magnani Filho afastou a existência de abusividade em publicidade de sanduíche para a venda de lanche sob os seguintes argumentos: que a sociedade brasileira se rege pelo modelo capitalista; que cabe à família a educação dos filhos; que crianças bem educadas sabem resistir aos apelos consumistas e, finalmente, que não deve o Estado se sobrepor às obrigações primárias da família.

Quanto ao segundo posicionamento, o mais liberal, é certo que é papel da família zelar pela vida, saúde e conforto dos pequenos, evitando o risco de qualquer mal, físico ou psíquico.

No entanto, é fato que boa parte das crianças não tem a possibilidade de receber todo o apoio merecido por parte da família, as quais têm como fiéis companheiros tablets, TVs, celulares e computadores, ficando, portanto, expostas a toda e qualquer influência das mídias.

Assim, o Estado, com base nos dispositivos constitucionais, deve exercer tal proteção em conjunto com as famílias, sendo, portanto, totalmente possível a limitação da publicidade direcionada à criança.

A situação seria simples com tal posição de proteção ao hipossuficiente. Mas, invocando os posicionamentos antagônicos, ambos com fortes argumentos, é impossível não sucumbir à análise da situação sob outro prisma, aquele que abrange os direitos à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação, garantias magnas previstas no artigo 220 da Lei Ápice.

O Brasil, país de democracia recente, tendo passado por momentos ditatoriais severos, obteve, a duras penas, garantias individuais sagradas que preservam a liberdade, especialmente quando estiver atrelada à criação publicitária, reconhecida também como uma forma de arte.

O direito à liberdade de criação das agências não deveria sobrepor o direito à saúde psíquica e mental das crianças atingidas pelos anúncios abusivos fazendo nascer um conflito de princípios. Ambos, sendo princípios basilares da democracia de valores idênticos ou, ao menos, muito próximos, podem ou devem ser exercidos ao mesmo tempo? O que poderia solucionar o imbróglio?

A melhor resposta pode ser encontrada também num princípio, o da proporcionalidade, o qual leciona que diante de dois direitos magnos o mais importante deve prevalecer.

No presente caso, qual direito é mais urgente? Qual parece mais frágil? Qual corre mais risco se não for protegido?

Com certeza, é o direito à saúde global das crianças em razão de terem o direito a uma infância tranquila e livre das opressões do capitalismo, do consumismo e dos paradigmas inadequados, tendência já acatada por muitos países em todo o mundo.

Mas a proteção da criança e do adolescente não representa, absolutamente, a impossibilidade de as agências e empresas divulgarem e venderem seus produtos por meio da publicidade, desde que as ações publicitárias não atentem contra as regras de proteção aos menores.

Caso o projeto de proibição da publicidade seja aprovado e passe a ser impossível a persuasão infantil para a compra de produtos, as agências deverão passar a convencer, diretamente, os pais e a família, os quais, efetivamente, possuem o poder de compra para os produtos.

Direcionar a publicidade às famílias, com anúncios menos lúdicos, menos coloridos, sem personagens do mundo infantil e convencê-las da necessidade e viabilidade da compra será fácil se o produto anunciado primar pela qualidade.

Ademais, diferentes produtos devem receber regulamentação diferenciada, de acordo com o grau de risco que o consumo exagerado pode causar.

Bons publicitários certamente saberão como fazê-lo. 



ANA EMÍLIA BRESSAN GARCIA é advogada e professora universitária.



Prática de publicidade abusiva destinada a crianças: uma ferida aberta

■ POR DÉCIO FRANCO DAVID

“A intervenção estatal sobre as práticas publicitárias abusivas direcionadas a crianças merece um debate aprofundado com pensadores além do Direito, caso contrário será aberta uma ferida de difícil cicatrização, nos moldes de uma abusiva propaganda de tesouras com o jargão excludente do “eu tenho, você não tem”. Talvez em uma sociedade sem estruturas jurídicas adequadas e que defenda o consumo como inclusão social tal ferimento passasse batido, mas a “tesourada” consumista foi tão profunda que, mesmo após vinte e cinco anos, o jargão da campanha publicitária ainda é lembrado.”

Com o advento da Carta Magna de 1988, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989,¹ e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990)², o Direito da Criança e do Adolescente passa a ser orientado pela doutrina da proteção integral, com previsão nos artigos 227 e 228 da CF e nos artigos 3º e 100, p. único, inciso II, do ECA. Com ela, ocorre a superação do paradigma da incapacidade pela adoção do paradigma da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, próprio da condição de sujeito de direito, de modo que são reconhecidos às crianças e aos adolescentes todos os direitos dos adultos, acrescidos de direitos específicos em razão da circunstância evolutiva³.

Conjugado ao sistema da proteção integral, encontra-se o princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, encartado no artigo 227, *caput*, da CF e artigos 4º e 100, p. único, inciso II, do ECA, que prevê uma competência difusa, que responsabiliza uma diversidade de instituições (família, sociedade e Estado) pela promoção da política de atendimento à criança e ao adolescente, ampliando-se, assim, o próprio alcance da proteção dos direitos infantojuvenis⁴.

Por terem previsão constitucional e devido à posição axiológica e à densidade de conteúdo, a proteção integral e a prioridade absoluta podem ser denominados metaprincípios do Direito da Criança e do Adolescente⁵. Como consequência da adoção do sistema da proteção integral, surgem na ordem jurídica princípios norteadores do Direito da Criança e do Adolescente, tais como o princípio do superior interesse da criança e do adolescente e o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, dentre outros princípios derivados⁶.

O princípio do superior interesse da criança e do adolescente, considerado um postulado normativo por parte da doutrina⁷, previsto no artigo 100, p. único, inciso IV, do ECA e em diversos dispositivos da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, determina que toda intervenção deve atender prioritariamente aos interesses da criança e do adolescente, sem prejuízo a outros interesses no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto⁸. Segundo Sérgio Salomão Shecaira (2008), o princípio “tem uma configuração genérica e aberta, o que possibilita sua aplicação às diversas situações jurídicas e sociais que se colocam como consequência da variada realidade social”⁹. Por sua vez, o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento estabelece o atendimento diferenciado, pautado na condição especial que as crianças e os adolescentes ostentam, tendo previsão no artigo 6º do ECA e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, além de outros documentos internacionais¹⁰. Por ele, a criança e o adolescente devem “receber todas as garantias e mais um *plus* de garantias próprios de sua condição de pessoa em desenvolvimento, o que se constitui em uma discriminação positiva, outro princípio informador do sistema”¹¹.

Evidentemente, tais conotações normativas com a constante evolução social se projetam sobre diversas formas de proteção de crianças e adolescentes na qualidade de pessoas em desenvolvimento. Nesse passo, o artigo 3º do ECA é bastante contundente quanto à extensão da proteção sobre os elementos de formação física, mental, moral, espiritual e social, bem como acerca das condições de liberdade e dignidade. Do mesmo modo, acerca do processo educacional e de formação de identidade, o art. 58 do ECA determina o respeito aos “valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura”.

Ocorre que as interpretações acima realizadas não podem se dar afastando-se da realidade social atual. O extraordinário desenvolvimento da sociedade tecnológica trouxe consigo não apenas aspectos positivos, mas também reflexos negativos. O inegável incremento das condições de vida e a satisfação de inúmeras necessidades da sociedade permite que “o Homem de hoje viva em um só ano, o que o homem do século XIX teria de viver em cem”¹². Este processo ameaça os interesses mais caros à vida social, pois o avanço desenfreado é acompanhado de riscos desenfreados. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos (2005) “a própria natureza do sistema mundial em transição é problemática e a ordem possível é a ordem da desordem”¹³.

Atualmente, os paradigmas valorativos centrais existentes até a metade do século XX perdem sua estabilidade, reestruturando o sistema por completo. Os paradigmas pessoais do sonho liberal passam a escorrer pela liquidez de uma vida pós-moderna, ou seja, nesta sociedade, chamada por Bauman de líquida, “em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que o necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas de agir”¹⁴, a vida se torna líquida, isto é, “não pode manter a forma ou permanecer por muito tempo”¹⁵.

O presente contexto acaba por empurrar a sociedade em direção à rendição de todas as pretensões tradicionais a um novo objeto: encontrar a identidade humana numa sociedade massificada pelo processo de industrialização e consumo. A eterna roda motora do próprio sistema capitalista de produção e circulação de bens e produtos acaba por alcançar seu ápice: o ser humano só “é” se conseguir preencher sua identidade com os padrões ofertados, ou seja, o consumo dita as regras do jogo.

Como assevera Bauman (2009), “a vida líquida é uma vida de consumo. Ela projeta o mundo e todos os seus fragmentos animados e inanimados como objetos de consumo”¹⁶, isto é, o indivíduo encontra sua identidade apenas por meio do consumo. Certamente não há risco maior nas previsões de Ulrich Beck do que a própria submissão do *ser* ao *ter*, motivo pelo qual deve o Direito intervir para garantir à proteção de seu cerne, ou seja, a pessoa humana.

Muito já se falou sobre a liquidez (cf. Bauman), riscos (cf. Beck) ou reflexividade (cf. Giddens) da sociedade atual¹⁷. Nesse contexto, concorda-se com Fábio André Guaragni e Dante Bruno D’Aquino (2011), quando afirmam que “o que caracteriza a sociedade atual é a falta de orientação a valores, a dissolução de grandes tábuas de valores pelas quais se orientar”¹⁸. Portanto, em busca de um padrão valorativo do viver, o sujeito encontra o consumo. Não deseja a utilidade do objeto, mas sim o significado contido no produto, ou seja, seu estilo de vida. Em outras palavras, “os objetos eclipsam os sujeitos; através dos objetos de consumo as pessoas são socialmente estratificadas”¹⁹.

Uma das consequências dessa insegurança (para Giddens, incerteza) do *modus vivendi* se expressa no consumo, pois é por meio dele que a sociedade passa a completar o vazio decorrente da falta de referencial²⁰.

Em outras palavras, a sociedade passa “a viver numa era de urgência do supérfluo, na qual o consumo chegou a alcançar uma dimensão espiritual”²¹, a qual precisa ser satisfeita. Como bem pondera Eric Hobsbawm (1995), o triunfo do mercado de massa se baseava na satisfação das necessidades espirituais e materiais dos consumidores, “um fato do qual as agências de publicidade há muito tinham vaga consciência quando destinavam suas campanhas a vender ‘não o bife, mas o chiado’, não o sabonete, mas o sonho de beleza, não as latas de sopa, mas a felicidade familiar”²².

Bauman afirma que o modelo da modernidade consistia numa sociedade de produtores, enquanto a norma social atual “tem pouca necessidade de mão de obra industrial em massa e de exércitos recrutados; em vez disso, precisa engajar seus membros pela condição de consumidores”²³. Afinal, “a norma que nossa sociedade coloca para seus membros é da capacidade e vontade de desempenhar esse papel”²⁴.

De forma resumida, o consumo vira o espetáculo dos tempos atuais, pois, por seu intermédio, o indivíduo acredita encontrar sua identidade.

Embalados por este fenômeno de subversão do ser racional em massa desvalorada, o qual garante a efetivação do capitalismo em sua modalidade mais bem estruturada (desorganizada, conforme define Boaventura Sousa Santos²⁵), os modernos Estados, valendo-se de sua função de mantenedor das condições de convivência e sobrevivência dos cidadãos, passam a tutelar as então chamadas relações de consumo, incluindo-as, a exemplo do Brasil, no rol dos direitos fundamentais do texto constitucional (art. 5º, XXXII, CF²⁶).

Nesse sentido, torna-se impossível desassociar a tutela das relações de consumo na qualidade de direito fundamental das demais projeções normativas de conteúdo materialmente constitucional, como os direitos das crianças e dos adolescentes. Por isso, é verificável que no modelo atual das relações sociais a mídia ganha demasiada importância e a “tábua rasa” da psique infantil é um prato cheio para propostas consumistas com *merchandising* direcionado, tanto em modelos de publicidade tradicionais quanto em formas de venda casada.

Dentro desse contexto, o PL nº 5921/2001 de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB/PR) propõe a proibição de publicidade dirigida à criança e a regulamentação de publicidade dirigida a adolescentes. De acordo com o projeto, o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) passa a incluir um novo parágrafo com o seguinte conteúdo: “É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança”.

O projeto encontra certo amparo no próprio texto constitucional, pois o artigo 220, § 3º, II determina a regulamentação por lei federal de meios que garantam “à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”.

A projeção direcionada a crianças de interesses de consumo pode ser extremamente nociva à saúde e a formação de sua identidade e desenvolvimento, tornando-se verdadeiro fator de deturpação da própria capacidade individual de escolha e de identificação cultural. Porém, embora o projeto seja bem intencionado, ele não acerta quanto à limitação de campanhas publicitárias. Se todo produto direcionado ao público infantil for proibido de ter publicidade, a própria estrutura do mercado e da livre concorrência teria uma limitação plena sobre atividades também protegidas pelo texto constitucional (art. 170, CF). Desta forma, parece ser mais acertado incluir um adendo à redação, vinculando a vedação ao critério abusivo à saúde e à formação, tal como previsto na Resolução nº 163, de 13 de março de 2014, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, especificamente em seu artigo 2º²⁷.

No entanto, a matéria está longe de ser pacificada. Mesmo com o alusivo projeto são encontradas decisões conflitantes nos tribunais pátrios, sendo merecedores de menção dois julgados.

Na Apelação Cível nº 0018234-17.2013.8.26.0053, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o desembargador Fermino Magnani Filho, da 5ª Câmara de Direito Público, decidiu que a prática publicitária destinada ao público infantil (venda de lanche) não configura prática abusiva. De acordo com o magistrado, nem toda prática publicitária direcionada a crianças pode ser definida como abusiva, pois, segundo suas próprias palavras, “inclusão social é consumo”. Ademais, sustenta seu entendimento em quatro premissas:

- a) A sociedade brasileira se rege pelo modelo capitalista, e as consequências dessa opção econômica e cultural hão de ser assumidas;
- b) Cabe à família, notadamente aos pais ou ao responsável legal, o poder-dever da boa educação dos filhos, inclusive o ônus de reprimi-los nos apelos inconvenientes ao seu bem estar social, físico e mental;
- c) Crianças bem educadas no berço, por força do afeto e da autoridade dos pais ou responsável, saberão resistir aos apelos consumistas;
- d) Não deve o Estado, de modo paternalista, sobrepor-se às obrigações primárias da família, sobretudo quando incitado pelo barulho muito atual, mas com um quê autoritário, da militância “ongueira”, sob pena do esgarçamento da legitimidade de seus atos de império.

Assim, compreende que as vedações impostas pela Resolução nº 163/2014 do Conanda não se aplicam ao caso. Em que pese o posicionamento do magistrado, esta parece não ser a melhor interpretação sobre o tema. Destaca-se que a presente opinião não adentra no mérito da decisão em si, mas sim nos argumentos acima transcritos. Observe-se, igualmente, que há certo acerto quanto ao item “b” acima transcrito, pois corresponde ao conteúdo da doutrina da proteção integral. Porém, afirmar que “inclusão social é consumo” demonstra certa aceitação dos problemas atuais da pós-modernidade, principalmente quando afirma que “a) a sociedade brasileira se rege pelo modelo capitalista, e as consequências dessa opção econômica e cultural hão de ser assumidas”. Nesta passagem, verifica-se a defesa de um livre mercado em modelo tradicionalista, reiterando tal posicionamento ao afirmar que o Estado não pode ser paternalista e inclinado à “militância ‘ongueira’” (item “d”, acima). Além disso, o argumento contido no item “c” é meramente retórico e desprovido de qualquer fundamentação empírica. Assim o fosse, crianças “bem educadas no berço por força do afeto e da autoridade dos pais ou responsável” saberiam resistir não apenas aos apelos consumistas, mas também a todo tipo de influência dos problemas sociais atuais. Existem vários estudos sociológicos e psicológicos que demonstram o contrário, podendo, inclusive, citar como exemplo disso as predisposições suicidas de estados de anomia, conforme o clássico estudo de Durkheim.

Em sentido antagônico, o Recurso Especial nº 1.558.086/SP, sob relatoria do ministro Humberto Martins, do STJ, apresenta argumentos sólidos para refutar a prática publicitária abusiva sobre crianças, *ad litteram*:

É abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, direta ou indiretamente, às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

A manipulação do universo lúdico infantil é prática que afeta a saúde, o desenvolvimento e a formação da identidade e personalidade da criança. Por isso, reitera-se o acerto da proposta legislativa, no entanto, com o devido adendo para que seja regulamentada de forma adequada.

Afirmar que o dever de proteção das crianças quanto à realidade de uma sociedade capitalista de consumo é ônus exclusivo da família é advogar em sentido contrário à Constituição e aos fundamentos da doutrina da proteção integral. O cerne da discussão não deve ser o livre mercado, mas sim a condição da criança e do adolescente na qualidade de pessoa em desenvolvimento e sujeito de direitos. Caso contrário, haverá um induzimento massivo para que as crianças não se tornem “consumidores falhos” – valendo-se da famosa expressão de Bauman. Essa perspectiva é contrária aos fundamentos e princípios constitucionais brasileiros. Além disso, o sistema jurídico não deve sucumbir ao alerta negativo de Bauman de que “a cultura de hoje é feita de *ofertas*, não de *normas*”²⁸.

Do mesmo modo, recorda-se que a função do Estado é garantir as condições mínimas de existência, convivência e sobrevivência de seus cidadãos e atuar sempre atuar em prol do indivíduo²⁹, servindo para manter a sociedade viva³⁰ e regrido os processos comunicativos sociais³¹.

Por isso, a intervenção estatal sobre as práticas publicitárias abusivas direcionadas a crianças merece um debate aprofundado com pensadores além do Direito, caso contrário será aberta uma ferida de difícil cicatrização, nos moldes de uma abusiva propaganda de tesouras com o jargão excludente do “eu tenho, você não tem”. Talvez em uma sociedade sem estruturas jurídicas adequadas e que defenda o consumo como inclusão social tal ferimento passasse batido, mas a “tesourada” consumista foi tão profunda que, mesmo após vinte e cinco anos, o jargão da campanha publicitária ainda é lembrado. Ou, talvez, seja pelo fato de que a inclusão social pelo consumo seja apenas um sintoma de doenças maiores que se foge do tratamento, o problema é que como afirma Gabriel García Márquez “as feridas mal cicatrizadas voltavam a sangrar como se fosse de ontem”³². 

NOTAS

- 1 A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças foi aprovada internamente pelo Decreto Legislativo nº 28/1990, e promulgada pelo Decreto de Execução nº 99.710/1990 (ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanchez. *Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 80). Os autores esclarecem que a doutrina majoritária entende que todos os tratados de direitos humanos têm status constitucional, independentemente de serem anteriores ou posteriores à inclusão do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, de terem sido ou não aprovados com procedimento legislativo de emenda constitucional, posicionamento este que encontra amparo no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal. No entanto, outro é o entendimento do STF, que, nos julgamentos do RE 466.343/SP e do HC 87.585/TO, por maioria de votos, entendeu que os tratados de direitos humanos aprovados antes da inclusão do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal possuem caráter supralegal (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014, *Op. cit.*, p. 46).
- 2 Sobre a temática, ver ainda a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que influenciaram sobremaneira o texto constitucional de 1988, especificamente quanto à positivação do sistema de proteção integral dos direitos da criança e do adolescente.
- 3 SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 23.

- 4 ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014, *Op. cit.*, p. 74.
- 5 De acordo com ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014, *Op. cit.*, p. 79. Destaca-se que a classificação de princípios, seus conceitos e aplicabilidade adotadas neste trabalho seguem as propostas contidas em: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 43 e ss; DAVID, Décio Franco. *Fundamentação principiológica do Direito Penal Econômico: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica*. 2014.263. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, Paraná, p. 153 e ss.; DAVID, Décio Franco; DRUMMOND, Fernanda Guerra; ZAMBIAZI, Larissa Horn. Relação entre normas e princípios no sistema penal. In: BUSATO, Paulo Cesar (Org.). *Fundamentos de direito penal*. Curitiba: Juruá, 2013, pp. 79-82.
- 6 Como princípios derivados pode-se citar os princípios da condição da criança e do adolescente como sujeito de direitos, da responsabilidade primária e solidária do poder público, da privacidade, da intervenção precoce, da intervenção mínima, da proporcionalidade e atualidade, da responsabilidade parental, da prevalência da família, da obrigatoriedade de informação e da oitiva obrigatória e participação (artigo 100, p. único, do Estatuto da Criança e do Adolescente), os quais não serão abordados no presente trabalho em razão da delimitação temática.
- 7 ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014, *Op. cit.*, p. 80. De acordo com os autores, “Trata-se, pois, de conferir ao interesse superior da criança e do adolescente a posição de postulado normativo, em clara adesão à classificação proposta pelo jurista Humberto Ávila”. Sobre o tema, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 133-191.
- 8 ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2014, *Loc. cit.*
- 9 SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.
- 10 SARAIVA, 2010, *Op. cit.*, p. 41.
- 11 SARAIVA, 2010, *Loc. cit.*
- 12 FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do Direito Penal – Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 31.
- 13 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 89.
- 14 BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 7.
- 15 BAUMAN, 2009, *Loc. cit.*
- 16 *Ibidem*, p. 16.
- 17 Mais detalhes sobre tais ponderações: DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. Tutela Jurídica das Relações de Consumo: uma análise da atuação do Direito Penal na pós-modernidade. In: *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012, Uberlândia. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. v. 21.. pp. 7497-7519.
- 18 GUARAGNI, Fábio André; D’AQUINO, Dante Bruno. “Póstuma modernidade” e erro de proibição. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 88, ano 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-fev/2011, p. 57.
- 19 *Idem*, p. 53. No mesmo contexto, Merton afirma que as metas culturais se baseiam nos desejos a serem alcançados, que no modelo atual do capitalismo influenciado diretamente pelo *American dream* significa ser sucedido com o carro importado, a roupa cara, joias e sapatos, etc. Sobre o assunto: SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 92-99.
- 20 GUARAGNI; D’AQUINO, 2011, *Op. cit.*, p. 53.
- 21 GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. *Tutela penal do consumo: abordagem dos aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 7º da Lei nº 8.137, de 27.12.1990*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 14.
- 22 HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 496.
- 23 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 88.
- 24 BAUMAN, 2001, *Loc. cit.*

- 25 Em suas próprias palavras: “Esta designação, porém, é ambígua e traiçoeira, pois pode fazer crer que no período actual o capitalismo não é organizado, o que está longe de ser verdade. De facto, pode afirmar-se precisamente o contrário, que o capitalismo está hoje mais organizado do que nunca. A expressão capitalismo desorganizado significa, em primeiro lugar, que as formas de organização típicas do segundo período estão a ser gradualmente desmanteladas ou reconstituídas num nível de coerência muito mais baixo, e, em segundo lugar, que, precisamente por esse processo estar a decorrer, é muito mais visível a demolição das antigas formas organizativas do que o perfil das novas formas que irão substituí-las” (*Op. cit.*, p. 153.)
- 26 Além deste preceito, o artigo 170, inciso V, da Constituição Federal define como princípio da ordem econômica a defesa do consumidor, reforçando a intervenção jurídica estatal sobre a matéria.
- 27 Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:
- I – linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
 - II – trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
 - III – representação de criança;
 - IV – pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
 - V – personagens ou apresentadores infantis;
 - VI – desenho animado ou de animação;
 - VII – bonecos ou similares;
 - VIII – promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e
 - IX – promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.
- § 1º O disposto no caput se aplica à publicidade e à comunicação mercadológica realizada, dentre outros meios e lugares, em eventos, espaços públicos, páginas de internet, canais televisivos, em qualquer horário, por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente e adulto.
- § 2º Considera-se abusiva a publicidade e comunicação mercadológica no interior de creches e das instituições escolares da educação infantil e fundamental, inclusive em seus uniformes escolares ou materiais didáticos.
- § 3º As disposições neste artigo não se aplicam às campanhas de utilidade pública que não configurem estratégia publicitária referente a informações sobre boa alimentação, segurança, educação, saúde, entre outros itens relativos ao melhor desenvolvimento da criança no meio social.
- 28 BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo Parasitário*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 33.
- 29 Já afirmava Nietzsche que “a meta do Estado nunca deve ser o Estado, mas sempre o indivíduo” (NIETZSCHE, Friedrich. *Sabedoria para Depois de Amanhã*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 53).
- 30 BUSATO, Paulo César. Por que, afinal, aplicam-se penas? *In*: Schmidt, Andrei Zenkner. *Novos rumos do direito penal contemporâneo* – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 518.
- 31 BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal* – Fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 111
- 32 GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. *O amor nos tempos do cólera*. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 41.



ARQUIVO PESSOAL

DÉCIO FRANCO DAVID é Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Gestão de Direito Empresarial pela FAE Centro Universitário. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Professor Substituto de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Penal da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESPPR), mantida pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP). Advogado criminalista.

Reflexões sobre a publicidade infantil

■ POR LEONARDO PESSOA

“A publicidade direcionada ao público infantojuvenil não pode ser proibida ou sofrer restrição legislativa que mitigue o direito à liberdade de manifestação do pensamento. Desta feita, caberá sempre a análise da situação fática com o intuito de afastar possíveis lesões aos direitos das crianças e adolescentes, nos termos do disposto no CDC e outras normas legais ou infralegais (por exemplo, o ECA e as resoluções do Conanda)”



Dariamente, os consumidores são bombardeados por mensagens publicitárias dos fornecedores de produtos e serviços. Ocorre, contudo, que a propaganda também atinge as crianças e adolescentes. É a denominada publicidade infantil ou infantojuvenil.

Nesse sentido, é cediço que as empresas de marketing e publicidade frequentemente direcionam de forma proposital suas campanhas para persuadirem as crianças e adolescentes a comprarem determinados produtos ou serviços, conforme comprova o estudo denominado *Publicidade Infantil no Conar*¹, elaborado pela empresa Medialogue por solicitação da Abap (Associação Brasileira de Agências de Publicidade) e cuja realização teve apoio do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar).

O estudo analisou quase 300 campanhas julgadas entre 2006 e 2013 e mostra os principais motivos das denúncias de publicidade irregular, os tipos de anúncios e as frases a serem evitadas.²

No estudo supracitado, elaborado pela Abap³, há indicação dos três fundamentos mais utilizados pelos denunciadores de propagandas abusivas veiculadas para crianças e adolescentes, a saber: a) apelo imperativo de consumo: 40%; b) incentivo a conduta inadequada: 9%; e c) vocalização de consumo pela criança: 7%. O estudo também revela os três grupos de produtos mais penalizados pelas propagandas abusivas para crianças e adolescentes: a) brinquedos: 18%; b) alimentos infantis: 16%; e c) outros: 9%.

O tema é atual e possui, inclusive, um projeto de lei tramitando desde 2001 no Congresso Nacional. Em 2001, o deputado federal Luiz Carlos Hauly apresentou um projeto de lei que visa proibir a publicidade destinada ao público infantil. O projeto está em debate na Câmara dos Deputados, desde então, sob o nº 5.921/2001.

O Projeto de Lei nº 5.921/2001 estabelece a inclusão de um § 2º ao art. 37 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), com a seguinte redação: “§ 2º-A. É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança”.

Frise-se que o referido deputado assevera sua insatisfação com o atual texto do art. 37, § 2º da Lei nº 8.078/1990 (CDC), que define a publicidade abusiva da seguinte forma: “dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

O texto atual do art. 37, § 2º do CDC, no entender do deputado federal, não normatiza adequadamente a publicidade direcionada a crianças e adolescentes.

Observa-se que o Projeto de Lei nº 5.921/2001 inclui dispositivo legal que proíbe a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis às crianças e aos adolescentes, enquanto o texto atual do art. 37, § 2º da Lei nº 8.078/1990 não proíbe a publicidade infantojuvenil, mas apenas veda a publicidade que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”.

A questão consiste em concordar que a legislação atual já é suficiente para regular a publicidade direcionada a crianças e adolescentes ou se é necessário acrescentar novo dispositivo legal que, taxativamente, proíba de forma absoluta a publicidade que vise atingir esse público.

A questão é complexa. Neste sentido, basta observar que o Projeto de Lei nº 5.921/2001 tramita⁴ no Congresso Nacional até os dias atuais, sem que exista um

consenso sobre sua pertinência ou não. Desde 19 de setembro de 2013, o Projeto Lei nº 5.921/2001 encontra-se em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, sem perspectiva de ser analisado de forma definitiva, embora existam alguns requerimentos para ser deliberado no Plenário da Câmara dos Deputados.

É importante destacar que em 31 de agosto de 2007 foi realizada uma audiência pública⁵ no âmbito da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados para debater o Projeto de Lei nº 5.921/2001.

Após análise dos debates ocorridos na audiência pública é possível observar duas correntes de pensamento opostas entre os debatedores. De um lado, o Conar, representado por seu presidente, à época, Gilberto Leyfert (que também era membro do Conselho de Comunicação Social) e a Abrinq (Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos), à época, representada por Synésio Batista da Costa, defendendo a legislação em vigor e criticando o texto do Projeto Lei nº 5.921/2001.

Do outro lado, apoiando a aprovação do Projeto de Lei nº 5.921/2001, além do autor do projeto havia José Eduardo Romão, chefe do Departamento de Classificação Indicativa do Ministério da Justiça; Ana Olmos, representando o Movimento Ética na TV; Guilherme Canela, representante do Núcleo de Mídia da UnB; Laurindo Lalo Leal Filho, representante da Assembleia Legislativa de Pernambuco e Edgar Rebouças, jornalista e professor. Em síntese, esse grupo manifestou-se em favor da aprovação do projeto de lei, bem como pela criação de legislação específica para restringir a publicidade infantil.

Em resumo, pode-se dividir o debate entre aqueles que acreditam que a legislação atual já é suficiente para proteger as crianças e os adolescentes e, por outro, aqueles que defendem uma regulamentação legislativa específica para a publicidade infantil ou, até mesmo, a vedação integral da publicidade infantil.

Enquanto não há uma definição do Poder Legislativo, o Poder Judiciário vem sendo demandado para o deslinde de diversas situações que têm como núcleo da controvérsia a publicidade infantil e a sua abusividade.

Neste ponto, é importante transcrever os dispositivos legais e constitucionais que estão sendo manejados pelo Poder Judiciário para a resolução das mais variadas situações que chegam aos tribunais.

Inicialmente, é importante observar que o art. 220 e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988, são taxativos ao determinarem que há liberdade de manifestação de pensamento (incluindo criação, expressão e informação) e que esta liberdade é regra que só pode ser excepcionalizada pelo próprio texto constitucional. Aliás, o parágrafo quarto permite a limitação da propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

Portanto, não há como ser legítima a interpretação de que o art. 3º (“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”) e o art. 58 (“No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura”), ambos da Lei nº 8.069/1990, poderiam impedir a publicidade infantil de ser veiculada.

Neste sentido, é importante observar que o art. 37, § 2º da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) está em conformidade com o texto constitucional, o

qual define a publicidade abusiva da seguinte forma: “dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

Nota-se que o disposto no art. 37 do CDC não se caracteriza em censura prévia ou inibição da livre manifestação de pensamento – o que seria totalmente inconstitucional. Ocorre, contudo, que a liberdade de manifestação de pensamento não significa impedimento para a responsabilização por danos causados a terceiros. Neste sentido, será ilícita somente aquela publicidade infantil que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”.

Considerando o disposto no art. 37 do CDC é importante destacar que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), da Secretaria de Direito Humanos, editou a Resolução nº 163, de 13 de março de 2014⁶, que dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. O art. 2º da Resolução tem o seguinte teor: “Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos: [...]”.

Nota-se que o regulamento editado pelo Conanda apenas exemplifica as hipóteses em que é possível observar a abusividade descrita no art. 37, § 2º do CDC.

Assim, é possível entender que o regramento do CDC já é suficiente para atender aos ditames constitucionais e, portanto, não há necessidade de acrescentar dispositivo legal que limite ou proíba a propaganda infantil.

Não obstante o entendimento supracitado, cabe frisar que o Poder Judiciário tem manifestações contraditórias, conforme será demonstrado a seguir.

Em 2012, os integrantes da Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação Cível nº 0025180-44.2009.8.26.0053, decidiram:

APELAÇÃO Publicidade abusiva Pretensão anulatória de auto de infração e imposição de multa do PROCON Indução ao consumo de produtos de qualidade nutricional baixa, aproveitando-se da deficiência de julgamento e experiência de crianças Não verificação, *in casu*, de abusividade Inteligência do art. 37, § 2º, do CDC Campanha publicitária que se ateu aos limites da livre concorrência e da legalidade Inexistência de razão, ante a campanha veiculada, para se afirmar ofensa à hipossuficiente Sentença de procedência reformada apenas para redução da verba honorária, ante a necessária equidade RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não se verificando na campanha publicitária excesso qualificável como patológico nem ofensa aos hipossuficientes (crianças), por desrespeito à dignidade humana, por indução de comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança pessoal, por exploração de diminuta capacidade de discernimento ou inexperiência, por opressão, ou ainda, por estratégia de coação moral ao consumo ou abuso de persuasão, não se justifica a autuação e a punição aplicada pelo PROCON (Apelação Cível nº 0025180-44.2009.8.26.0053, 1ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Vicente de Abreu Amadei, j. 27.11.2012).⁷

Em 2015, os integrantes da Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação Cível nº 0018234-17.2013.8.26.0053, decidiram:

MULTA ADMINISTRATIVA Sanção cominada pelo PROCON em razão de publicidade considerada abusiva Veiculação da comercialização de lanches e brinquedos atrelados a ocasiões de convívio Kit “Mc Lanche Feliz” Abusividade não verificada, não comportando interpretação literal o disposto na Resolução nº 163/2014 do CONANDA Responsabilidade familiar pela educação dos filhos que não pode ser absorvida pelo Estado em todas as hipóteses, em paternalismo injustificável Precedente jurisprudencial Apelação do PROCON não provida.” (Apelação Cível nº 0018234-17.2013.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Fermino Magnani Filho, j. 29/06/2015).⁸

Em ambas as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo é possível verificar que os desembargadores não vislumbraram prática abusiva na publicidade direcionada a crianças e adolescentes, partindo de quatro premissas:

- a) a sociedade brasileira se rege pelo modelo capitalista, e as consequências dessa opção econômica e cultural não de ser assumidas;
- b) cabe à família, notadamente aos pais ou ao responsável legal, o poder-dever da boa educação dos filhos, inclusive o ônus de reprimi-los nos apelos inconvenientes ao seu bem-estar social, físico e mental;
- c) crianças bem educadas no berço, por força do afeto e da autoridade dos pais ou responsável, saberão resistir aos apelos consumistas;
- d) não deve o Estado, de modo paternalista, sobrepor-se às obrigações primárias da família, sobretudo quando incitado pelo barulho muito atual, mas com um quê autoritário, da militância “ongueira”, sob pena do esgarçamento da legitimidade de seus atos de império.

Além das premissas supracitadas é importante observar um trecho do voto do desembargador relator Fermino Magnani Filho, na Apelação Cível nº 0018234-17.2013.8.26.0053:

Crianças, é fato, são mais suscetíveis de se curvar à insistência mercadológica. É nítido o direcionamento das mensagens que visam atingir o seu universo lúdico particular: cores sortidas e vibrantes, situações e imagens de alegria, brindes de personagens infantis. Esta é a porta de acesso que induz os pequenos ao querer, ao desejo dos produtos e serviços. Todavia, não é porque existe o chamariz que sempre se compra. Pressupõe-se isso é essencial, e somente relativizado em hipóteses casuísticas uma margem de decisão, de escolha racionalizada. Daí que a estratégia publicitária não será sempre abusiva. Não se pode admitir interpretação literal da Resolução nº 163/2014 do CONANDA. Há que se constituir de prejuízo evidente, que atravesse de modo direto (não oblíquo ou idealizado) a formação moral, intelectual, familiar e social do infante. O Estado não pode, a pretexto de regular as atividades de divulgação dos produtos, vedar peremptoriamente as mensagens dirigidas às crianças pelo só fato de atrelá-las ao universo lúdico, às personagens de estímulos do público infantil. Se o fizesse, iludido por iniciativas midiáticas, desbordaria num paternalismo sufocante (nanny state), interferindo em direitos individuais que ultrapassam a órbita pública e flertam com totalitarismos. [...]”⁹

Em 2016, os ministros integrantes da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, proferiram o seguinte acórdão no Recurso Especial nº 1.558.086:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMEN-

TOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, *mutatis mutandis*, o disposto na Súmula 284/STF.

2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente “venda casada”, ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC).

3. *In casu*, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha “Gulosos”. Recurso especial improvido.” (Recurso Especial nº 1.558.086. 2ª Turma do STJ, Ministro Relator Humberto Martins, j. 15.04.2016.)¹⁰

Chamam a atenção as considerações do ministro relator Humberto Martins sobre a publicidade direcionada ao público infantil, *in verbis*:

É abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, direta ou indiretamente, às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

Em síntese, os ministros do STJ entenderam que a publicidade infantil, especificamente de produtos alimentícios, deve ser considerada abusiva, pois o anúncio poderá influir negativamente na saúde das crianças. Nota-se, portanto, que a decisão do STJ admite a publicidade infantil, desde que respeite o disposto no CDC.

Diante de todas as decisões judiciais supracitadas, verificamos que no Poder Judiciário também existe a dicotomia entre duas correntes de pensamento. A primeira corrente, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entende que a legislação atual não veda a publicidade direcionada a crianças e adolescentes. Neste sentido, voltando ao debate sobre o PL nº 5.921/2001, é fácil perceber que os defensores da necessidade da aprovação do PL ganha força, haja vista que o TJSP entende que não existe ilegalidade na publicidade infantil.

Por outro lado, ao analisarmos o acórdão e o voto transcritos da decisão dos ministros do STJ resta evidenciado que a corrente que prevaleceu é no sentido de que a abusividade de uma propaganda independe da previsão taxativa de uma lei nova. Os ministros afirmam de forma cristalina que o atual texto do art. 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor é suficiente para considerar abusiva a publicidade direcionada para crianças e adolescentes, mesmo que não exista na legislação um comando expresso. Neste sentido, ganha força a tese dos que defendem que o PL nº 5.921/2001 não deve prosperar, pois não é necessário criar um dispositivo legal específico para proibir a propaganda infantil.

A questão ainda não foi enfrentada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, mas é possível verificar que os ministros do STF possivelmente seguirão o mesmo entendimento dos ministros do STJ, ao menos é isso que indica uma análise das ADPF 130/DF (DJe de 06.11.2009) e ADI 2.404 (DJe de 31.08.2016)¹¹

Na ADPF 130/DF os ministros do STF, em síntese, ao analisarem a compatibilidade da Lei Federal nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa) com o ordenamento jurídico hodierno, consignaram a plenitude do exercício da liberdade de expressão como decorrência da dignidade da pessoa humana e como meio de reafirmação de outras liberdades constitucionais. Neste sentido, a maioria dos ministros do STF entendeu que havia incompatibilidade material insuperável entre a Lei de Imprensa e a Constituição de 1988.

Nos debates travados pelos ministros no julgamento da ADPF 130/DF foi evidenciado que o regime de liberdade de informação jornalística está inserida na liberdade plena da manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Neste sentido, seria inconstitucional inserir no Código de Defesa do Consumidor um dispositivo que proibisse de forma taxativa qualquer publicidade direcionada ao público infantil, conforme previsto no texto original do Projeto de Lei nº 5.921/2001. Ademais, seria igualmente inconstitucional a instituição de uma lei específica para regular de forma restritiva a publicidade infantil, conforme previsto nos votos em separado e emendas apresentadas ao Projeto de Lei original.

Recentemente, no julgamento de outra demanda, a ADI 2.404 (Dje de 31.08.2016), o Plenário do STF, em conclusão de julgamento e por maioria, acolheu o pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei nº 8.069/1990 (“Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação: Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias”).

No julgamento, os ministros do STF reconheceram que “[...] a nulidade de qualquer sentido ou interpretação que condicione a veiculação de espetáculos públicos, por radiodifusão, ao juízo censório da administração, admitindo apenas, como juiz indicativo, a classificação de programas para sua exibição nos horários recomendados ao público infantil”.

Desta feita, os ministros do STF entenderam que a real consagração da liberdade de expressão, nos termos do art. 5º, IX, da CF, dependeria da liberdade de comunicação social, prevista no art. 220 da CF, de modo a garantir a livre circulação de ideias e de informações, a comunicação livre e pluralista, protegida da ingerência estatal.

Assim, liberdade de programação seria uma das dimensões da liberdade de expressão em sentido amplo, essencial para construir e consolidar uma esfera de discurso público qualificada.

Desta forma, é possível compatibilizar a defesa da criança e do adolescente contra a exposição de conteúdos inapropriados veiculados em diversões públicas e programas de rádio e de televisão, de um lado, tendo a garantia constitucional da liberdade de expressão de outro, observando-se o art. 21, XVI, da CF, bem como o art. 220, § 3º, I e II.

Os ministros do STF entenderam que o sistema de classificação indicativa seria, então, ponto de equilíbrio tênue adotado pela Constituição de 1988 para compatibilizar os dois postulados, a fim de velar pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão.

No entender dos ministros do STF, o texto constitucional buscou conferir aos pais, como reflexo do exercício do poder familiar, o papel de supervisão efetiva

sobre o conteúdo acessível aos filhos, enquanto não estiverem plenamente aptos a conviver com os influxos prejudiciais do meio social.

De todo modo, os ministros do STF deixaram evidenciado no acórdão que sempre será possível a responsabilização judicial das emissoras de radiodifusão por abusos ou danos à integridade de crianças e adolescentes, tendo em conta, inclusive, a recomendação do Ministério de Estado da Justiça em relação aos horários em que determinada programação seria adequada. Nesse aspecto, a liberdade de expressão exigiria igualmente responsabilidade no seu exercício. As emissoras deveriam observar na sua programação as cautelas necessárias às peculiaridades do público infantojuvenil.

Diante do entendimento exposto pelos ministros do STF é possível concluir que a publicidade direcionada ao público infantojuvenil não pode ser proibida ou sofrer restrição legislativa que mitigue o direito à liberdade de manifestação do pensamento. Desta feita, caberá sempre a análise da situação fática com o intuito de afastar possíveis lesões aos direitos das crianças e adolescentes, nos termos do disposto no CDC e outras normas legais ou infralegais (por exemplo, o ECA e as resoluções do Conanda)

Neste diapasão, é possível concluir que o Projeto de Lei nº 5.921/2001 não deve prosperar com o texto atual, haja vista que o teor dos seus dispositivos é altamente restritivo e, portanto, limita a liberdade de manifestação, evidenciando sua inconstitucionalidade. 

NOTAS

- 1 Disponível em: <http://www.somostodosresponsaveis.com.br/abap-lanca-estudo-sobre-publicidade-infantil-no-conar/>. Acesso em: 31 jan. 2017.
- 2 Disponível em: <http://www.somostodosresponsaveis.com.br/abap-lanca-estudo-sobre-publicidade-infantil-no-conar/>. Acesso em: 31 jan. 2017.
- 3 Disponível em: <http://www.somostodosresponsaveis.com.br/abap-lanca-estudo-sobre-publicidade-infantil-no-conar/>. Acesso em: 31 jan. 2017.
- 4 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201>. Acessado em: 31 de jan. 2017.
- 5 Disponível em: <http://www.haully.com.br/ps/42.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.
- 6 Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=4&data=04/04/2014>. Acesso em 31 jan. 2017.
- 7 Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118252504/apela-o-apl-359291820128260053-sp-0035929-1820128260053/inteiro-teor-118252511?ref=juris-tabs>. Acesso em: 31 jan. 2017.
- 8 Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204200291/apelacao-apl-182341720138260053-sp-0018234-1720138260053/inteiro-teor-204200316>. Acesso em: 31 jan. 2017.
- 9 Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204200291/apelacao-apl-182341720138260053-sp-0018234-1720138260053/inteiro-teor-204200316>. Acesso em: 31 jan. 2017.
- 10 Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339859993/recurso-especial-resp-1558086-sp-2015-0061578-0/relatorio-e-voto-339860039>. Acesso em: 31 jan. 2017.
- 11 Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 02 fev. 2017.



ARQUIVO PESSOA

LEONARDO RIBEIRO PESSOA é advogado especializado em Direito Empresarial e Tributário. Autor de livros e artigos jurídicos. Sócio do escritório de Advocacia Simonato & Pessoa Advogados. Mestre em Direito Empresarial e Tributário pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Pós-graduado no MBA em Gestão Empresarial em Tributação e Contabilidade pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduado em Direito Tributário e Legislação de Impostos pela Universidade Estácio de Sá (Unesa). Pós-graduado em Docência do Ensino Superior pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá (Unesa). Professor convidado do FGV Law Program FGV. Pesquisador da FGV. Professor de Direito Empresarial e Tributário da IAG – Escola de Negócios da PUC-Rio, do IBMEC- RJ e da Unigranrio.

Publicidade direcionada a crianças e adolescentes: Abuso de direito e prática abusiva; responsabilidade solidária entre fornecedores, agências de publicidade e meios de comunicação

■ POR EDUARDO ARIENTE

A exposição à publicidade é danosa à formação das crianças não apenas por frustrar ampla gama de crianças pobres, que não poderão consumir os produtos anunciados, mas também por despertar desejos de aquisição de objetos inúteis ou inapropriados nessa etapa de desenvolvimento da pessoa.

O tema sobre o qual trataremos – a publicidade direcionada a crianças – reflete não apenas um debate jurídico, mas também, em alguma medida, um modelo de sociedade e a participação que esperamos do Estado na vida social.

Algumas vozes, com olhar mais protetivo às crianças, reconhecem de plano a abusividade de qualquer forma de sugestão que tenha por finalidade despertar o desejo de consumo naqueles ainda despreparados para lidar com o assédio publicitário. Outras sustentam não haver abusividade na publicidade direcionada às crianças e aos adolescentes, pois ao agir assim haveria certo paternalismo asfixiante da parte do Estado, intervenção indevida na livre iniciativa, aparelhamento do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e por ONGs, além de transferência da responsabilidade dos pais ao Estado.

Sobre esses temas discorreremos e ensaiaremos uma resposta jurídica acerca de pontos de vista tão díspares. Convém iniciar por uma leitura dos dispositivos constitucionais específicos. Depois, analisaremos a eficácia da Resolução nº 163/2014 do Conanda, das previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Defesa do Consumidor e a conveniência de aprovação do PL nº 5.921/2001, que cuida de alterar o CDC para enfatizar a abusividade da propaganda direcionada às crianças. Por fim, traremos uma análise da jurisprudência e comentários derradeiros.

LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

Em primeiro lugar, não devemos confundir o direito à liberdade de expressão previsto nos arts. 5º e 220 e seguintes da Constituição de 1988 com publicidade comercial. Esta última, por ser fruto da atividade empresarial, deve ser regida pelos artigos específicos destinados a reger a ordem econômica (arts. 170-192).¹ Desta forma, parece um tanto bizarro defender a existência de “liberdade de expressão comercial”². Para Antonio Herman Benjamin, embora em regra a atividade publicitária seja livre, em setores delimitados deve haver restrições para que ela cumpra sua função social. “Controla-se, então, a publicidade, porque se controla a empresa”.³

Ainda que a liberdade e a propriedade sejam direitos fundamentais não se pode dizer o mesmo sobre a publicidade regida mais especificamente pelos princípios da ordem econômica. A chamada ordem econômica não basta por si mesma. Ela deve servir, antes de qualquer outra função, para viabilizar o exercício dos direitos fundamentais e cumprir os compromissos sociais advindos da redemocratização do país no período pós ditadura militar.

O traço marcante da Carta de 1988 em face das anteriores é exatamente o apreço que atribuiu à dignidade humana. Vigora uma concepção de Estado que pretende ter caráter social e de promoção de direitos. O chamado “capitalismo selvagem” foi em alguma medida domesticado por uma feição dirigista e programática da Constituição.

Para atingir esses objetivos de redução das desigualdades sociais e promoção da dignidade humana é natural que o Estado seja obrigado a intervir na livre iniciativa. Nas palavras de Eros Grau, a partir da redemocratização do país em 1988, “a ordem econômica liberal é substituída pela ordem econômica intervencionista”.⁴

Uma das formas de consecução desses objetivos é precisamente a adoção de políticas públicas, na forma de criação de normas, dotação orçamentária e aparatos administrativos. Essas medidas representam precisamente um modelo de Estado que busca efetivar direitos fundamentais e não apenas ser expectador das ações do mercado (ainda que o mercado possua o protagonismo das ações econômicas).

Quando nos referimos à temática concernente às crianças e aos adolescentes, evidentemente que não se pode descuidar das doutrinas da proteção integral e da prioridade nas políticas públicas, extraídas do art. 227 da Constituição Federal.⁵

Assim, é possível afirmar que, no âmbito da Constituição de 1988, as ações econômicas do mercado possuem ao menos duas condicionantes específicas quando se trata de crianças e adolescentes: aquelas previstas no *caput* e incisos dos arts. 170 e do art. 227. Proteção da infância e da juventude, em termos simples, são requisitos adicionais para o exercício da atividade lucrativa. Sem respeito à proteção da infância, a livre iniciativa pode incorrer em prática abusiva e abuso de direito (art. 39 do CDC e 187 do Código Civil).

Por fim, vale recordar que, em sentido preciso, no texto constitucional “publicidade” não se confunde com “informação”. Esta se refere à disseminação de mensagens indispensáveis ao exercício da cidadania e ao debate público, produzidas tanto por empresas jornalísticas, pelos próprios cidadãos, ou por órgãos públicos.

Respeitando opiniões divergentes, a nosso ver, inexistente no direito à informação intenção deliberadamente mercadológica de venda de produtos ou serviços. Essa característica é própria da publicidade. Confundir os termos serve apenas àqueles que desejam conferir à publicidade status de direito fundamental.

A regulamentação infraconstitucional da publicidade direcionada às crianças e aos adolescentes – Resolução nº 163/2014 do Conanda, ECA, Código de Defesa do Consumidor e o PL nº 5.921/2001

A regulamentação infraconstitucional da publicidade no Brasil é essencialmente aquela regida pelo Código de Defesa do Consumidor. A questão que estamos a examinar, sobre a possibilidade jurídica de se realizar publicidade direcionada a crianças e adolescentes, nada mais é do que a interpretação dos arts. 37 § 2º e 39, IV:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. [...] § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. (Grifamos)

Em adição, o art. 39, inciso IV, do mesmo Código, ao tratar sobre as práticas comerciais abusivas, assim dispôs:

*É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas **prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.** (grifamos)*

O Estatuto da Criança e do Adolescente, norma de vanguarda, que em 1990 regulamentou o art. 227 da Constituição Federal, merece algumas considerações sobre a proteção da infância. Vale destacar a proteção integral (art. 1º e 3º), proteção contra a exploração (art. 5º), condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º) e o direito ao respeito (art. 17).

Mais especificamente sobre o debate em exame, cumpre indagar: toda publicidade direcionada a crianças e adolescentes, por si só, deve ser considerada abusiva ou seria necessário, nos casos concretos, investigar se determinado anunciante se aproveitou da ignorância ou ingenuidade das crianças para divulgar produtos ou serviços?

Antes de ensaiar uma resposta, convém rememorar o princípio motor das relações de consumo: o princípio da vulnerabilidade (art. 4º, inciso I do CDC). De acordo com tal premissa, os consumidores são, por força da lei, e de forma a concretizar o princípio constitucional da igualdade, vulneráveis diante dos fornecedores.

Criado a partir da doutrina consumerista e já aceita amplamente pelos tribunais, temos grupos sociais denominados *hipervulneráveis*, *super vulneráveis*, ou ainda dotados de *vulnerabilidade agravada*⁶. São crianças, idosos, doentes crônicos e superendividados. A doutrina reservou a eles nomenclatura especial diante de suas condições e fragilidades mais agudas. Decerto, diante dessas peculiaridades, os deveres de lealdade, boa-fé e respeito merecem ser observados com maior rigor⁷.

Tendo em vista a condição de hipervulnerável dos infantes entendemos que a simples exposição à publicidade, e não alguma artimanha específica que explore de forma mais acentuada, configura abusividade.

De um lado, os emissores da mensagem publicitária são profissionais treinados em capturar a atenção humana e sugerir o consumo de marcas, produtos ou serviços. De outro lado, por vezes crianças desacompanhadas dos pais ou responsáveis são expostas à publicidade comercial não apenas diante da televisão, mas de celulares e *tablets*.

São pessoas que, muitas vezes, sequer tiveram tempo e oportunidade de ser educadas para o consumo, (art. 4º, inciso IV e 6º, II, todos do CDC). Ademais, mesmo adultos sequer conseguem perceber que certos programas de TV ou vídeos intercalados em desenhos infantis são, na verdade, publicidade não ostensiva, o que viola o art. 36 do CDC⁸.

O mero “diálogo” entre crianças e meios de comunicação que divulga propaganda já deveria ensejar ações do Estado e da sociedade para proteger os mais vulneráveis. Inexiste “diálogo” desinteressado entre anunciantes e pessoas da primeira idade. Também, é difícil sustentar que ao “direito” de fazer publicidade direcionada a crianças corresponda qualquer “dever” dos pais ou responsáveis. Evoca-se um “direito” de bombardear crianças com sugestões de compra e o consequente “dever” dos pais de tolerar assédio de consumo aos seus filhos, inclusive de empresas que comercializam alimentos calóricos⁹. Conforme escreveu o professor titular do Departamento de Psicologia da USP, Yves de La Taille:

Como dito, é mais fácil despertar vontades em quem ainda não se fixou sobre quererem do que em pessoas que já possuem metas definidas. Logo, a resistência afetiva aos apelos publicitários tende a ser fraca, e assim de os anunciantes terem êxito em seduzir a criança a querer algo que, minutos antes de ver o anúncio publicitário, ela nem sabia que existia e, portanto, não desejava. Tanto é verdade que, não raro, veem-se crianças, num primeiro momento, encantadas em receber o objeto cobiçado desde o momento em que conheceram por meio de um anúncio e, num segundo (às vezes poucas horas depois), desinteressarem-se completamente. [...] Sendo as crianças de até doze anos, em média, ainda bastante referenciadas por figuras de prestígio e autoridade [...] é real a influência que a publicidade pode ter sobre elas, a qual pode ser potencialmente aumentada se aparecerem personagens e/ou apresentadores de programas infantis.¹⁰

A exposição à publicidade é danosa à formação das crianças não apenas por frustrar ampla gama de crianças pobres, que não poderão consumir os produtos

anunciados, mas também por despertar desejos de aquisição de objetos inúteis ou inapropriados nessa etapa de desenvolvimento da pessoa.¹¹

Basta sintonizar uma emissora de televisão ou site que veicule desenhos infantis para verificar que os mesmos personagens que aparecem nas animações permanecem saltitantes nos intervalos comerciais, como se um fosse prolongamento necessário do outro. Talvez sem necessitar recorrer a teorias conspiratórias, seja isso mesmo que ocorra.

Conforme matéria assinada por Gabriela Sá Pessoa para o jornal *Folha de São Paulo*, edição de 11.08.2016, horários destinados à programação infantil na TV aberta são preenchidos por desenhos concedidos gratuitamente às emissoras ou pagos por empresas titulares de licenciamento de produtos exibidos na programação.¹² Segundo a mesma matéria jornalística, a *TV Cultura* de São Paulo, que se diz pública, adota os mesmos critérios. O diretor-presidente da mantenedora da Cultura não viu problemas nesse acordo comercial, conforme o trecho extraído da reportagem, a seguir transcrito:

Mendonça afirma que os interesses das marcas em usar a exposição na TV para vender são “legítimos e naturais” e que a seleção segue os critérios educativos estabelecidos pelo estatuto da emissora. Diz ainda que o horário de exibição é definido pela Cultura.

Contudo, prossegue o mesmo texto:

Sob anonimato, um diretor do canal diz não ver propósito educativo em desenhos como “Winx” e que a escolha não foi debatida pela cúpula. Segundo esse diretor, houve escolha de horários: em troca da visibilidade (diariamente às 8h40 e 13h35), os distribuidores de “Peppa Pig” ofereceram à TV desconto nos episódios, que saíram por R\$ 101,4 mil.

Podemos afirmar, portanto, a partir dessa narrativa, que para os titulares das marcas e direitos autorais a exposição das personagens infantis para fins de obter mais contratos de licenciamento compensa a exposição dos desenhos de forma gratuita ou por valores abaixo do mercado, ao menos nas emissoras de TV aberta, sejam elas privadas ou não.

Por outro lado, em parecer elaborado a pedido de uma loja de departamentos alvo de ação civil pública proposta pelo MP-SP, Nelson Nery sustenta a impossibilidade de a publicidade infantil ser vedada em abstrato por meio da legislação sem agressão à liberdade de expressão, à legalidade e à livre iniciativa. Nem o Legislativo, tampouco o Judiciário poderiam, de forma abstrata, segundo Nery, proibir a veiculação de publicidade, inclusive a infantil¹³. O citado autor advoga que as restrições à publicidade são apenas aquelas que o constituinte expressamente registrou: tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (CF 220 § 4º). Por fim, destaca que restrição prévia e absoluta não é admitida no direito brasileiro, seja em relação a certo produto, seja em relação ao público a que destina¹⁴.

Em outro caso em que prevaleceu essa posição mais liberalizante a favor do mercado, na Apelação nº 0018234-17.2013.8.26.0053, do TJ-SP, o Rel. Fermino Magnani Filho derrubou multa aplicada pelo Procon a uma empresa do setor de alimentos e bebidas em razão de publicidade abusiva na medida em que a empresa promoveu um produto que congrega lanches e brinquedos perante o público infantil. O citado relator adotou como premissas para sua decisão os seguintes postulados:

- a) A sociedade brasileira se rege pelo modelo capitalista, e as consequências dessa opção econômica e cultural hão de ser assumidas;
- b) Cabe à família, notadamente aos pais ou ao responsável legal, o poder-dever da boa educação dos filhos, inclusive o ônus de reprimi-los nos apelos inconvenientes ao seu bem estar social, físico e mental;
- c) **Crianças bem educadas no berço, por força do afeto e da autoridade dos pais ou responsável, saberão resistir aos apelos consumistas;**
- d) **Não deve o Estado, de modo paternalista, sobrepor-se às obrigações primárias da família, sobretudo quando incitado pelo barulho muito atual, mas com um quê autoritário, da militância “ongueira”, sob pena do esgarçamento da legitimidade de seus atos de império.** (grifos nossos)¹⁵

A posição mais recente do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, de março de 2016, foi exposta no REsp 1.558.086. Em 2009, o MP-SP moveu ação civil pública em face de uma empresa de alimentos que promoveu seus produtos ao público infantil mediante oferecimento de relógios de pulso do personagem *Shrek* que somente poderiam ser adquiridos com R\$ 5,00 mais cinco embalagens de bolachas recheadas.

O ministro Humberto Martins, relator do processo, entendeu haver dupla abusividade na conduta da empresa ré: em função da publicidade direcionada ao público infantil e pelo condicionamento do consumo de pacotes de bolachas para poder adquirir relógio. Inexistiu, segundo Martins, no caso concreto, fornecimento de “brinde”, pois a relação era onerosa. O voto condutor deixou claro que o marketing dirigido de forma direta ou indireta às crianças é abusivo:

A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).¹⁶

Quanto à eficácia jurídica da Resolução nº 163/2014 da Conanda¹⁷, que dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, somos partidários da visão segundo a qual se trata de regulamentação infra legal que explicita uma interpretação restritiva de qualquer modalidade de publicidade ao público infantil¹⁸. Assim, a polêmica resolução efetivamente não cria direitos, tampouco obrigações que leis ordinárias já não haviam criado anteriormente.

Em relação ao PL nº 5.921/2001, que busca explicitar a abusividade contida no art. 37 do CDC nas propagandas direcionadas ao público infantil, apesar de suas boas intenções, julgamos de certa desnecessidade¹⁹.

Primeiro, por enfraquecer o argumento de que os arts. 37 § 2º e 39, IV, do CDC não são suficientemente claros ao dizer que publicidade direcionada ao público infantil é abusiva. Ademais, seria uma redundância hermenêutica repetir um comando que o estatuto consumerista já traz.

Segundo, porque parece solução carregada de ares positivistas, nos quais a lei soa como única fonte do direito. Como acabamos de ver, precedentes dos tribunais superiores em matéria infraconstitucional vem sendo favorável à proteção das crianças. O problema que enfrentamos não é a falta de leis sobre o assunto, já que

podemos mencionar o ECA, o CDC, a Lei nº 9.294/1996, que restringe a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas e de outros mercados, a Lei nº 11.265/2006, que regulamenta a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância, as normas do próprio mercado, como as editadas pelo Conar.

Com efeito, inserir mais normas nesse cenário provavelmente não vai alterar a realidade de forma impactante. Se as demais normas são frequentemente desrespeitadas, provavelmente esta também será. Entendemos que para resguardar os direitos da criança e do adolescente diante da publicidade o quadro normativo é suficiente. Falta, talvez, consolidação maior da jurisprudência e fiscalização administrativa.

Assim, o que poderia, sim, ser bastante útil seria o fortalecimento das estruturas dos Procons estaduais e municipais, bem como colaborar para o desenvolvimento de associações representativas, como Alana, Idec e o Balcão do Consumidor, elogiável atividade de extensão da Universidade de Passo Fundo-RS, e demais legitimados para propor ações civis públicas em favor das crianças e adolescentes.

CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DA ABUSIVIDADE DA PROPAGANDA

No âmbito da proteção ao consumidor, reconhecendo suas diversas vulnerabilidades perante os fornecedores – informativa, econômica, técnica e jurídica (art. 4º, I) a codificação de consumo assegurou, entre outros direitos, a preservação das integridades física, moral e econômica, (art. 6º, I), a proteção contra publicidades abusiva e enganosa, (art. 6, IV) mediante efetiva reparação dos danos causados, sejam eles individuais, coletivos ou difusos. (art. 6º, VI).

Em termos gerais no Código de Defesa do Consumidor, todos os fornecedores que obtiveram lucros ou vantagens, diretas ou indiretas, são responsáveis solidários pelos danos causados aos consumidores. (art. 25 § 1º e 34 do CDC).

Além do fornecedor-anunciante, a agência e o veículo que divulgar publicidade poderiam ser responsabilizados solidariamente por danos decorrentes de divulgação da propaganda em desacordo com as normas legais²⁰. Evidentemente, se for o caso, aquele que pagar indenização por culpa alheia terá assegurado o direito de regresso (art. 88 do CDC).

No entender de Cláudia Lima Marques, o responsável civil pela veiculação da publicidade abusiva é quem dela se beneficia para promover seus produtos ou serviços, ao passo que as vítimas são toda a coletividade, denominada pelo CDC como consumidores por equiparação (art. 29 do CDC)²¹. Os consumidores por equiparação, mesmo não tendo firmado diretamente uma relação de consumo, são vítimas de danos causados por fornecedores. Trata-se de uma maneira de ampliar a incidência do CDC às vítimas atingidas ou prejudicadas por atividades dos fornecedores no mercado²². Os danos aos consumidores em razão de veiculação de publicidade abusiva sequer precisam ser efetivos, bastando a sua potencialidade²³.

Se, por um lado, na publicidade enganosa o veículo dificilmente teria como saber que o teor de certa peça publicitária não corresponde à realidade em termos de preços praticados, condições de parcelamento e juros, quando se tratar de publicidade abusiva, sobretudo quando direcionada à criança, o veículo de mídia não poderia alegar desconhecimento. Ademais, a ignorância sobre os vícios por inadequação de produtos ou serviços não exime o fornecedor de culpa (art. 23 do CDC). Além dos danos individuais, coletivos e difusos correspondentes, há que

se cogitar da sanção administrativa de contrapropaganda às expensas do ofensor (art. 56, XII do CDC).

CONCLUSÕES

A publicidade direcionada a crianças e adolescentes, quando dialogar diretamente com esses possíveis consumidores, mediante uso de personagens, apresentadores infantis, apelo à fantasia e à imaginação, deve ser proibida. Para não ser considerada abusiva, parece correta a visão de que a publicidade deveria ser direcionada apenas aos pais ou responsáveis, em horários e mediante linguagem condizentes.

Devemos partir do pressuposto de que o modelo de sociedade traçado a partir da Constituição Federal de 1988, apesar de prestigiar o livre mercado, insere importantes condicionamentos para o seu funcionamento. A proteção da infância, certamente, é uma delas. Aproveitar da ingenuidade de criança para despertar desejos de comprar produtos que as condições materiais dos seus responsáveis não permitirão, ou que serão a elas inúteis em curto prazo de tempo, deveria ser encarada como abuso de direito. Os meios legais para tais conclusões, a nosso ver, existem, e poderiam ser mais utilizados e disseminados.

Atribuir apenas aos pais a responsabilidade de dizer “não” aos desejos de consumo das crianças equivale a negar os direitos mais elementares das crianças em termos de proteção, consideração de pessoa em desenvolvimento, sem falar na sua hipervulnerabilidade.

Na ausência de uma coletividade que se organize em favor da proteção das crianças, o mercado prossegue aproveitando das fraquezas de quem ainda não teve a oportunidade de ser educado para o consumo e de consolidar estrutura cognitiva e emocional para julgar mais adequadamente a necessidade e a conveniência de consumir.

Com efeito, urge pensarmos em publicidade direcionada a crianças e adolescentes como modalidade de publicidade abusiva e prática abusiva. Tais condutas podem ser reprimidas por tutelas coletivas que demandem reparação dos danos difusos causados, independentemente de comprovação de culpa, perante todos os fornecedores que tomaram parte na relação, como agências, veículos e anunciantes.

Entre um modelo de sociedade mais liberalizante, que dê mais importância ao direito de as empresas realizarem publicidade direcionada às crianças e aos adolescentes do que à proteção destes, e outro mais protetivo às pessoas da primeira infância, que vê nessas condutas práticas abusivas em função das suas consequências negativas para a formação de pessoas em desenvolvimento, preferimos viver e criar nossos filhos neste último. 

NOTAS

- 1 NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Publicidade Comercial: Proteção e limites na Constituição de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, p. 154.
- 2 NA ADI 3311, proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), contra a regulamentação do art. 220 §4º da CF, que restringe a publicidade de tabaco, medicamentos e agrotóxicos, pela Lei nº 9.294/96, a petição inicial evocou o “núcleo essencial do direito de fazer publicidade de tabaco”. Acerca do tema, conferir MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES À PUBLICIDADE DE BEBIDAS ALCÓOLICAS E TABACO POR LEI FEDERAL. Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública (art. 170, CF/88). Revista de Direito do Consumidor, vol. 59/2006, p. 197-240, jul.-set./2006.

- 3 BENJAMIN, Antonio Herman. O CONTROLE JURÍDICO DA PUBLICIDADE. Revista de Direito do Consumidor, vol. 9/1994, p. 25-57, jan.-mar./1994, p. 36-37.
- 4 GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 57.
- 5 Sobre o princípio da prioridade e da proteção integral, ver ARE 639337 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15.09.2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=639337&classe=ARE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 05.02.2017.
- 6 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2013, p. 230.
- 7 A esse respeito, ver BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na “vulnerabilidade agravada”: como proteger as crianças consumidoras? Revista de Direito do Consumidor, vol. 90/2013, p. 69-90, nov.-dez/2013.
- 8 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 36. *A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.*
- 9 Idem, p.117. Matéria do Jornal The Guardian divulgada em 24.01.2014 indicou uma pesquisa cujos resultados mostraram que, em 3 supermercados da cidade de Sheffield na Inglaterra sobre os displays de produtos direcionados a crianças, 90% deles continham produtos com excesso de açúcar, gordura ou sódio. Fonte: <<https://www.theguardian.com/society/2014/jan/24/children-supermarket-checkouts-unhealthy-study>> Acesso em: 07.02.2017.
- 10 LA TAILLE, Yves de. A Publicidade dirigida ao público infantil: Considerações psicológicas. In FONTENELLE, Lais (org.) Criança e Consumo. São Paulo: Alana, 2016, p. 106.
- 11 Idem, p. 117.
- 12 <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/08/1801269-apos-proibicao-de-publicidade-infantil-canais-vendem-espaco-para-desenhos.shtml>> Acesso em: 04.02.2017.
- 13 NERY JUNIOR, Nelson. LIMITES PARA A PUBLICIDADE INFANTIL – DIREITO FUNDAMENTAL À COMUNICAÇÃO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA INICIATIVA PRIVADA. Soluções Práticas de Direito – Nelson Nery Junior, v. 1/2014, p. 427-465, set./2014, DTR/2014/15180.
- 14 Idem.
- 15 TJ-SP. Apelação nº 0018234-17.2013.8.26.0053, Rel, Fermino Magnani Filho.
- 16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.558.086, Rel. Min. Humberto Martins.
- 17 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em <<http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2017.
- 18 Conferir MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por Resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – Conanda. Parecer. Revista de Direito do Consumidor – vol. 95/2014, p. 459-495, set.-out./2014 |
- 19 Projeto de Lei nº 5921/01. Acrescenta parágrafo ao art. 37, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”. Fonte: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201>> Acesso em: 02 fev. 2017.
- 20 NUNES, Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 566.
- 21 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2016 p. 915-916.
- 22 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2013, p. 118.
- 23 NUNES, *Op. cit.*, p. 573-574.



EDUARDO ALTOMARE ARIENTE é mestre e doutor em direito pela USP, professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie e do Departamento de Ciências da Computação do IME-USP



“Há de se deixar claro a responsabilidade da família, célula base da sociedade, na criação e na educação dos filhos, na atribuição de limites e na apresentação de exemplos. Nesse sentido, o Ministério Público, as políticas de educação, os diversos órgãos reguladores e a sociedade organizada deverão ser “as mãos” do Estado Democrático de Direito para assegurar condições para a garantia do desempenho da missão educadora da família.”

Publicidade Infantil. Controle do Estado ou da família? A família não pode se eximir de sua responsabilidade de educar seus filhos

■ POR WASHINGTON LUÍS BATISTA BARBOSA

Muito se fala acerca da necessidade de se normatizar a publicidade direcionada às crianças, com base em argumentos de hipossuficiência, deficiência de julgamento, sem falar no dever do Estado de salvaguardar a criança de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, CF).

Existe, inclusive, um projeto de lei que tramita no Congresso Nacional desde 2001 (Projeto de Lei nº 5.921/2001, de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly – PSDB-PR), que pretende coibir a publicidade destinada a promover a venda de produtos destinados apenas às crianças. Ainda, e em plena vigência, as restrições constantes do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, do Conar e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

O presente ensaio trará uma visão sobre o tema publicidade infantil sob a ótica dos princípios da liberdade econômica, da liberdade de expressão e da responsabilidade da família pela criação de seus filhos.

DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA

A Constituição Federal estabelece, em seu Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e observador os seguintes princípios:

[...]

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

É límpido, concordemos ou não, que o constituinte estabeleceu o regime da livre iniciativa e da não intervenção do Estado na atividade econômica. Mais do que isto, restringiu sobremaneira a possibilidade de intervenção direta do Estado, limitando a sua atuação aos aspectos de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este meramente indicativo para o setor privado.

No modelo econômico capitalista, baseado na legitimidade dos bens privados e na liberdade de comércio, da indústria e dos serviços, adotado em nosso Brasil, temos de correr os riscos e as consequências dessas opções econômica, social e cultural.

Não se pode fugir dessas premissas. Vivemos em uma sociedade de consumo, em meio a um regime capitalista em que o Estado deve assumir papel coadjuvante no mundo econômico. Mais do que isso, deve-se buscar a autorregulamentação do mercado, cabendo ao Estado o papel essencial da fiscalização.

DA LIBERDADE DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

Na mesma linha, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Capítulo V, Da Comunicação Social, no art.220 estabelece que:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto nesta Constituição.

Ao estabelecer limites à propaganda comercial o constituinte somente excepcionou os produtos, as práticas e os serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente, o tabaco, as bebidas alcoólicas, os agrotóxicos, os medicamentos e as terapias. Não proibiu a veiculação de anúncios dessa natureza, mas tão somente dispôs sobre a obrigatoriedade de haver “advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso” (art. 220, §§ 3º e 4º, CF/88).

Mais uma vez, e como não poderia ser diferente ante os princípios da ordem econômica, a Lei Maior do Brasil estabeleceu a liberdade de iniciativa e baniou qualquer tipo de censura. Destaca-se que, no caso da comunicação social, não se pode dar interpretação extensiva às limitações impostas ao legislador ordinário. Deve-se ater somente aos temas listados em razão de serem termos *numerus clausus*.

DA RESPONSABILIDADE DA FAMÍLIA PELA EDUCAÇÃO DE SEUS FILHOS

Pode-se dizer que aqui se encontra o grande dilema desse estudo. Estabelecer limitações entre a responsabilidade da família em relação à educação de seus filhos e o dever do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e às convivências familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (dever esse compartilhado com a família e a sociedade, nos termos do art. 227, da CF/88).

Mais uma vez, de maneira salutar e não intervencionista, o Poder Constituinte de 1988 deixou expresso que a família é a base da sociedade e que deve contar com especial proteção do Estado (art. 226, CF/88).

Voltando ao nosso modelo socioeconômico capitalista, o Estado somente tem o poder de fiscalizar, de incentivar e, nos casos da educação e da saúde, assegurar os direitos e as garantias. Mas deve privar-se de substituir o poder familiar e a responsabilidade da família de educar os seus filhos.

Não nos referimos aqui à educação formal, mas sim ao seu mais amplo sentido de um processo evolutivo que inclui questões de naturezas intelectual, emocional e social, sem falar numa série de habilidades e de valores.

A família não pode colocar na mão de outros, quer entes sejam entes privados e muito menos o Estado, a sua responsabilidade de educar. Trata-se de obrigação primária da família passar valores, impor limites, dar afeto, utilizar responsavelmente a autoridade.

Nesse sentido, a ponderada decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da 5ª Câmara de Direito Público, ao julgar a Apelação Cível 0018234-17.2013.8.26.0053, publicada em 30/06/2015, da lavra do desembargador Fermino Magnani Filho, trouxe a seguinte decisão:

“Não deve o Estado, de modo paternalista, sobrepor-se às obrigações primárias da família, sobretudo quando incitado pelo barulho muito atual, mas com um quê autoritário, da militância ‘ongueira’, sob pena do esgarçamento da legitimidade de seus atos de império

“Permita-me o douto desembargador, com todo o respeito e com a máxima *venia*, somente discordar da expressão “militância ‘ongueira’”.

As organizações não governamentais, pelo menos parte delas, desenvolvem papel importante na defesa das políticas que asseguram a proteção à família estauída na Constituição Federal.

Ressalva à parte, alinho-me fielmente ao repúdio às tentativas de o Estado se sobrepor às obrigações primárias da família.

PROJETO DE LEI Nº 5.921/2001

O Projeto de Lei 5.591/2001, cuja ementa transcrevo, acrescenta um parágrafo art. 37 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que “dispõe sobre a proteção do consumidor.

A proposta sugere a proibição de publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança.

Além disso, foi apresentado substitutivo a esse Projeto de Lei perante à Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara Federal, da lavra da deputada Maria do Carmo Lara, que, em apertada síntese, propõe a edição de lei específica, dispondo sobre a publicidade de produtos e serviços direcionados ao público infantojuvenil.

Após uma série de justificativas sobre a necessidade de criação de lei específica sobre o tema e descartando a mera inclusão de um parágrafo no art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, a ilustre deputada federal propôs uma série de princípios, de proibições, além de tipificar condutas e estabelecer penalidades.

Muito embora o longo tempo de tramitação, 15 anos, tanto o Projeto de Lei quanto o substitutivo proposto continuam sem encaminhamento conclusivo, como tantos outros que dormem nos escaninhos do Congresso Nacional.

A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL NO BRASIL E NO MUNDO

No ordenamento jurídico nacional, além dos preceitos já citados da Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 37, § 2º, ao falar da proibição da publicidade enganosa ou abusiva, estabelece que:

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.

Do ponto de vista infralegal, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e o Código de Ética, trazem uma série de normas limitadoras ao uso da imagem de crianças, assim como ao conteúdo e à forma de comunicar o produto e/ou serviço.

Tem-se notícia de várias referências legislativas em países como Alemanha, Espanha, Reino Unido, Suécia, Bélgica, Holanda, Grécia, Noruega, Áustria, Portugal, Estados Unidos, Canadá, Chile, além da Comunidade Europeia e alguns códigos da Câmara Internacional do Comércio – ICC.

O que se depreende desses textos legais é que, em sua grande maioria, atêm-se a princípios e a normas gerais, mas não se tem conhecimento de nenhuma proibição expressa à publicidade infantil.

PUBLICIDADE DESTINADA AO PÚBLICO INFANTIL

Superada essa primeira fase de contextualização, faz-se necessário distinguir o escopo do presente ensaio.

O cerne da discussão repousa na possibilidade de o Estado limitar ou, até mesmo, proibir a publicidade de produtos destinados somente ao público infantil. A razão central para essa proibição fundamenta-se no dever do Estado de proteger o infante da sanha cruel da indústria de consumo.

Primeiramente, há de se destacar que, na sociedade atual, estamos todos submetidos a uma série de incentivos ao consumo. São diversas peças publicitárias, mídias, meios de comunicação, sem falar nas técnicas de veiculação de mensagens subliminares, quer por meio de filmes e novelas, quer por meio da cobertura que a imprensa faz das “celebridades” do momento.

O poder sugestivo da forma de vida (*the way of life*) tenta definir desde de nossa forma de vestir, de nossa maneira de se relacionar, até mesmo a nossa linha de pensamento. Deparamo-nos com isso a cada momento, no ambiente de trabalho, dentro das escolas, nos centros religiosos, nos clubes e associações recreativas, na capital e no interior.

Atualmente, principalmente levados pelo crescimento do acesso à internet, aos *smart phones*, às redes sociais, aos diversos canais de TV por assinatura, muitos conteúdos são produzidos de maneira global e distribuídos de forma livre e sem censura.

Como controlar a produção dos diversos canais de TV por assinatura?

Como controlar a imensidão de sites de conteúdo e a publicidade neles veiculada?

É claro que a proposta de proibição de publicidade de produtos destinados somente às crianças pelo Estado brasileiro, além de absurda, seria inócua. Como muitas das ações legislativas, seria mais uma das chamadas “leis para inglês ver”, mais uma ação midiática.

Na realidade, já existem vários processos tramitando pelos diversos órgãos do Poder Judiciário que requerem o pagamento de indenizações contra a chamada “publicidade abusiva” veiculado por anunciantes de produtos e/ou serviços destinados ao público infantil.

Nesse sentido, o Poder Judiciário tergiversa entre decisões duríssimas de lado a lado, às vezes punindo o anunciante, outras eximindo-o de responsabilidade.

Um ponto é de relativo consenso, a posição contrária e rigorosa contra a venda casada de produtos, travestida de ação promocional ou de fidelização, como a transcrita a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, *mutatis mutandis*, o disposto na Súmula 284/STF. 2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente “venda casada”, ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC). 3. *In casu*, **está configurada a venda casada**, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha “Gulosos”. Recurso especial improvido. (RESP 1.558.086-SP, Relator Ministro Humberto Martins, data do julgamento 10 de março de 2016)

Ao analisar as razões e os fundamentos que embasaram o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que as questões relacionadas à publicidade de produtos destinados às crianças é tratada de maneira tangencial, sendo o ponto central da fundamentação a impossibilidade de se comprar o produto, no caso um relógio, sem a precedente aquisição de cinco outros produtos da linha, configurando a venda casada.

No que diz respeito à venda casada de produtos e/ou serviços, aqui analisado de maneira geral e sem pensar especificamente para os destinados somente às crianças, a restrição é expressa no ordenamento jurídico nacional, sendo pacífica a posição jurisprudencial sobre o tema.

A RESPONSABILIDADE DA FAMÍLIA

Na realidade, o que se vê claramente é que o Estado não pode se imiscuir em tema que está na esfera do poder e da responsabilidade das famílias.

A uma, pela completa impossibilidade de o Estado coibir a imensa quantidade de veículos que têm a possibilidade de veicular anúncios para esse público. Sem falar que se trata de uma intromissão proibida pela nossa Constituição Federal - *Da Liberdade de Comunicação Social*.

A duas, mesmo que houvesse condições tecnológicas para se coibir o acesso a esse tipo de comunicação, não haveria como restringir a influência das “celebridades” do momento, muito menos as mensagens subliminares que são veiculadas pelos canais de comunicação social, imprensa, televisão, internet, redes sociais.

O ponto central é que o único “poder” que tem condições de trabalhar esses aspectos é a base da sociedade: a família.

Somente cabe aos pais e/ou aos responsáveis legais o poder-dever de dar educação aos filhos, de estabelecer limites, de conscientizá-los sobre os apelos consumistas da mídia, de esclarecer sobre a influência que eventuais mensagens podem ter sobre o bem-estar social, físico e mental dos filhos.

Um “não” dito de maneira certa e na hora certa tem um papel muito mais importante do que um ato normativo ou mesmo uma decisão judicial, quando nos referimos à criação e à educação dos filhos.

CONCLUSÃO

Desta forma, considerando os pontos levantados, ressaltamos:

- a) não resta dúvida alguma de que o constituinte estabeleceu o regime de livre concorrência e de não intervenção do Estado na atividade econômica;
- b) na mesma linha, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Capítulo V, *Da Comunicação Social*, em seu art. 220, estabeleceu a liberdade de pensamento, criação, manifestação e informação de qualquer forma, sendo bastante limitado naquilo que poderia sofrer algum tipo de restrição;
- c) ao estabelecer limites à propaganda comercial, o constituinte somente excepcionou os produtos, as práticas e os serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente, o tabaco, as bebidas alcoólicas, os agrotóxicos, os medicamentos e as terapias. Mais do que isto, não proibiu a veiculação de anúncios dessa natureza, mas tão somente determinou a obrigatoriedade de haver “advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso” (art. 220, §§ 3º e 4º, CF/88);

- d) de maneira salutar e não intervencionista, o Poder Constituinte de 1988 deixou expresso que a família é a base da sociedade e que deve contar com especial proteção do Estado (art. 226, da CF/88);
- e) a família não pode colocar na mão de outros, quer seja de entes privados e muito menos do Estado, a sua responsabilidade de educar. Trata-se de obrigação primária da família passar valores, impor limites, dar afeto, utilizar responsabilmente a autoridade;
- f) ao analisar os normativos publicados pelas diversas nações espalhadas pelo mundo, em sua grande maioria, atêm-se a princípios e a normas gerais, mas não se tem conhecimento de proibição alguma expressa à publicidade infantil.
- g) uma proibição legal que restringe-se à publicidade destinada somente ao público infantil não teria efeitos práticos pela impossibilidade de garantir a sua aplicação, ou mesmo de se controlar todos os diversos meios pelos quais ela pode ser veiculada; e
- h) o Estado não pode se imiscuir em tema que está na esfera do poder e da responsabilidade das famílias.

De outro lado, não se pode eximir a responsabilidade do Estado e da sociedade no que diz respeito à proteção das crianças e adolescentes, ao contrário. Não obstante, esses papéis devem ser exercidos por meio de programas de esclarecimento e de conscientização, sem falar do poder de fiscalização e de coibir abusos porventura perpetrados.

Ademais, não se poderia deixar a formação de desejos de consumo das crianças somente nas mãos do poder econômico, já que não se pode permitir que suas mentes imaturas sejam bombardeadas pelos apelos consumistas. Não se pode permitir a criação de verdadeiras batalhas entre as vontades dos infantes e as limitações econômico-financeiras das famílias.

Não obstante, uma lei para proibir a veiculação de publicidade exclusivamente destinada às crianças não é o caminho. Um Estado intervencionista, autoritário e limitador não tem lugar no Estado Democrático de Direito.

Aqui está a responsabilidade da sociedade, que deve se mobilizar para regular, defender e se contrapor a possíveis excessos. A importância do Conar, das organizações não governamentais de defesa das crianças e dos adolescentes, das associações de pais e mestres, dos conselhos tutelares, enfim, da sociedade organizada, que deve se mobilizar para assegurar o equilíbrio entre essas forças aparentemente opostas.

Finalmente, há de se deixar claro a responsabilidade da família, célula base da sociedade, na criação e na educação dos filhos, na atribuição de limites e na apresentação de exemplos. Nesse sentido, o Ministério Público, as políticas de educação, os diversos órgãos reguladores e a sociedade organizada deverão ser “as mãos” do Estado Democrático de Direito para assegurar condições para a garantia do desempenho da missão educadora da família. 



ARQUIVO PESSOAL

WASHINGTON LUÍS BATISTA BARBOSA é mestrando Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, especialista em Direito Público e em Direito do Trabalho, *MBA Marketing* e *MBA Formação para Altos Executivos*. Coordenador dos Cursos Jurídicos do IBMEC-DF, professor titular das disciplinas nas áreas de Direito Empresarial, Direito Econômico e Direito Previdenciário nos cursos de Pós-graduação e *LL.M, Master of Laws*. Desempenhou várias funções na carreira pública e privada, dentre as quais: Assessoria Jurídica da Diretoria Geral e Assessoria Técnica da Secretaria Geral da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho, Diretor Fiscal da Procuradoria Geral do Governo do Distrito Federal, Cargos de Alta Administração no Conglomerado Banco do Brasil. Editor dos blogs www.washingtonbarbosa.com, www.twitter.com/wbbarbosa, e www.facebook.com/professorwashingtonbarbosa. Autor de vários artigos publicados em revistas especializadas.



Panorama atual da regulação da publicidade em face da criança e do adolescente no Brasil

■ POR RODRIGO DE CAMARGO CAVALCANTI

A Constituição Federal de 1988 dita, em seu art. 220, que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”. Enuncia também, em seu § 2º, que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Esses preceitos evidentemente dizem respeito à liberdade de expressão em todas as searas da vida do ser humano, além de corresponderem à salvaguarda contra a censura. A liberdade de expressão é condição *sine qua non* da liberdade em sua dimensão mais ampla de direitos humanos e prescrevê-la no diploma constitucional é proposta certamente originada também do interesse da manutenção do Estado Democrático de Direito e da proteção contra a ditadura e o totalitarismo.

O mesmo art. 220, em seu § 3º, diz competir à lei federal “regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada” (inc. I); e também “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem

“Não há, de fato, necessidade de uma lei para tratar da publicidade direcionada ao público infantil e adolescente. O Conanda já o fez através da Resolução nº 163/2014. Porém, o Projeto de Lei nº 5.921/2001 traz novas matérias e outras limitações à publicidade. Ambos, tanto a Resolução quanto o Projeto, deveriam e devem ser debatidos na sociedade civil.”

como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (inc. II). O art. 221, por sua vez, dita que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão devem atender, entre outros princípios, ao “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (inc. IV).

As normativas estabelecidas nos arts. 220 e 221 da Constituição visam claramente também a proteção do cidadão, enunciada por este diploma e regulada por lei federal posterior, em face dos programas e propagandas veiculados pela mídia, qualquer que seja, determinando para isso a possibilidade de defesa contra as violações aos princípios constitucionais que devem reger a publicidade, o conteúdo e o formato programático transmitidos pelos meios de comunicação. Além disso, prescreve a necessidade de norma federal para regular as diversões e os espetáculos que possam ser inadequados a determinado público, sempre com base nos preceitos da Carta Magna.

Esses dois artigos, como se pode verificar, apresentam aparente contradição interna. E isso porque enunciam a não restrição à liberdade de expressão e a vedação de “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”, ao mesmo tempo em que também estabelecem princípios constitucionais que obrigam a publicidade e os programas transmitidos pelos meios de comunicação respeitarem certos princípios, prevendo a necessidade de haver promulgação de normativa federal que regule a defesa dos cidadãos contra a violação aos princípios constitucionais.

Ademais, essa contradição aparente fica mais latente se considerarmos que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), na condição de lei ordinária, em seu art. 3º estabelece que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, **em condições de liberdade e de dignidade**”. E, ainda o ECA, no art. 58, dita que “no processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, **garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura**”.

Percebe-se, assim, que o ECA dispõe sobre uma condição de liberdade para os desenvolvimentos físico, mental, moral, espiritual e social; e também liberdade de acesso às fontes de cultura. Dessa forma, uma análise não sistêmica, mas sim isolada, desses enunciados poderia fazer com que chegássemos à conclusão de que há, de fato, contradição nos ditames constitucionais entre si e também com o Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que o ordenamento pátrio sustenta a liberdade de acesso e de desenvolvimento infantojuvenil – também correlatos à liberdade de informação – e as liberdades de expressão e de não censura à mídia, ao mesmo tempo em que sustenta que a mídia deve obrigatoriamente ter como base determinados princípios constitucionais e a norma federal deve garantir a defesa dos cidadãos contra a violação desses mesmos princípios.

Porém, numa correta hermenêutica sistêmica do ordenamento, percebe-se que, de fato, a ordem jurídica brasileira incorpora os pressupostos da liberdade condicionada à igualdade e à fraternidade. Ou seja, incorpora todas as dimensões dos direitos humanos na forma de adensamento, *v. g.*, enunciando deontologicamente a salvaguarda da liberdade de expressão da mídia e da publicidade, mas ao mesmo tempo restringindo-a mediante o necessário sopesamento de princípios constitucionalmente impostos. Da mesma forma o art. 3º do ECA não determina somente o desenvolvimento em condições de liberdade, mas também o coloca em condições de dignidade, sendo que este instituto jurídico abarca todas as dimensões do ser humano, impondo o tratamento desigual aos desiguais – no caso, das crianças e dos adolescentes –, promovendo a equidade ao impor limites à liberdade.

Feita essa breve introdução sobre a ausência de contradição nos ditames constitucionais e legais em relação à proteção da criança e do adolescente em face da mídia e do mercado publicitário, importa agora tratar de duas instituições que atualmente regulam a publicidade direcionada ao público infantojuvenil.

CONAR E CONANDA

Ainda anteriormente à Constituição Federal de 1988 e ao ECA, a fim de efetivar um processo de autorregulação contra a censura e em prol da redução da

intervenção estatal no mercado, no final da década de 1970 as agências de publicidade, os anunciantes e os veículos de comunicação se reuniram para criar o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Logo em seguida, foi fundado o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar), uma associação privada sem fins lucrativos criada por entidades ligadas à atividade publicitária com o objetivo de autorregular as condutas dos agentes de mercado desse setor e responsável pela observância daquele Código.

O artigo 37 da Seção 11 do já referido Código do Conar estabelece algumas diretrizes para as empresas envolvidas com publicidade no que se refere à propaganda direcionada ao público infantil e adolescente.

Outro órgão relevante no âmbito nacional é o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), um órgão público colegiado permanente, de caráter deliberativo e de composição paritária, composto metade por representantes do Poder Executivo e a outra metade por representantes de entidades não governamentais relacionadas à promoção e defesa dos direitos de crianças e adolescentes. Integra a estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e está previsto no art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

O Conanda publicou a Resolução nº 163, de 2014, a qual dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. Com isso, veio à tona discussão sobre a força vinculativa das resoluções deste conselho e também em relação aos próprios termos da referida norma. Esse debate, presente em toda a sociedade, em grande parte é encabeçado pelas divergências entre representantes do setor de publicidade, como a Associação Brasileira de Anunciantes (ABA) e a Associação Brasileira de Agências de Publicidade (Abap), os quais demandam uma menor intervenção do Estado e uma autorregulação do mercado pelo Conar e representantes e ativistas, os quais demandam maior regulação do Estado sobre a publicidade direcionada ao público infantojuvenil, principalmente no que tange à defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, como o Instituto Alana e a Associação Brasileira para Estudo da Obesidade e da Síndrome Metabólica. Vamos a esses dois pontos.

FORÇA VINCULATIVA DAS RESOLUÇÕES DO CONANDA

O Conar, como já dito, é instituição de direito privado. Portanto, suas normativas, incluindo o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, não têm a mesma cogência como as do Conanda, instituição pública vinculada à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Isso não quer dizer que as normas emitidas pelo Conar não sejam obedecidas, pelo contrário, como informa a própria organização não governamental, “o Conar já instaurou mais de 9 mil processos éticos e promoveu um sem-número de conciliações entre associados em conflito. Nunca foi desrespeitado pelos veículos de comunicação e, nas raras vezes em que foi questionado na Justiça, saiu-se vitorioso”¹.

Mesmo assim, é relevante esclarecer que a obrigatoriedade de obediência às normas do Conar advém de um compromisso firmado aquém do Estado, ou seja, no âmbito do próprio mercado. Um debate que poderia ser realizado, mas que não é o enfoque do presente trabalho, diz respeito à possibilidade de exigência no Judiciário de observância de seus ditames, já que a autorregulação se mostra

em muitos momentos extremamente eficaz, mesmo sem o uso do aparato estatal, apesar de originalmente o Estado ser o detentor da legitimidade de emitir normas e impor seu devido cumprimento².

A força normativa das regulações emitidas pelo Conanda, por outro lado, provoca um debate maior, tendo em vista sua natureza de conselho. Como já foi dito, é previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e é um órgão vinculado ao Poder Executivo. Alguns argumentam que as normas emitidas pelo Conanda são simples “recomendações”³ e que têm mero “caráter educacional”⁴. Também defende essa ideia Paulo Gomes de Oliveira Filho, assessor jurídico da Associação Brasileira de Agências de Publicidade (Abap), para quem:

[...] a resolução do Conanda não tem força legal. Trata-se de resolução, com efeitos meramente recomendatórios. Quem tem legitimidade para editar normas legais é o Congresso Nacional. Portanto as disposições da resolução do Conanda não é [sic] obrigatória legalmente, mas meramente tem [sic] o intuito de recomendar.⁵

Ora, o debate em torno da cogência das resoluções dos conselhos vinculados ao Poder Executivo não prospera. Primeiro porque, muito embora a Constituição Federal enuncie a tripartição dos poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário, esta separação não é absoluta, conforme estabelece o art. 84, IV: “Compete privativamente ao Presidente da República: IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução [...]”. Daí se impõe o que o Poder Executivo tem o poder-dever de legislar de forma específica em relação à regulamentação de leis. Neste sentido, já lecionou Ingo Wolfgang Sarlet ao discorrer sobre o Conama, conselho que também é vinculado ao Poder Executivo e igualmente previsto em lei federal:

Nesse segmento, partiu-se do pressuposto de que a competência [do Conselho] de expedir resoluções insere-se dentro do chamado Poder Regulamentar do Executivo, [...] o Poder Executivo, ao expedir os regulamentos, contribui e complementa a ordem jurídico-legislativa [...].⁶

Assim, mesmo que as resoluções do Conanda não sejam atos normativos primários, como já foi salientado pelo Supremo Tribunal Federal, em especial pelo ministro Carlos Ayres Brito, em face do Conselho Nacional de Justiça – CNJ⁷, são secundários em razão de sua derivação de lei. Portanto, sem a possibilidade de inovar no ordenamento jurídico. Mas também importa dizer que, como atos normativos que são, o Conanda – criado conforme a Lei nº 8.242/1991 – continua a deter o dever de regulamentar o Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa maneira, o art. 2º da referida lei estabelece as competências do conselho, entre elas, “elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução” (inc. I), observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas no ECA; e zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente (inc. II).

Dito isso, importa verificarmos agora se a Resolução nº 163/2014 do Conanda ultrapassa os limites de sua competência, em outras palavras, se não inova no ordenamento jurídico e se, em assim sendo, se atém a regulamentar enunciados do ECA.

TERMOS DA RESOLUÇÃO nº 163/2014 DO CONANDA

O enunciado de maior impacto no debate sobre a Resolução nº 163/2014 do Conanda é o art. 2º, o qual estabelece o seguinte:

Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

I – linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;

II – trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;

III – representação de criança;

IV – pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;

V – personagens ou apresentadores infantis;

VI – desenho animado ou de animação;

VII – bonecos ou similares;

VIII – promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e

IX – promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

Vale esclarecer que o termo “comunicação mercadológica” diz respeito a “toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado” (art. 1º, § 1º da Resolução nº 163/2014).

Conforme se verifica do enunciado acima transcrito, não há qualquer inovação no ordenamento jurídico, mas este meramente se atém à regulamentação da normativa previamente estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente, zelando “pela aplicação da política nacional de atendimento aos direitos da criança e do adolescente”. Pode-se argumentar que, supostamente, esse artigo trata da publicidade, o que escaparia da competência do Conanda. Porém, é importante perceber que, de fato, o que se pretende com o enunciado formulado é a proteção da criança e do adolescente, refletindo inevitavelmente na seara da propaganda, da publicidade e da mídia em geral, setor de mercado que somente é restringido por conta da matéria pertinente ao referido conselho, qual seja, a salvaguarda constitucional – e legal – da proteção da criança e do adolescente. Ademais, vale ressaltar que, quando o art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.242/1991 estabelece como uma das funções do Conanda “elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente”, do termo “normas gerais” só podemos entender que as normas exaradas pelo Conselho poderão tratar de assuntos em geral, variados, desde que sempre tenham o objetivo de atender à política nacional dos direitos da criança e do adolescente. Fica claro para todos que o ordenamento jurídico vai da norma mais ampla, qual seja, a Constituição Federal de 1988, até as normas mais específicas (resoluções, portarias, etc.). Assim, deve-se entender que o Conanda tem a competência de exarar normas de estrito espectro, ou seja, normas mais específicas e de matéria mais detalhada que o próprio ECA e que as demais normativas superiores (constitucionais e legais) que tratam dos direitos da criança e do adolescente.

O que se pode discutir, também, é o conteúdo da norma, ou seja, se há efetivamente desejos político, econômico, social e/ou cultural à restrição da comunicação

mercadológica na utilização de efeitos especiais, excesso de cores, desenho animado ou de animação, entre outros, como faz a Resolução nº 163/2014 do Conanda. Porém, essa discussão escapa da realização de uma análise crítica sobre a própria legalidade dessa Resolução, por outro lado adentrando, portanto, na questão do debate público prévio com as partes interessadas e toda a sociedade civil, debate esse necessário anteriormente à edição de normas em um Estado que se configura como Democrático de Direito (debate que também certamente pode ocorrer *a posteriori*, no interesse de se alterar a norma ou de revogá-la). Nesta via, o que importa salientar aqui é a clara legalidade e cogência da dita Resolução e a factual competência do Conanda para emití-la.

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL: DECISÕES PARADIGMÁTICAS

Já no âmbito jurisprudencial o debate atualmente travado é, em especial, sobre a interpretação dos ditames que regulam a publicidade para crianças e adolescentes, literal ou não, dos termos tanto do Conanda, na já referida Resolução nº 163 de 2014, quanto do Código do Conar (art. 37) e do Código de Defesa do Consumidor, especialmente no seu art. 37, que dita que “é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva”, em que, no seu § 2º, enuncia ser:

[...] abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, argumentou em autos de apelação, em 2015, sobre uma hermenêutica que considerou sistêmica, na qual decidiu que para a estratégia publicitária ser considerada abusiva não deve se ater a uma interpretação literal da Resolução do Conanda, mas sim deve ter se constituído “prejuízo evidente, que atravesse de modo direto (não oblíquo ou idealizado) a formação moral, intelectual, familiar e social do infante”⁸. Essa decisão ocorreu na apelação do Procon contra uma empresa do setor de alimentos em que esta peticionou visando declaração da inexigibilidade de multa por prática publicitária supostamente abusiva destinada ao público infantil pela venda de lanche. Assim, apesar da decisão ter se baseado, em princípio, no fato de que a autuação ocorreu no ano de 2008, a multa foi aplicada em 2010, e o Procon sustenta sua legitimidade com base numa Resolução do Conanda de 2014 (com razão, diante da norma ser posterior) o então relator desembargador Fermino Magnani Filho ressaltou que essa questão intertemporal era “o de menos”⁹.

Assim, justificou, além do argumento da impossibilidade de interpretação literal da Resolução, partindo de quatro premissas:

- a) a sociedade brasileira se rege pelo modelo capitalista, e as consequências dessa opção econômica e cultural hão de ser assumidas;
- b) Cabe à família, notadamente aos pais ou ao responsável legal, o poder-dever da boa educação dos filhos, inclusive o ônus de reprimi-los nos apelos inconvenientes ao seu bem-estar social, físico e mental;
- c) Crianças bem educadas no berço, por força do afeto e da autoridade dos pais ou responsável, saberão resistir aos apelos consumistas;

- d) Não deve o Estado, de modo paternalista, sobrepor-se às obrigações primárias da família, sobretudo quando incitado pelo barulho muito atual, mas com um quê autoritário, da militância “ongueira”, sob pena do esgarçamento da legitimidade de seus atos de império.¹⁰

Vamos, assim, aos pontos:

Ora, primeiramente, conforme já dissemos, uma das funções normativas da Resolução do Conselho é justamente a formulação de parâmetros mais específicos do que aqueles das enunciações da lei à qual deve obediência direta. Por isso, não observar as normas advindas do Conanda em sua literalidade é o mesmo que concluir pela sua impossibilidade e incompetência para formular normas dotadas de especificidade, o que leva a rechaçar a própria função da Resolução do Conselho. Claro que a interpretação é sempre necessária, em todos os casos. Porém, é inegável que existam algumas normas de maior clareza semântica que outras, normas aquelas que devem ser orientadas pelos ditames da especialidade na matéria à qual compete ao Conselho dirigir normativas.

Em segundo lugar, sobre o item “a”, as consequências do capitalismo certamente devem ser assumidas pela sociedade brasileira. Porém, nem por isso o Estado deixa de normatizar a fim de que a ordem econômica se baseie em políticas públicas que tentem ao máximo garantir a coexistência desse sistema econômico com a finalidade da garantia da dignidade da pessoa humana a todos (art. 170, CF), prezando pela livre iniciativa e pelo direito subjetivo de propriedade, sim, mas também pelo pleno emprego, direito do consumidor, função social da propriedade, entre outros, a fim de equilibrar o capitalismo com as dimensões dos direitos humanos fundamentais tão largamente preconizados pela Constituição Federal e que, por si só, justificam a intervenção na publicidade em prol das crianças e dos adolescentes.

Em terceiro lugar, sobre os itens “b” e “c”, os argumentos levantados pouca relação têm com o jurídico, já que são ideias, conceitos, de índoles moral e cultural, que devem estar, isso sim, exaustivamente debatidos pela sociedade civil, mas que em nada prejudicam a juridicidade da Resolução do Conanda, a qual deveria ter sido o mérito central na argumentação do douto desembargador.

Por último, sobre o item “d”, a expressão “barulho muito atual, mas com um quê autoritário, da militância ongueira”, realmente expressa uma subjetividade que não cabe na argumentação jurídica, também desfavorecendo a fundamentação da decisão.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, no ano de 2015 e em autos diversos, com o mérito versando sobre publicidade de alimentos dirigida às crianças, argumentou a favor da regulação em breves palavras com o seguinte:

É abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, direta ou indiretamente, às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).¹¹

Nesse processo, que chegou ao STJ, o Ministério Público do Estado de São Paulo discutiu a aquisição de relógios que estava condicionada à compra de cinco produtos

de uma linha de produtos de uma empresa do setor de alimentos industrializados, o qual teve como *amicus curiae* o Instituto Alana. Dessa forma, conforme se depreende do trecho acima transcrito da decisão, para o Superior Tribunal de Justiça a campanha publicitária infringiu o art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, o qual, entre outras normativas, dita que:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva: [...] § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, **se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança**, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Além do artigo 37 supra referido, o peticionário alegou violação de outros, dos quais, os dispositivos legais que podem ser extraídos para esse caso concreto são da Lei nº 8.078/1990:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor; [...] IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

E da Lei nº 8.069/1990:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis; [...] Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Esses dispositivos normativos, conforme podemos verificar, no que diz respeito à criança, são amplos o bastante para permitir interpretações das mais variadas. A norma referente à criança e ao adolescente que regula de forma estrita e mais específica estes enunciados evidentemente é a já citada Resolução nº 163/2014 do Conanda. Nesta esteira, como a norma não foi referida nos autos (processo anterior à esta resolução), restou ao Superior Tribunal de Justiça interpretar a norma mais ampla, como fez com o Código de Defesa do Consumidor. Ademais, uma crítica que deve ser feita é a ausência de uma manifestação mais completa sobre o mérito, já que é tema controverso, com base em norma por demais abstrata e que justamente por esses motivos merece ser debruçado com o devido detalhamento.

LEGISLATIVO

O debate se prolonga, dessa vez em especial no Legislativo, pelo Projeto de Lei nº 5.921/2001, de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly e há 15 anos em tramitação na Câmara dos Deputados, o qual pretende uma maior restrição da publicidade direcionada às crianças e aos adolescentes.

Esse projeto notadamente expressa com maior detalhe e rigor os limites da publicidade para crianças e adolescentes, já que o seu art. 3º estabelece itens que não poderão ser alvo desse tipo de propaganda, como o tabaco, as bebidas

alcoólicas, medicamentos, entre outros. Já o art. 4º relaciona oito incisos enunciando elementos que não devem estar presentes em quaisquer anúncios para esse mesmo público, incluindo, *v. g.*, desenho animado ou de animação, trilhas sonoras compostas por música cantada por vozes de crianças e utilização de qualquer personagem reconhecível como criança; e proíbe a utilização, em publicidades direcionadas a esse público, de expressões “somente”, “apenas”, “precinho”, “preço baixo” ou outras da mesma natureza para qualificar o preço anunciado do produto, prática ou serviço.

É importante salientar que não há, de fato, necessidade de uma lei para tratar da publicidade direcionada ao público infantil e adolescente. O Conanda já o fez através da Resolução nº 163/2014. Porém, esse projeto traz novas matérias e outras limitações à publicidade. Ambos, tanto a Resolução quanto o Projeto de Lei, deveriam e devem ser debatidos na sociedade civil.

Desta forma, diante da natureza das medidas propostas e da mudança que, se promulgada a lei nesses termos, ocasionará nos diversos setores de mercado e inclusive na percepção dos consumidores, é premente haver diversos fóruns públicos de debate e discussão, em todas as instâncias, a fim de constituir um panorama real da questão e das soluções que possam ser apresentadas, além de, com isso, de fato satisfazer os requisitos de legitimidade essenciais para garantir a promoção dos pressupostos básicos da democracia. 

NOTAS

- 1 CONAR. História: Contra a censura na publicidade. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 10 fev. 2017.
- 2 Vale conferir, por exemplo: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1025940-87.2013.8.26.0100. Relator Luiz Antonio Costa. Publicado em: 26 fev. 2014.
- 3 VEIRANO ADVOGADOS. Conanda publica resolução 163 no DOU. Disponível em: <http://www.veirano.com.br/por/contents/view/conanda_publica_resolucao_163_no_dou>. Acesso em: 10 fev. 2017.
- 4 VEIRANO ADVOGADOS. Idem. Acesso em: 10 fev. 2017.
- 5 DIAS, Fernando M. Resolução não tem força legal. **ABERT**. 16 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.abert.org.br/web/index.php/clippingmenu/item/22772-resolucao-nao-tem-forca-legal>>. Acesso em: 10 fev. 2017.
- 6 SARLET, Ingo. As resoluções do CONAMA e o princípio da legalidade: a proteção ambiental à luz da segurança jurídica. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 10, n. 90, p. 8.
- 7 Conferir: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12. Relator ministro Carlos Ayres Britto. Publicado em: 20 ago. 2008.
- 8 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 0018234-17.2013.8.26.0053. Relator Desembargador Fermino Magnani Filho. Publicado em: 30 jun. 2015.
- 9 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 0018234-17.2013.8.26.0053. Relator Desembargador Fermino Magnani Filho. Publicado em 30 jun. 2015.
- 10 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Idem.
- 11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.558.086. Relator Ministro Humberto Martins. Publicado em 15 abr. 2016.



RODRIGO DE CAMARGO CAVALCANTI é pesquisador no Pós-Doutorado em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Maringá (UNICESUMAR), Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Professor-Pesquisador pelo Centro Universitário Alves Faria (ALFA).

Crise no sistema penitenciário e o Panóptico

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“A crise no sistema penitenciário brasileiro inaugurou solenemente o ano de 2017, expondo as fragilidades que vinham se acumulando há muito tempo e que eclodiu até tardiamente no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), em Manaus (AM).”



Basta ver agora, na recolha dos escombros, que a situação já era insustentável e ainda pode acarretar um verdadeiro efeito dominó, envolvendo várias outras comunidades penitenciárias. Até o presente é significativo o número de presos decapitados, esquartejados e carbonizados pela utilização de grande estoque de armas brancas e outras de alto calibre, além dos que se aproveitaram da rebelião para empreender fuga. Sem falar ainda das transferências de alguns que se encontram ameaçados de morte e das determinações para que os detentos em regime semiaberto permanecessem em suas casas a partir das 20h.

Instaurou-se definitivamente um verdadeiro caos no sistema penitenciário, fazendo com que as autoridades de vários poderes se reunissem, em situação de emergência, para tomar as providências cautelares adequadas para tentar conter outras rebeliões ou assumir o controle das atividades internas dos presídios.

A realidade carcerária, no âmbito de uma interpretação objetiva, dá a entender que não se afina unicamente com o excesso de reclusos cumprindo penas em minúsculas celas, mas sim um envolvimento maior com grupos que exercem lideranças no sistema prisional do país, articulando ações internas e externas, com total liberdade.

As fronteiras do crime ultrapassaram os limites territoriais já conquistados e demarcados *extra muros* e agora, num avanço programado, invadem o sistema prisional onde recrutam fiéis seguidores prontos para cumprirem as ações *intra muros*, determinadas pelo grupo com a finalidade de fincarem de forma definitiva a bandeira de sua facção. Este novo perfil de violência faz com que o presídio se torne palco de uma guerra entre grupos antagônicos que buscam o poder de mando, com imediata repercussão na vida do país, que a tudo assiste de uma forma atônita e sem poder de reação imediata, a não ser a promessa de construção de novos pavimentos penitenciários.

Basta ver que não ocorreu violência entre detentos e policiais ou agentes encarregados da segurança interna do presídio, mas um levante entre os próprios presos em razão de as facções divergentes cumprirem ordens de execuções anunciadas.

Nesta lamentável situação, os objetivos descritos na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), que traz dispositivos salutares para a efetivação da decisão judicial e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, não são atingidos e ficam totalmente excluídos em razão até mesmo da falência do sistema, já ultrapassado.

É incontestável o crescimento da população carcerária, reflexo do alto índice de criminalidade que assola o país, que a erigiu à categoria de problema científico, porém, até o presente, os métodos apresentados para solucioná-la foram frustrados. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, cerca de 240 mil presos, quase 40% do total, são provisórios, aguardando ainda uma decisão, que pode até ser absolutória. Assim, mesclam-se os segregados temporários com os condenados definitivos, possibilitando a comunicação entre o furtador e o traficante contumaz e até mesmo, como constatado, a presença de devedor de pensão alimentícia, sem qualquer mácula penal.

Também colaborou muito para o inchaço do sistema penitenciário a recente decisão proferida pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal dando

nova formatação à prisão, permitindo-a após a confirmação da sentença condenatória em julgamento de segunda instância, sem a necessidade de se aguardar eventual recurso interposto pelo sentenciado. Tal decisão modifica postura anterior do mesmo Tribunal que considerava a sentença definitiva somente depois de esgotados todos os meios recursais. Mas se tal fato, por si só, foi eficiente em termos de resposta social, carrega um fardo maior ainda, pois irá levar à prisão outra população carcerária idêntica ou maior que a atual, cujo sistema já se encontra saturado há muito tempo.

Recomenda-se, emergencialmente, a realização de mutirões em todos os estabelecimentos penitenciários e cadeias públicas visando agilizar as decisões das Varas das Execuções Penais, para conceder benefícios aos segregados que realmente preenchem os requisitos legais. A manutenção de uma prisão abusiva acarretará maiores prejuízos ao Estado. Não se resolve a crise carcerária no Brasil com uma canetada simplesmente, mas sim com políticas públicas consistentes e discutidas em conjunto com a sociedade.

Jeremy Bentham, filósofo do século XVIII, idealizou um projeto de construção carcerária consistente em um edifício circular, em que os prisioneiros ocupavam as celas, todas devidamente separadas, sem qualquer comunicação entre elas, sendo que os agentes de segurança ocupavam um espaço no centro, com perfeita visão de cada alojamento. Segundo seu projeto descrito no livro “O Panóptico”, os presos teriam bom comportamento, justamente por se sentirem continuamente observados, pela aplicação do princípio da inspeção.

Mas, na realidade, não há necessidade de se buscar um sistema prisional perfeito, com segurança máxima de fazer inveja ao país mais avançado do mundo, como pretendia o filósofo utilitarista. Basta seguir os conselhos que há muitos anos vêm sendo reiterados aos governantes: o Estado tem que voltar os olhos para a educação do povo. Não se exige um manual *prêt-à-porter*, mas uma construção paulatina e sólida, abrangendo a educação no lar, de responsabilidade dos pais e sequencialmente nas escolas, por conta dos educadores, sempre repassando para as crianças e jovens os preceitos mais básicos da ética da convivência e respeito mútuo, traçados por políticas públicas responsáveis e exequíveis de acordo com a realidade do país. E não brandir ao vento um arsenal de boas intenções com medidas simplistas e paliativas. A educação, desta forma, passa a ser praticada com o comprometimento público de uma nação que pretende extirpar os males amontoados pela omissão de muitos anos e pretende projetar um futuro com confiança, com a formação de homens que cultivam o trabalho, a honestidade e a convivência harmônica. “Uma comunidade de homens e mulheres, anunciava com esperança Russell, dotados de vitalidade, coragem, sensibilidades e inteligência, no mais alto grau que a educação pudesse produzir, seria muito diferente de tudo que já existiu. Pouquíssimas pessoas seriam infelizes”.¹ 

NOTA

- 1 Russell, Bertrand. *Sobre a educação*. Trad. Renato Prelorentzou, São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 65.



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de Justiça aposentado/SP, mestre em Direito Público, pós-doutor em Ciências da Saúde, reitor da Unorp, advogado.



Ser gerente virou um pesadelo corporativo

■ POR RAFAEL SOUTO

As empresas vivem momentos turbulentos. O sobe e desce da economia perturba qualquer planejamento. As mudanças nos modelos de negócios provocadas pela transformação digital tiram o sono dos executivos. A busca por competitividade exige estruturas enxutas e corte de níveis hierárquicos. Nessa onda por eficiência o mantra de fazer mais com menos atinge todos e, em especial, o pescoço da média gestão.

Os profissionais que ocupam o meio da pirâmide organizacional são os mais afetados. Os supervisores, coordenadores e gerentes foram os que mais sofreram pela extinção de níveis hierárquicos. Esses pagam essa conta desde as reengenharias dos anos 1990. Recebem uma carga maior de responsabilidades com estruturas mais escassas para fazer. Não têm os salários e bônus dos diretores, estão longe do topo e precisam realizar as ambiciosas metas da empresa.

Enquanto isso, no C-Level os diretores transformaram-se em jogadores de pôquer corporativo. Escondem as cartas e protegem seu arriscado emprego. Trabalham mais para dar explicações sobre a dificuldade de alcançar os resultados

do que gerir e transformar o negócio. Quase num conclave, elaboram estratégias e reorganizações para dar conta das constantes mudanças de planos e ajustes para entrega de lucros.

As ideias sobre compartilhamento, sustentabilidade e qualidade de vida são mera retórica. Não fazem parte das discussões do conselho de administração e têm pouco efeito prático no dia a dia das pessoas. A tônica são as metas de curto prazo. No topo, o que vale é a última linha do balanço.

O drama dos gerentes é similar ao sofrimento das médias empresas. No meio do caminho, uma empresa mediana não tem a escala dos gigantes e nem a agilidade dos pequenos. Padece com os custos e não possui tamanho suficiente para diluí-los. Essa é a posição dos gestores. Estão expostos a todas as trovoadas do negócio com menos blindagem do que os diretores. Não têm voz direta com o presidente. E também não têm a leveza da responsabilidade limitada dos níveis inferiores.

Não encontram respostas para oferecer aos seus famintos subordinados, que buscam crescimento, oportunidades e aumento salarial. Preferem dar explicações sem muitas opções a oferecer e lidar com incoerências profundas entre discurso e prática.

Além disso, os gestores intermediários sofreram, em média, 15% de redução salarial. Recolocam-se no mercado ganhando menos. O impacto veio com mais força na crise econômica. Poucas oportunidades e muitas pessoas disponíveis fizeram com que os salários fossem reduzidos.

Se você for um analista sênior e seu sorridente chefe chamá-lo para assumir um cargo de gerente, o melhor seria sair correndo da sala. Se você fizer isso será taxado de acomodado e sem ambição. Será colocado na geladeira empresarial, onde repousam aqueles com os quais a organização não sabe o que fazer e também os que não tem coragem de demitir. Restará aceitar a proposta e preparar as costas para carregar o piano de um modelo de gestão de negócios que se mostra falido.

A esperança de mudança parece vir das novas empresas, que constroem seu jeito de operar com menos hierarquia, realizam tarefas através de projetos e dividem as responsabilidades. Compartilham recursos para permitir a realização das atividades. Um modelo mais leve e que não despeja a responsabilidade na lógica de comando e controle.

Esperamos delas uma provocação transparente e de fato inovadora para encontrarmos novos caminhos. A transformação não é apenas colocar um tobogã laranja no escritório e permitir que as pessoas trabalhem com seu cachorro no colo. A mudança cultural significa um novo sistema de trabalho, que responda melhor a demandas de eficiência e não mantenha a lógica de organograma linear. Se não houver inovações verdadeiramente eficazes ficamos no pior dos mundos, perdemos as estruturas robustas que tínhamos no passado e mantemos o modelo de gestão linear dos organogramas tradicionais, redução de recursos, maior necessidade de resultados e cobrança centralizada. Construímos a armadilha perfeita para colocar os gerentes e mostramos diariamente para nossos jovens talentos que ser líder trará uma enorme dor de cabeça e que o desenho de vida ficará comprometido. O difícil é acreditar que isso seja sustentável. 



ARQUIVO PESSOAL

RAFAEL SOUTO é sócio-fundador e CEO da Productive Carreira e Conexões com o Mercado



2ADV: como a inteligência artificial e os novos modelos disruptivos vão transformar a advocacia e o peticionamento eletrônico

■ POR JOSÉ ANTONIO MILAGRE

“As *startups* com modelo disruptivo como o *2adv* são o futuro da advocacia. Elas nascem com foco em um grande problema envolvendo milhões de advogados e vão impactar definitivamente o modelo e organização de trabalho de todo o segmento, proporcionando inúmeros benefícios e mais qualidade de vida a todos.”

O processo e o peticionamento eletrônico se tornaram realidade no Brasil há pouco tempo. Milhões de advogados foram lançados na era digital com a eliminação do processo em papel. Passado algum tempo do pico da transição do processo físico para o digital (embora para muitos este pico não tenha passado), inúmeros problemas dificultam a rotina do advogado quando o assunto é peticionamento eletrônico.

Advogar na era digital se tornou um desafio informático. Lamentavelmente, dezenas de sistemas de peticionamento eletrônico funcionam nas mais diversas unidades jurisdicionais do país, sendo os mais comuns o PJ-e, o e-SAJ, e o Projudi. Estima-se que mais de quarenta sistemas distintos estejam em operação nos tribunais brasileiros.

Cada sistema com suas características, pré-requisitos, formas de acesso, configurações, tamanho máximo de arquivos e outros detalhes próprios. Tal heterogeneidade torna inviável o esforço de qualquer banca para dominar por completo o peticionamento eletrônico. O peticionamento para uma banca que lida com Justiças distintas, como a cível, a federal ou a trabalhista demanda atualização e conhecimento do *modus operandi* de cada um dos sistemas, o que é demorado e custoso.

Não bastasse isso, para operar por meio do peticionamento eletrônico hoje em dia o advogado tem custos desumanos com hardware, software, assistência em informática, leitoras, tokens, banda larga, dentre outros. O mais grave é ter que necessariamente comprar um certificado modelo A3, mais caro que o A1, e que justamente por ser embutido em um dispositivo físico impede a mobilidade e o seu uso compartilhado, além da dificuldade de instalação. Muitas entidades, aliás, são enfáticas em dizer de modo temerário que o modelo A1 “não é compatível” ou não funciona com o processo eletrônico, talvez para manterem o modelo de negócios estabelecido.

Antes fossem somente os problemas apontados. Infelizmente, outros existem. Com o processo eletrônico o advogado teve de se tornar um técnico em informática. Conhecer sobre Java, navegadores, *plug-ins*, erros, atualizações de sistema operacional, entre outras tecnologias. Teve também de tornar seu computador inseguro, muitas vezes desatualizando seus sistemas, o Java, os navegadores, para que pudessem funcionar. O operador do direito teve ainda de se tornar especialista em ferramentas para quebrar, compactar, unir, comprimir e separar arquivos no padrão exigido pelos tribunais, que, como visto, varia em todo o Brasil.

Poderíamos permanecer horas narrando os problemas enfrentados no peticionamento atual, o que implica perda absurda de tempo, desorganização, descontrole e muito estresse.

Os esforços em se construir uma interface única de peticionamento pelos órgãos judiciais (ou uma unificação) ao que parece longe está de ser uma realidade acessível e adaptável a todos os advogados. Poucas são as iniciativas de uso da inteligência artificial e jurimetria e as existentes, absolutamente inacessíveis a médias e pequenas bancas, estão disponíveis apenas aos grandes escritórios e departamentos jurídicos.

Ademais, com o processo eletrônico muitas bancas perderam o controle sobre seus arquivos, considerando ser praticamente inviável ter uma cópia fiel e atualizada, diariamente, de todos os processos eletrônicos sob o patrocínio do escritório. Diante de indisponibilidades, muitas vezes os advogados sequer têm acesso aos autos para suas manifestações.

Além disso, muitos sistemas dos tribunais sequer tiveram a cautela de explicar os erros em peticionamento, o que fez com que advogados tivessem que realizar

várias formatações de arquivos, em uma estratégia de tentativa e erro, até que suas petições “passassem”.

O processo eletrônico é um peso e tem um custo caro para o advogado, que não pode, por sua vez, repassar tal custo para o cliente. Seria possível solucionar todos esses problemas? Quanto valeria uma solução que resolvesse todos esses problemas?

Uma iniciativa interessante de uso da inteligência artificial no peticionamento vem da *lawtech 2adv*, que vem gerando grande impacto na forma de o advogado lidar com o processo eletrônico. O *2adv* é uma *lawtech* com foco em tecnologia disruptiva e inteligência artificial que nasceu com o propósito de simplificar e empregar modernos recursos na atividade da advocacia, automatizando o peticionamento eletrônico de pequenos e grandes escritórios por meio de um *software web*.

Atualmente, o *2adv* não é mais um protótipo, mas uma solução completa, já validada em dezenas de escritórios selecionados no Brasil, e hoje oferece uma interface simples e única de peticionamento, com uso de inteligência artificial. Em uma única interface, o advogado consegue peticionar em qualquer sistema de peticionamento eletrônico do Brasil sem ter que conhecer os detalhes de cada sistema particular dos tribunais (o *2adv* cobrirá todos os estados do país até setembro). Com o *2adv*, em uma única tela o tribunal é selecionado, arrasta-se os arquivos e o sistema peticiona na hora, em tempo real, podendo disparar centenas de peticionamentos em segundos.

O *2adv* é uma plataforma que dispensa qualquer instalação e acaba com as exigências de Java (o advogado não precisará mais do Java para peticionar), versionamento de navegador, versão de sistema operacional, dentre outras exigências. Você pode peticionar de um Windows XP, com Java 5, usando o Chrome a partir de qualquer equipamento, até o mais obsoleto.

Outro paradigma que é quebrado é o da mobilidade. Embora muitas instituições digam e insistam que não é possível realizar o peticionamento a partir de um celular, tablet ou remotamente o *2adv* mostra o contrário, uma vez que já existem no Brasil dezenas de escritórios peticionando a partir de iOS, Android, entre outros.

O mais brilhante do *2adv* é a automatização do peticionamento, como se um ser humano estivesse realizando a atividade. O advogado, usando uma única interface pode disparar peticionamentos para tribunais, comarcas e varas distintas. Com o uso da inteligência artificial, o *2adv* faz a leitura das características e regras de peticionamento de cada tribunal e de forma automatizada, sem intervenção humana. Realiza os peticionamentos sem a necessidade de pedir a assinatura do advogado. Milhares de peticionamentos podem ser disparados em questão de horas, sem a necessidade de o advogado fazer nada, a não ser aguardar o recibo, que já é incorporado no sistema jurídico. Se o tribunal estiver indisponível a inteligência continua tentando até o restabelecimento do serviço. Prazo nenhum é perdido.

As reclamações mais comuns dos advogados, tais como precisar quebrar arquivos, formatar, diminuir a resolução e o tamanho e a categoriza são eliminadas com o *2adv*, pois com a inteligência programada permite que o advogado simplesmente arraste os arquivos do peticionamento para a plataforma, no formato e tamanho em que estiverem (ex.: doc, xls, jpg). A partir daí, um robô lê as especificações do tribunal para o qual a petição deverá ser encaminhada e começa a trabalhar, lendo cada arquivo e já entendendo do que se trata, categorizando, formatando, convertendo em PDF-A, se for o caso, e deixando os arquivos no tamanho necessário para o peticionamento. O advogado não faz nada, pois a plataforma de inteligência ajusta os arquivos de acordo com as especificações de cada tribunal.

E quanto ao certificado digital? Lembra-se daquela prática de que você precisa estar com seu token ou com sua leitora e carteira para peticionar? Esqueça! A alta tecnologia permitiu que o *2adv* consiga importar seu certificado para a plataforma, a partir daí você pode até descartar seu token e o certificado A3, pois todas as suas petições serão assinadas graças ao certificado incorporado na central (armazenado em modo criptografado). Como isso, o advogado pode peticionar em qualquer hora, a partir de qualquer lugar, sem ter que instalar ou usar o dispositivo do certificado e, caso esteja configurado, sequer terá que digitar a senha para assinar o peticionamento. O *2adv* age, inclusive, assinando e enviando a petição.

Nesta linha, o uso do seu certificado agora pode ser compartilhado com os membros do escritório (até mesmo remotamente), que não precisam saber da sua senha de PIN para enviarem petições em seu nome! De Manaus você acessa seu certificado em São Paulo, peticionando em Brasília. Caso queira usar o certificado A3, um hardware do *2adv*, em fase de prototipação e testes, permite também as funcionalidades acima narradas, centralizando o certificado em um ponto, acessível remotamente por todos os membros da banca.

Por fim, no que tange a gestão, o *2adv* não só realiza *clippings* de publicações, mas pode fazer a leitura do documento já sugerindo a peça, e o mais importante: permite que o advogado faça *backups* diários e completos de todos os seus processos digitais, PDF por PDF, capa a capa, evitando que os documentos processuais fiquem hospedados apenas nos sites oficiais oferecendo um grande risco.

A plataforma inteligente também vem com conectores e APIs para ser integrada em softwares de gestão e outras ferramentas de informática jurídica. Não temos dúvida de que após inúmeros testes a inteligência artificial por trás do framework *2adv* já está validada, a qual tornará escritórios preparados para a era digital, muito mais ágeis e eficientes.

A plataforma inaugura a fase dos robôs peticionadores, agentes que irão fazer o trabalho duro do advogado, permitindo que este se foque nas suas teses, nos seus estudos, nos seus clientes, nos seus processos e negócios, ou seja, na sua atividade principal.

O *framework 2adv* é um dos exemplos em ebulição pelo mundo que representam a nova fronteira do peticionamento eletrônico, com soluções inteligentes que vêm para romper os paradigmas estabelecidos sobre o tema, representado hoje grande economia de tempo e milhares de reais dos escritórios que já o utilizam, onde inclusive núcleos de prática jurídica já estão usando a plataforma inteligente para capacitar acadêmicos. Trata-se de uma central neural de inteligência em peticionamento eletrônico, diariamente lendo sistemas de peticionamento e se atualizando automaticamente, realizando aprendizado de máquina sobre como peticionar, e realizando este serviço para o advogado, o qual não tem mais que perder horas e horas entendendo o funcionamento de um sistema oficial.

Não temos dúvida de que as *startups* com modelo disruptivo como o *2adv* são o futuro da advocacia. Elas nascem com foco em um grande problema envolvendo milhões de advogados e vão impactar definitivamente o modelo e organização de trabalho de todo o segmento, proporcionando inúmeros benefícios e mais qualidade de vida a todos. 



ARQUIVO PESSOAL

JOSÉ ANTONIO MILAGRE é advogado, presidente da Associação Brasileira de Especialistas em Informática Forense (ABEINFO), Mestre e Doutorando em Ciência da Informação pela UNESP, presidente da Comissão de Direito Digital da OAB/SP Regional da Lapa, empreendedor e diretor de inovação da 2ADV. consultor@josemilagre.com.br <http://www.josemilagre.com.br/blog>



A prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa e o tema 897, do e. Supremo Tribunal Federal

■ POR GINA COPOLA

I – Conforme é cediço em Direito, tramita perante o e. Supremo Tribunal Federal o Tema nº 897, que versa sobre a prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa, com *leading case* 852475, do relator ministro Teori Zavascki.

O tema é tormentoso e tem causado dissensão entre os aplicadores do Direito.

Isso porque existem aplicadores que defendem a absoluta imprescritibilidade das ações de improbidade administrativa de ressarcimento ao erário, com fulcro no art. 37, § 5º, da Constituição Federal. II – Ocorre, porém, que a imprescritibilidade em ações de ressarcimento ao erário pode ser conferida apenas ao ente público lesado, e não ao e. Ministério Público, que, conforme é sabido, possui *legitimidade* extraordinária, conforme ensina Mauro Roberto Gomes de Mattos¹. Vejamos:

“A decisão sensata a ser adotada pelo e. Supremo Tribunal Federal no caso que aqui se enfrenta – prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário em ação de improbidade administrativa movidas pelo Ministério Público – é a de se decretar a prescritibilidade de tais ações nos termos do art. 23, da Lei nº 8.429, de 1.992, sob pena de patente afronta aos princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, que não podem sequer periclitarem.”

Por outro lado, no caso das ações de ressarcimento ao erário, consideradas pelo art. 37, § 5º, da CF, como imprescritíveis não se pode deixar de observar que mesmo elas não se vinculando ao lapso do tempo, o Ministério Público por possuir a legitimação extraordinária terá a conta-

gem de prazo para exercer o seu *múnus* público nos cinco anos legais. *Após o transcurso deste prazo, somente o ente público lesado é que terá a legitimidade ativa*, em tese, para ingressar perante o Poder Judiciário, vindicando que retorne ao erário o que lhe foi subtraído de maneira ilegal e imoralmente. (grifos nossos)

E conclui o autor, com habitual acerto:

Entender a regra constitucional inserta no art. 37, § 5º, como a consagração de uma imprescritibilidade, por mais relevante que seja coibir a lesão ao erário, é subtrair o Estado de Direito em que vivemos.

III – Nesse mesmo exato diapasão, já decidi o e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no Agravo de Instrumento nº 34716/2008, 9ª Câmara Cível, julgado em 27 de janeiro de 2.009, com o seguinte excerto:

Assim, no caso de ação de ressarcimento ao erário, mesmo não se vinculando a um lapso de tempo, o Ministério Público por possuir a legitimação extraordinária terá a contagem de prazo para exercer o seu *múnus publicum* no prazo fixado na Lei nº 8.429/92, de cinco anos. Após o transcurso deste prazo, somente o ente público lesado é que terá a legitimidade ativa, em tese, para ingressar perante o Poder Judiciário, reivindicando o ressarcimento do erário.

IV – Sobre o tema, traz à colação irrepreensível estudo do professor George Louis Hage Humbert² intitulado *A prescrição na ação de ressarcimento ao erário nas ações de improbidade administrativa: comentário à jurisprudência do STJ*, cuja conclusão pedimos *venia* para transcrever em sua íntegra, por ser deveras elucidativa:

A matéria em debate é controvertida na doutrina e na jurisprudência pátria. Apontamos que a ação de ressarcimento ao Erário é prescritível, ao menos por cinco fundamentos desenvolvidos *supra* e abaixo sintetizados:

- (i) a Constituição, quando declara a imprescritibilidade de ações, sempre o faz de forma expressa, o que não é o caso das ações de ressarcimento ao erário;
- (ii) a ressalva contida na parte final do art. 37, § 5º, da Constituição se refere à lei aplicável à espécie. Não previu nesta hipótese – porque necessário o fazer de forma expressa e clara – a imprescritibilidade;
- (iii) se lesões ao Erário, como o não pagamento de tributo, além do próprio ato de improbidade administrativa e ofensas dele decorrentes são prescritíveis, a lesão ao Erário (uma das possíveis decorrências do ato de improbidade) também deve ser, sob pena de se violar o princípio da igualdade;

(iv) uma ação de natureza indenizatória e de efeitos exclusivamente patrimoniais não pode ser imprescritível sem ofensa ao princípio basilar da segurança jurídica e da garantia da ampla defesa;

(v) a questão possui natureza essencialmente constitucional e deve ser decidida através da manifestação do órgão juridicamente competente, para em última análise, interpretar a Carta Magna: o Supremo Tribunal Federal.

O artigo do professor George Louis Hage Humbert dissipa qualquer dúvida e joga uma pá de cal sobre o tema, ao invocar de forma percuciente os mais importantes princípios jurídicos, que são o da segurança jurídica e o da ampla defesa, que devem se sobrepor a qualquer outro, em nosso singelo entendimento.

E mais: o irrepreensível artigo aqui citado invoca exatamente a manifestação de Augusto Sodalício, a quem está submetida a apreciação do Tema nº 897, que determinará a diretriz a ser adotada em tais casos.

V – Há quem entenda, porém, que o prazo prescricional de cinco anos serve apenas para a aplicação das penas de suspensão de direitos políticos, perda da função pública, e proibição de contratar com o poder público, mas não para a pena de ressarcimento de danos ao erário, que é imprescritível.

Nesse sentido, já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1067561-AM, ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05/02/2009, e publicado em *Dje* de 27/02/2009, com a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SANÇÕES APLICÁVEIS – RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO – PRESCRIÇÃO.

1. As punições dos agentes públicos, nestes abrangidos o servidor público e o particular, por cometimento de ato de improbidade administrativa estão sujeitas à prescrição quinquenal (art.23 da Lei nº. 8.429/92).
2. Diferentemente, a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível (art. 37, § 5º, da Constituição).
3. Recurso especial conhecido e provido.

Não concordamos, porém, com tal entendimento, uma vez que o art. 23 da LIA não elabora qualquer distinção nesse sentido, e impõe a prescrição quinquenal para todas as penas previstas no art. 12, e, respeitosamente, *onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo*, conforme reza o célebre adágio.

VI – O e. STJ, porém, em outro julgado, decidiu que o art. 23 da LIA regulamentou somente a primeira parte do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, e, desse modo, ao ressarcimento de danos ao erário incide a prescrição vintenária, e não a quinquenal. É o que se lê do Recurso Especial nº 960926-MG, ministro Carlos Meira, Segunda Turma, julgado em 18/03/2008, e publicado in *Dje* de 01/04/2008, com o seguinte excerto da ementa:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. MULTA CIVIL. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO.

1. Afastada a multa civil com fundamento no princípio da proporcionalidade, não cabe se alegar violação do artigo 12, II, da LIA por deficiência de fundamentação, sem que a tese tenha sido anteriormente suscitada. Ocorrência do óbice das Súmulas 7 e 211/STJ.
2. “A norma constante do art. 23 da Lei nº 8.429 regulamentou especificamente a primeira

parte do § 5º do art. 37 da Constituição Federal. À segunda parte, que diz respeito às ações de ressarcimento ao erário, por carecer de regulamentação, aplica-se a prescrição vintenária preceituada no Código Civil (art. 177 do CC de 1916)” – REsp 601.961/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 21.08.07.

Não podemos concordar com tais ilações, já que o prazo prescricional para a propositura de qualquer ação de improbidade administrativa, contendo qualquer pedido contido no art. 12, da LIA, é de cinco anos, conforme se lê no art. 23, inc. I, da LIA – a não ser que exista previsão de prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego, nos termos do inc. II, do mesmo art. 23 –, e tais disposições não colidem com o art. 37, § 5º, da Constituição Federal, que, a seu turno, prevê a imprescritibilidade das ações contendo pedido de ressarcimento ao erário, porém desde que seja qualquer ação judicial movida pelo próprio ente lesado.

VII – Sobre o tema já decidi de forma elucidativa o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 994.09.296271-5, relator desembargador Ferraz de Arruda, 13ª Câmara de Direito Público, julgado em 09/06/2010, com a seguinte ementa:

Ação Civil Pública – Improbidade administrativa – Cumulação do cargo eletivo de vereador e função de confiança na administração municipal – Ocorrência de prescrição – Inteligência do art. 23, I, da Lei 8.429/92 – Fluência a partir da data em que o réu deixou de exercer a função pública comissionada – Recurso provido – *Declarando a lei que prescreve o direito de levar a efeitos as sanções nela previstas, está prescrito também o ressarcimento, enquanto sanção decorrente da imputada improbidade, que já não mais pode ser reconhecida nesta demanda.* (grifos originais)

Com todo efeito, a sanção de ressarcimento do ato de improbidade administrativa – mesmo que seja o ressarcimento – prescreve em cinco anos, assim como o direito de arguir e fundamentar em Juízo.

VIII – Diante de tais argumentos é forçoso concluir que a decisão sensata a ser adotada pelo e. Supremo Tribunal Federal no caso que aqui se enfrenta – prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário em ação de improbidade administrativa movidas pelo Ministério Público – é a de se decretar a prescritebilidade de tais ações nos termos do art. 23, da Lei nº 8.429, de 1.992, sob pena de patente afronta aos princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, que não podem sequer periclitarem.

É nosso singelo entendimento. 

NOTAS

- 1 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, *O limite da improbidade administrativa*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2.009, p. 714/715.
- 2 HUMBERT, George Louis Hage, São Paulo: *IOB de Direito Administrativo*, maio/2010, p. 184.



GINA COPOLA é advogada militante em Direito Administrativo. Pós-graduada em Direito Administrativo pela FMU. Ex-professora de Direito Administrativo na FMU. Autora dos livros *Elementos de Direito Ambiental; Desestatização e terceirização; A lei dos crimes ambientais, comentada artigo por artigo; A improbidade administrativa no Direito Brasileiro; Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos*, e, ainda, mais de uma centena de artigos publicados em periódicos especializados.

Avanços e recuos da EC 95

■ POR MARCOS CINTRA

“A instituição de um limite para os gastos totais, como faz a Emenda Constitucional nº 95/2016, irá impor a necessidade de melhorar a qualidade do dispêndio governamental. Mas isso só será possível com a liberação de recursos orçamentários mediante a redução ou eliminação dos programas de menor retorno.”

A contenção dos gastos públicos, instituída pela Emenda Constitucional nº 95/2016, tem sofrido críticas por parte de grupos que temem perder os recursos orçamentários que controlam ou que acreditam que os serviços públicos essenciais serão prejudicados.

De fato, há que reconhecer que a medida é draconiana e resulta da extrema dificuldade encontrada na sociedade brasileira para cortar gastos públicos de forma

negociada e menos impositiva. Por ser medida drástica, os ajustes não discriminam adequadamente as várias características dos gastos governamentais.

Algumas rubricas orçamentárias exigem tratamento diferenciado. Ciência, tecnologia e inovação, por exemplo, são áreas portadoras de futuro. Medidas que signifiquem paralisação nessas atividades resultarão em defasagens competitivas que dificilmente serão recuperadas.

Há diferença fundamental entre investimentos em ciência e tecnologia e gastos públicos convencionais.

Cortes de gastos convencionais têm efeito semelhante ao de uma corrida em que a velocidade do atleta é reduzida, mas a linha de chegada continua à vista. Uma eventual reaceleração do corredor é capaz de recuperar a defasagem causada pela perda momentânea de velocidade.

Em ciência, tecnologia e inovação, o impacto é diferente. A corrida se dá em pista escorregadia e pedregosa, na qual a linha de chegada não é estática. Pelo contrário, ela se desloca rápida e permanentemente em direção imprevisível.

Qualquer desaceleração do corredor pode fazê-lo perder de vista a linha de chegada, e a reaceleração dificilmente será capaz de recolocá-lo no pelotão de frente.

A melhor alternativa para o necessário ajuste fiscal seria a imediata e seletiva redução dos gastos nominais. Contudo, como afirmei no artigo “A qualidade do ajuste fiscal”, publicado na *Folha de S. Paulo* em 17/2/2015, cortar gastos é medida de extrema dificuldade no Brasil.

As peculiaridades orçamentárias de nossa sociedade relegam a segundo plano a rotineira avaliação de programas e projetos públicos. Sem isso, faltam critérios para decidir sobre sua continuidade, paralisação ou adequação.

O processo orçamentário brasileiro é incremental. Nesse sistema, as propostas para exercícios futuros tomam como referência as ações do exercício em curso. A prática adota como premissa que os programas em execução são autojustificáveis pelo fato de já existirem.

O processo orçamentário anual interfere apenas em decisões marginais de acréscimos ou de reduções. Os orçamentos tornam-se rígidos, inflexíveis e com frequentes vinculações obrigatórias.

A instituição de um limite para os gastos totais, como faz a Emenda Constitucional nº 95/2016, irá impor a necessidade de melhorar a qualidade do dispêndio governamental. Mas isso só será possível com a liberação de recursos orçamentários mediante a redução ou eliminação dos programas de menor retorno.

Nesse sentido, a EC nº 95/2016 poderá viabilizar, ainda que por meios tortuosos, uma importante inovação no campo das finanças públicas, o orçamento base-zero.

A adoção do orçamento base-zero tornaria rotineira a saudável prática de avaliar e identificar programas e/ou atividades que poderiam ser extintos ou redimensionados. Essas dotações seriam canalizadas, total ou parcialmente, para promover o equilíbrio fiscal, custear outras despesas ou reduzir a dívida pública. 



MARCOS CINTRA é doutor em Economia pela Universidade Harvard (EUA), professor titular da Fundação Getúlio Vargas. É autor do projeto do Imposto Único. É presidente da Finep (Financiadora de Estudos e Projetos).

Esquizofrenia e crime violento: uma parceria

■ POR DANIELLA CHAMMAS



“Esquizofrenia...

Silêncio!

Necessito de silêncio...

Já basta o vozerio dentro de mim...”. (Prestes Leal)



A relação esquizofrenia, psicose e violência é uma constante tanto na sociedade como dentro do sistema prisional. Várias pesquisas revelam a associação entre comportamento violento e esquizofrenia, em sua maioria quando em concomitância com o abuso de substâncias, destacando a presença de delírios de controle e perseguição. A relação entre transtorno mental grave e violência criminal envolve questões sociais, culturais e éticas (MULLEN, 2000; ARBOLEDA-FLOREZ, 2005).

A condição psicopatológica é de *per si* um fator potencial na precipitação de comportamentos disruptivos e atos criminosos. Para Teixeira (2005), há uma série de sintomas que tornam a pessoa mais predisposta ao crime.

No que concerne à população de presidiários são muitas as evidências que indicam considerável prevalência de transtorno mental (ASSADI *et al*, 2006). Na opinião de Shaw (2006), há grande número de homicidas com diagnóstico de esquizofrenia anterior ao crime, além de uma possível associação entre esquizofrenia e condenação por homicídio (SHAW *et al*, 2006).

Moscatello (2001), em seu trabalho sobre recidiva criminal com internos do Manicômio Franco da Rocha, demonstra que 41% dos internos cometeram somente um crime e 59% cometeram mais de um crime. Os internos que cometeram um crime e apresentam esquizofrenia são 43%, retardo mental 19% e transtornos de personalidades 17%, em menor número apareceram psicoses delirantes e demência. Entre estes, as tentativas e os homicídios consumados foram mais frequentes. Com relação à recidiva criminal, o diagnóstico predominante é a esquizofrenia com 55%, transtorno de personalidade 38% e retardo mental 16%.

Em relação ao tipo de crime, cometido com ou sem violência, pacientes com psicose estão diretamente ligados aos crimes mais violentos se comparados a outros diagnósticos psiquiátricos. Estudos recentes apontam que a frequência de presidiários psicóticos é de 40%, sendo que 38% têm antecedentes criminais.

Buchanan (1993) avaliou 79 pacientes psicóticos admitidos em um presídio psiquiátrico. Quando o crime era descrito pelo próprio paciente foram identificadas associações do ato violento com o delírio, no sentido de o delírio induzir o ato (BUCHANAN *et al*, 1993). Indivíduos com esquizofrenia têm delírios persecutórios e propensão para agir de modo violento e criminoso (APPLEBAUM *et al*, 2000; WESSELY *et al*, 1993).

Crime é uma atividade antijurídica e culpável. Porém, o esquizofrênico, após a prática do ato ilícito pode ser considerado inimputável em razão da não intenção de causar dano. Há que se considerar os limites de responsabilidade e capacidade de autodeterminação no momento da ilicitude a fim de que as exigências legais sejam cumpridas.

O psicótico, quando pratica uma ilicitude, principalmente um ato de violência, não tem consciência do ato. Chalub (2007) entende que os doentes mentais, principalmente os esquizofrênicos, quando cometem um crime podem não entender o que estão fazendo ou não ter controle sobre as suas atitudes.

Em estudos abordando as associações entre esquizofrenia e crime o que se nota são dados registrados em documentos médicos e policiais, geralmente bastante tempo após a ocorrência do ato violento. Quando se considera um crime violento ocorrido em razão de um quadro de esquizofrenia, fase denominada “período médico-legal” das psicoses, os crimes descritos são geralmente súbitos, aparentemente imotivados ou até bizarros (OLIVEIRA, 2006).

“Há que se fazer novas pesquisas acompanhadas de mudanças na legislação, a fim de antecipar o risco de um comportamento violento, permitir intervenções preventivas e a redução da criminalidade.”

A esquizofrenia é um transtorno mental que se associa ao aumento do risco de crime violento (BRENNAN *et al*, 2000). Os estudos epidemiológicos que tratam da relação da doença mental com o crime com violência física apontam a esquizofrenia, o abuso de substância e o transtorno de personalidade como de maiores tendências para os ilícitos violentos. Há que se fazer novas pesquisas acompanhadas de mudanças na legislação, a fim de antecipar o risco de um comportamento violento, permitir intervenções preventivas e a redução da criminalidade. 

REFERÊNCIAS

- APPELBAUM P. S.; ROBBINS P. C.; MONAHAN J. Violence and delusion: data from the MacArthur Violence Risk Assessment Study. *American Journal of Psychiatry*, 157 (4):566-72, 2000.
- ARBOLEDA-FLOREZ J. Contemporary forensic psychiatry: a review. *Advances in Psychiatry*, 2:173-9, 2005.
- ASSADI S. M. et al. Psychiatric morbidity among sentenced prisoners: prevalence study in Iran. *British Journal of Psychiatry*, 188:159-64, 2006.
- BRENNAN P. A.; MEDNICK S. A.; HODGINS S. Major mental disorders and criminal violence in a Danish birth cohort. *Archives of General Psychiatry*, 57:494-500, 2000.
- BUCHANAN A. *et al*. Acting on delusion II: the phenomenological correlates of acting on delusions. *British Journal of Psychiatry*, 163:71-81, 1993.
- CARDOSO R. G.; BLANK P.; TABORDA J. G. V. Exame de superveniência da doença mental. In: TABORDA J. G. V.; CHALUB M.; ABDALLA FILHO E. *Psiquiatria forense*. Porto Alegre: Artmed p. 153-60, 2004.
- JOSEF F.; SILVA J. A. R. Doença mental e comportamento violento: novas evidências da pesquisa. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, 52 (2):127-35, 2003.
- CHALUB, Miguel Filho. *Revista Psicologia Jurídica*. Ed: Escala. Ano I, n. 5, 2007.
- MOSCATELLO, Roberto. Recidiva criminal em 100 internos do manicômio Judiciário Franco da Rocha. *Revista Brasileira de Psiquiatria*. Vol 23, n. 1, mar 2001.
- MULLEN P. E, et al. Community care and criminal offending in schizophrenia. *The Lancet*, 355:614-7, 2000.
- OLIVEIRA L. M. Período médico-legal da esquizofrenia. In: SERAFIM A. P. et al. *Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica*. São Paulo: Vetor p. 33-8, 2006.
- SHAW J. et al. Rates of mental disorder in people convicted of homicide. *British Journal of Psychiatry*, 188:143-7, 2006.
- TEIXEIRA E. H. et al. Risco de violência e precariedade de recursos assistenciais para casos agudos. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, 54 (2):155-6, 2005.
- WESSELY S. et al. Acting on delusion I: prevalence. *British Journal of Psychiatry*, 163:69-76, 1993.

Pontos relevantes sobre o Programa de Regularização Tributária

■ POR LEONARDO DIAS DA CUNHA



“Os contribuintes que eventualmente tiverem interesse em aderir ao PRT deverão procurar profissionais especializados para que, analisando cada caso e o regulamento, possam junto com os empresários ou seus representantes verificar as possibilidades, vantagens e desvantagens de se aderir ao PRT.”

Recentemente, no dia 05/01/2017, foi publicada a Medida Provisória nº 766/2017 (MPV nº 766/2017), que trata do novo Programa de Regularização Tributária (PRT), o parcelamento de créditos tributários federais. A regulamentação do PRT deverá se dar conjuntamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB) e pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), no prazo de 30 dias da publicação da MPV nº 766/2017.

Com o PRT há a possibilidade de parcelamento de débitos com a União, sejam eles tributários ou não, em até 120 parcelas, atendidas algumas particularidades.

É importante mencionar que de maneira diversa dos últimos programas de parcelamento o PRT não possibilita a redução de multas e juros.

Acrescente-se a isso que a adesão impede que futuramente os contribuintes inscrevam as dívidas parceladas no PRT em outros programas de parcelamento, mesmo que mais benéficos (exceção ao reparcelamento).

Além do mais, todos os débitos do contribuinte deverão ser incluídos no parcelamento, com exceção dos que estiverem em discussão administrativa ou judicial ou, ainda, que estejam com a sua exigibilidade suspensa, caso em que poderão ser indicados por conveniência do contribuinte.

Por outro lado, para o pagamento dos débitos a serem quitados perante à SRFB poderão ser utilizados os créditos de prejuízo fiscal¹, de base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)² e outros créditos de tributos administrados pela SRFB.

Veremos a seguir os pontos mais relevantes do PRT.

PRAZO: QUEM PODERÁ ADERIR E QUAIS SÃO OS DÉBITOS QUE PODERÃO SER INCLUÍDOS

O prazo de 120 dias para inscrição no PRT passará a ser contado a partir da publicação da regulamentação a ser feita pela Receita Federal, em até 30 dias a contar de 5 de janeiro de 2017.

A adesão poderá ser feita por pessoas físicas e jurídicas e os débitos aceitos serão os vencidos até o dia 30/11/2016, seja de natureza tributária ou não, incluindo os débitos objetos de parcelamentos anteriores rescindidos ou ativos, em discussão administrativa ou judicial.

REQUISITOS PARA ADESÃO E AS PARCELAS

A adesão e a permanência dos contribuintes no PRT está condicionada às obrigações afetas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) estarem em dia, bem como os pagamentos regulares dos débitos vencidos após 30 de novembro de 2016, além do pagamento no vencimento das parcelas dos débitos consolidados no PRT.

Soma-se a isso que deverá ocorrer:

1. a desistência de impugnação, dos recursos administrativos e das ações judiciais que discutam os débitos objetos do PRT que serão quitados;
2. a renúncia a quaisquer direitos sobre os quais se fundem as referentes impugnações, recursos ou ações judiciais;
3. no caso de ações judiciais, deverá ser protocolizado requerimento de extinção do processo com resolução de mérito, com fundamento na renúncia à pretensão formulada na ação ou reconvenção nos termos do art. 487, II, “c” do CPC (Lei nº 13.105.2015).

O valor mínimo das parcelas é de R\$ 200,00 para pessoa física e de R\$ 1.000,00 para pessoa jurídica

Registre-se que o valor de cada prestação mensal, por ocasião do pagamento, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento, e de 1% relativamente ao mês em que o pagamento for efetuado.

É importante mencionar que o parcelamento terá sua formalização condicionada ao prévio pagamento da primeira prestação, conforme o montante do débito e o prazo solicitado. Enquanto não for deferido o pedido, o devedor fica obrigado a recolher, a cada mês, como antecipação, o valor correspondente a uma parcela.

PONTOS NEGATIVOS E FORMAS DE EXCLUSÃO DO PROGRAMA

Ao se avaliar os pontos negativos verifica-se que o PRT retirou a possibilidade de os contribuintes indicarem a forma que desejam do PRT, quando houver débitos exigíveis.

Dessa maneira, a adesão ao PRT “abrangerá os débitos em discussão administrativa ou judicial que o contribuinte indicar e a totalidade dos débitos exigíveis em nome do sujeito passivo, na condição de contribuinte ou responsável”.

Com isso, os contribuintes apenas poderão afastar da inclusão do PRT os débitos que estiverem em discussão administrativa ou judicial e aqueles com a exigibilidade suspensa, seja por medida judicial, parcelamento anterior ou depósito judicial.

Além disso, está expressamente proibida a concessão de parcelamento de débitos relativos a tributos devidos por pessoa jurídica com falência decretada ou por pessoa física com insolvência civil decretada.

Cumpra-se também que a opção pelo PRT implica a manutenção automática de todos os gravames decorrentes, arrolamento de bens, de medida cautelar, das garantias prestadas nas execuções fiscais ou ações de qualquer natureza.

A utilização de créditos de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa da CSLL apenas poderão se dar para quitação dos débitos perante a SRFB (débitos ainda não inscritos em dívida ativa). Vale dizer que os débitos já inscritos na dívida ativa, a serem parcelados perante a PGFN, não poderão ser quitados com prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa da CSLL.

É de extrema importância que os contribuintes estejam atentos e certos da vantagem da adesão ao PRT, já que os créditos que foram inscritos no PRT para parcelamento não poderão ser objeto de novos parcelamentos futuros, ainda que mais benéficos.

O contribuinte será excluído do PRT no caso de:

- a) falta de pagamento de três parcelas consecutivas ou seis alternadas;
- b) falta de pagamento de uma parcela se todas as demais estiverem pagas;
- c) inadimplência dos tributos correntes;
- d) inadimplência das obrigações referentes ao FGTS;
- e) constatação pela SRFB ou pela PFGN e de qualquer ato tendente ao esvaziamento patrimonial que possa fraudar o cumprimento do parcelamento;
- f) decretação de falência ou extinção da pessoa jurídica optante do PRT;
- g) concessão de medida cautelar fiscal ³.

PONTOS POSITIVOS

Dentre os pontos positivos destaca-se que os contribuintes poderão migrar os créditos parcelados em modalidades anteriores para o PRT.

Além disso, a opção feita pelo PRT não extinguirá os parcelamentos anteriormente concedidos (a não ser os parcelamentos anteriores referentes aos créditos inscritos no PRT); e não excluirá quaisquer outras formas de parcelamento de débitos relativos aos tributos e às contribuições para o INSS que não tiverem sido inscritos no PRT.

O parcelamento de débitos cujo valor consolidado for inferior a quinze milhões de reais não depende de apresentação de garantia. Entretanto, o parcelamento de débitos em que o valor consolidado for igual ou superior a esse número depende da apresentação de carta de fiança ou seguro garantia judicial, observados os requisitos definidos em ato da PGFN, que certamente deverão constar no próprio regulamento a ser definido.

AS MODALIDADES DE PARCELAMENTO

Os pagamentos sem aproveitamento de créditos fiscais (SRFB e PGFN) são os seguintes:

Pagamento de 20 % em dinheiro à vista como entrada do parcelamento e a divisão do restante em até 96 parcelas mensais e sucessivas; ou parcelamento do débito total da dívida consolidada em até 120 parcelas, sobre as quais incidirão também uma espécie de juros escalonados de acordo com a quantidade de parcelas, a saber:

- a) da primeira à 12ª prestação - 0,5%;
- b) da 13ª à 24ª prestação - 0,6%;
- c) da 25ª à 36ª prestação - 0,7%;
- d) da 36ª prestação em diante – percentual correspondente ao saldo remanescente.

Os pagamentos com créditos fiscais (somente no âmbito da SRFB - débito não inscritos em dívida ativa) são os seguintes:

Pagamento de, no mínimo, 20% em dinheiro à vista e o restante com a utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL ou com outros créditos próprios relativos aos tributos administrados pela SRFB; ou pagamento de, no mínimo, 24% em dinheiro em 24 prestações mensais e sucessivas, sendo o restante com a utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL ou com outros créditos próprios relativos aos tributos administrados pela SRFB.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise do PRT pode-se considerá-lo uma espécie de parcelamento ordinário com a possibilidade de utilização de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL para os débitos a serem parcelados tão somente perante a SRFB.

Todavia, existe a desvantagem de o contribuinte não poder incluir em novo parcelamento, ainda que mais benéfico, os débitos que foram inscritos do PRT (excetuando-se o reparcelamento).

Além disso, para aderir e se manter no PRT os contribuintes devem estar com os pagamentos em dia dos tributos vencidos a partir e 30 de novembro de 2016, além das obrigações referentes ao FGTS. Deverão ainda manter em dia os pagamentos das parcelas do novo parcelamento do PRT.

Tendo em vista que a MPV nº 766/2017 tramitará no Congresso Nacional poderão ocorrer alterações que serão ou não benéficas aos contribuintes. Dessa forma, os contribuintes que eventualmente tiverem interesse em aderir ao PRT deverão procurar profissionais especializados para que, analisando cada caso e o regulamento, possam junto com os empresários ou seus representantes verificar as possibilidades, vantagens e desvantagens de se aderir ao PRT. 

NOTAS

- 1 **Créditos de prejuízo fiscal** - prejuízo fiscal é aquele decorrente do resultado negativo da base de cálculo do lucro real depois das adições e deduções legalmente permitidas, na apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, que poderá ser compensado posteriormente com os lucros positivos de exercícios futuros.
- 2 **Base de cálculo negativa da CSLL** – o método utilizado para apuração do lucro real é o mesmo para identificação da base de cálculo da CSLL, que é obtida a partir do lucro líquido do período de apuração, ajustado por adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária. Assim, as bases de cálculo negativas da CSLL podem ser compensadas com os resultados dos períodos de apuração subsequentes, ajustados pelas adições e exclusões previstas na legislação da CSLL.
- 3 **Ação Cautelar Fiscal** – ação judicial de natureza assecuratória que visa tornar indisponíveis bens do devedor até o limite do da garantia do crédito devido, evitando que haja desfazimento dos bens antes do ajuizamento da ação de execução fiscal (Lei nº 8.937/1992).



LEONARDO DIAS DA CUNHA é Advogado Coordenador do Consultivo e Contencioso Tributário do Escritório Visão Empresarial Advogados e Consultores; Mestrando em Direito Tributário pela PUCMINAS, Especialista em Direito Ambiental, Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas.



Fatores psicossociais de risco análise a partir da Instrução Normativa nº 98 do INSS

■ POR CARLA MARIA SANTOS CARNEIRO E KÁTIA BARBOSA MACÊDO

“Inúmeros são os problemas que assombram o mundo do trabalho. Porém, atualmente alguns se destacam, a exemplo daqueles que impedem que o trabalhador goze de plena saúde física e mental. Estudos demonstram que dentre as possíveis causas estejam os fatores psicossociais de risco.”

MAS O QUE SÃO FATORES PSICOSSOCIAIS DE RISCO?

Várias abordagens buscam essa resposta, em específico nas áreas do Direito, Administração, Recursos Humanos, Ciências Sociais, dentre outras. O operador do direito tem por obrigação buscar suas respostas na legislação, na doutrina e na jurisprudência vigente. Foi exatamente na jurisprudência compilada junto ao Egrégio Tribunal Superior do Trabalho que a referência sobre o tema foi encontrada. A partir do conceito abordado pela Instrução Normativa INSS/DC nº 98, de 05 de dezembro de 2003, o recorte foi escolhido para o presente estudo.

FATORES PSICOSSOCIAIS DE RISCO

Reflexões e pesquisas demonstravam que fatores psicossociais de risco seriam os fatores psicológicos decorrentes das relações sociais presentes no meio ambiente do trabalho que poderiam implicar riscos à saúde e à segurança do trabalhador. Nessa linha de raciocínio, medidas legais precisariam ser pensadas e adotadas, pois seria necessário coibir situações, atos e atitudes, sobretudo da organização do trabalho, que pudessem estar adoecendo o trabalhador.

Acreditava-se e defendia-se a ideia de que seria necessário estabelecer uma Norma Regulamentadora (NR) exigindo do empregador, a exemplo da regra constante na NR nº 4, a contratação de profissionais de saúde mental que pudessem avaliar o meio ambiente do trabalho, detectar os supostos riscos, defini-los, a exemplo dos riscos biológicos, químicos e físicos relacionados na NR nº 9, e atuar sobre eles.

Uma reflexão mais ampla e aprofundada a partir das experiências vividas junto a organizações do trabalho com grande número de trabalhadores demonstrou que um fator considerado de risco, por exemplo, o estresse, poderia ao mesmo tempo ser fonte de sofrimento para uns e de prazer para outros, porque os seres humanos têm diferentes componentes físicos, biológicos, psicológicos, culturais, históricos

e genéticos que não permitem serem enquadrados numa mesma fôrma, num mesmo protótipo. São diferentes e, por isso, têm pensamentos, reações e atitudes completamente diferenciadas uma das outras e dos outros seres humanos. Ou seja, o que pode fazer mal a um pode fazer bem a outrem e vice-versa. Não existe uma regra, existem pessoas diferentes com concepções e comportamentos distintos.

Concluiu-se, dessa forma, que a criação de normas regulamentadoras que obrigassem o empregador a contratar profissionais de saúde mental com vistas à avaliação e ao monitoramento do meio ambiente do trabalho que definissem os possíveis fatores psicossociais de risco a serem combatidos não seria a solução almejada.

Por outro lado, debates travados junto a outros operadores do Direito do Trabalho participantes do *Fórum de Saúde e Segurança no Trabalho*, do Estado de Goiás, notadamente auditores fiscais e procuradores do trabalho, demonstraram que os problemas psicossociais existentes no meio ambiente do trabalho estavam muito mais relacionados à falta de cumprimento das normas legais existentes, a exemplo dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho constantes nos incisos III e IV do artigo 1º da Constituição Federal (CF) e do limite a jornada de trabalho, bem como gozo de férias, licenças e repouso aos domingos previstos nos incisos XIII, XIV, XV, XVII, XVIII e XIX do artigo 7º, também da CF, do que da necessidade de criação de novas NR's. Ou seja, para as referidas autoridades o cerne da solução estaria na observação do Estado Democrático de Direito com cumprimento de normas e leis por parte de empregados e empregadores e principalmente no direito à desconexão do trabalho.

Segundo Almeida e Severo (2016, p. 10), o direito à desconexão do trabalho “consubstancia-se no direito de trabalhar e de, também desconectar-se do trabalho ao encerrar sua jornada, fruindo verdadeiramente suas horas de lazer”. Para esses autores, “O direito à desconexão apresenta-se, portanto, como condição de possibilidade para que o próprio trabalhar se manifeste socialmente também como um direito fundamental, e não apenas como um dever” (ALMEIDA; SEVERO, 2016, p. 10).

Aliás, nesse sentido é a recente legislação francesa, a qual uma matéria veiculada no jornal *O Globo* afirmou: “Para que a internet não atrapalhe o descanso do trabalhador, entrou em vigor na França no primeiro dia do ano uma nova lei trabalhista que permite que os assalariados possam usufruir da internet tendo o ‘direito de se desconectar’ do seu emprego” (O GLOBO, 2017).

A desconexão deverá ocorrer ao menos formalmente, pois de acordo com Dejours (2011, p. 120), “A relação subjetiva com o trabalho leva tentáculos para além do espaço da fábrica ou do escritório, da oficina ou da empresa, e coloniza profundamente o espaço fora do trabalho”.

Assim é que a Instrução Normativa nº 98 do INSS não só reconhece que os fatores organizacionais e psicossociais são causa de adoecimento para o trabalhador acometido pela LER/DORT, como também conceitua o que são fatores psicossociais de risco, pondo fim, portanto, à celeuma estabelecida, pelo menos para o Brasil, que é um Estado Democrático de Direito, conforme disposto no artigo 1º da CF, ao dispor que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”, razão pela qual o artigo 5º, inciso II estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Portanto, como são as leis e normas existentes que devem nortear o agir do cidadão, elas devem ser objeto de estudo, críticas e pesquisas científicas para que, dessa forma, o país possa avançar nas respostas aos problemas encontrados pela sociedade. Não obstante tal fato, é importante salientar que o conceito exarado pela norma legal abordada no presente estudo não é consenso científico. Ao contrário, são várias as conceituações existentes, muitas das quais conflituosas com o conceito em evidência.

De acordo com o item 4 da Instrução Normativa nº 98 do INSS, no qual encontra-se o Anexo, Seção I, que trata da atualização clínica das lesões por esforços repetitivos (LER) e distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho (DORT), a expressão “fator de risco” abrange fatores do trabalho que estejam relacionados com as LER/DORT. O referido item esclarece também que “Os fatores de risco não são independentes. Na prática, há a interação destes fatores nos locais de trabalho”. Acrescenta ainda que os grupos de fatores de risco das LER podem estar relacionados com alguns elementos, por exemplo, a carga osteomuscular e que dentre os fatores que podem influenciá-las encontram-se os fatores organizacionais e psicossociais ligados ao trabalho.

Assim, o conceito de fatores psicossociais do trabalho emerge da norma como sendo “as percepções subjetivas que o trabalhador tem dos fatores de organização do trabalho”, definindo ainda que “a percepção psicológica que o indivíduo tem das exigências do trabalho é o resultado das características físicas da carga, da personalidade do indivíduo, das experiências anteriores e da situação social do trabalho” e citando como exemplo de fatores psicossociais de risco, as considerações do trabalhador relativas à carreira, à carga e ritmo de trabalho e ao ambiente social e técnico do trabalho.

Por tudo isso, é possível concluir que para a Instrução Normativa nº 98 do INSS os fatores psicossociais de risco são as percepções subjetivas que o trabalhador tem dos riscos encontrados no seu trabalho a partir de suas vivências individuais e coletivas, quer sejam pessoais, profissionais e/ou sociais.

Mas quais são as percepções subjetivas do trabalhador? Como ele percebe os riscos no meio ambiente de trabalho e se movimenta a partir dessa percepção? Essas e outras indagações podem ser melhor compreendidas a partir das reflexões da *Clínica Psicodinâmica do Trabalho* a respeito das vivências de prazer e sofrimento no trabalho.

CLÍNICA PSICODINÂMICA DO TRABALHO

Segundo Bendassoli e Falcão (2015), as clínicas do trabalho têm como objetivo disponibilizar referências teóricas e metodológicas para os interessados em compreender os contextos do trabalho, tendo como percepção a subjetividade e atividade laboral.

Os autores afirmam ainda que as clínicas do trabalho constituem uma comunidade científica e que a epistemologia do termo ‘clínica’ indica uma especial atenção aos processos de saúde, doença e adoecimento, bem como seus vínculos com a atividade laboral (BENDASSOLI; FALCÃO, 2015).

Nesse sentido, questionam por que clínicas do trabalho e não clínicas no trabalho? E respondem dizendo que enquanto as clínicas no trabalho dizem respeito ao sujeito a ser analisado, as clínicas do trabalho referem-se à ideia de que o foco

deverá ser estabelecido sobre o trabalho ou a atividade, e não sobre o sujeito (BENDASSOLI; FALCÃO, 2015, p. 26).

Assim é que a *Clínica Psicodinâmica do Trabalho*, uma disciplina preconizada por Christophe Dejours a partir dos estudos em Psicopatologia do Trabalho tem por objetivo analisar a dinâmica do prazer-sofrimento no trabalho, considerando o coletivo de trabalho e as estratégias defensivas por ele desenvolvidas em busca da normalidade e da prevenção quanto ao adoecimento (FLEURY; MACÊDO, 2015).

Para a Psicodinâmica do Trabalho, trabalhar significa a superação entre o trabalho prescrito e o trabalho real, sendo que o real da atividade é aquilo que se gostaria de se ter feito e não se fez; aquilo que se fez, mas que não deveria ter sido feito; aquilo que se faz para não se fazer o que deveria ser feito; bem como aquilo que se gostaria de fazer, mas não pode ser feito. Sendo certo que o objetivo final é justamente transformar o sofrimento em prazer (BENDASSOLI; FALCÃO, 2015).

Tal sofrimento é causado por sentimentos vividos de forma intensa pelo trabalhador, a exemplo da indignidade, da desqualificação e da vivência depressiva, os quais se notabilizam de forma ainda mais acintosa quando maior for a rigidez da organização do trabalho, assim considerada como aquela que, em face de uma acentuada divisão do trabalho, detém um menor conteúdo significativo do trabalho e menores possibilidades de mudá-lo, fazendo com que o sofrimento do trabalhador seja ainda mais acentuado (DEJOURS, 2009).

Por isso, Fleury e Macêdo (2015) afirmam que é a organização do trabalho que define os destinos do sofrimento do trabalhador, se criativo ou patogênico, pois tudo depende da margem de negociação entre as interposições da organização e a realidade do trabalho.

Ademais, as autoras ressaltam ainda que, segundo Rossi (2008), esse sofrimento infligido ao trabalhador tem como objetivo incrementar o sistema produtivo, o qual inserido num ciclo vicioso e contínuo faz com que a tensão nervosa aumente a produtividade. Ou seja, quanto maior for a tensão, agressividade, medo e ansiedade, maior será a produtividade.

E é nesse cenário que os trabalhadores começam a se deparar com os riscos com os quais deverão lidar, os quais, segundo Dejours, poderão ser classificados como individual, coletivo, residual, real e suposto. O risco residual é aquele que não foi bem combatido pelo coletivo e precisa ser assumido pelo individual, enquanto o risco suposto é aquele sobre o qual pouco se conhece, é difuso, pouco delineado (DEJOURS, 2009).

Para o autor, o desconhecimento dos limites do risco ou a ignorância em face dos métodos de prevenção eficazes amplificam o medo e aumentam o custo mental ou psíquico, razão pela qual se faz necessário a construção de ideologias defensivas (DEJOURS, 2009). Tais ideologias darão condições ao trabalhador para suportar o risco e o medo delas advindos, por exemplo, o uso e /ou abuso de álcool e outras drogas utilizadas não como uma dose de energia física, mas sim psicológica, visando a enfrentar as condições de trabalho (DEJOURS, 2009, p. 72).

Segundo Fleury e Macêdo (2015), a mobilização subjetiva permite que esse mesmo sofrimento seja transformado a partir do resgate do sentido do trabalho, quando então a inteligência prática, a cooperação, o espaço de discussão e o reconhecimento poderão ser armas eficazes no combate ao adoecimento e morte do trabalhador. Para as autoras, as categorias de análise da Psicodinâmica do Trabalho

estão assim divididas: 1º) organização de trabalho; 2º) mobilização subjetiva; 3º) sofrimentos e defesas. Sendo que os elementos nelas inseridos são: 1º) organização de trabalho e relações de trabalho; 2º) inteligência prática, cooperação, espaço de discussão e reconhecimento; 3º) sofrimento criativo, sofrimento patogênico e estratégia defensiva (FLEURY; MACÊDO, 2015).

Na categoria organização de trabalho, Dejours conceitua o elemento “organização de trabalho” como sendo a “divisão de tarefas entre os trabalhadores, repartição, cadência, e, enfim, o modo operatório prescrito e a divisão de pessoas: repartição das responsabilidades, hierarquia, comando, controle, etc.” (DEJOURS, 2009, p.125; FLEURY; MACÊDO, 2015, p. 99-100).

O elemento “relações de trabalho”, como relações com as chefias imediatas e superiores, com os membros da equipe de trabalho e as relações externas trabalho e as relações externas (clientes, fornecedores e fiscais) (PIRES; MACÊDO, 2011; FLEURY; MACÊDO, 2015).

Já na categoria mobilização subjetiva é dito que o elemento “inteligência prática” como estratégia de enfrentamento coletivo auxilia o trabalhador a resistir ao que lhe é prescrito, utilizando recursos próprios e sua capacidade inventiva, presupondo a ideia de astúcia, mobilizando-se a partir do surgimento de situações imprevistas. Com o enfrentamento destas situações o trabalhador desenvolve um saber particular que, ao tornar-se coletivo, transforma-se em ação de cooperação. Este recurso apresenta a finalidade de minimizar o sofrimento e transformá-lo em prazer (DEJOURS, 2004; FLEURY; MACÊDO, 2015).

O elemento “cooperação”, por sua vez, é conceituado como estratégia de mobilização coletiva e representa uma maneira de agir de um grupo de trabalhadores para ressignificar o sofrimento, fazer a gestão das contradições de contexto de trabalho e transformar em fonte de prazer a organização do trabalho. (FERREIRA; MENDES, 2003; FLEURY; MACÊDO, 2015).

O elemento “espaço de discussão” significa a construção de um espaço de fala e escuta em que podem ser expressas opiniões contraditórias e/ou baseadas em crenças, valores e posicionamento ideológico dos participantes (DEJOURS, 2008; FLEURY; MACÊDO, 2015).

E o elemento “reconhecimento” é tido como uma forma específica de retribuição moral simbólica dada ao ego, como compensação por sua contribuição à eficácia da organização do trabalho, isto é, o engajamento de sua subjetividade e inteligência (DEJOURS, 2005, p. 56; FLEURY; MACÊDO, 2015).

E, finalmente, na categoria sofrimentos e defesas o elemento “sofrimento criativo” é conceituado por Dejours como aquele em que o indivíduo mobiliza-se na transformação do seu sofrimento em algo benéfico para ele mesmo. Para isto, deve encontrar certa liberdade na organização do trabalho que ofereça margem de negociação entre as imposições organizacionais e o desejo do trabalhador (DEJOURS, 2009; FLEURY; MACÊDO, 2015).

Já o elemento “sofrimento patogênico” está relacionado com a ausência de flexibilidade da organização do trabalho, a qual impede que o sujeito encontre vias de descarga pulsional nas suas atividades laborais, utilizando-se de estratégias defensivas para suportar o contexto de trabalho (DEJOURS, 2011; FLEURY; MACÊDO, 2015).

E o elemento ‘estratégia defensiva’ tem como função adaptar o sujeito às pressões de trabalho com o objetivo de conjurar o sofrimento. Diferencia-se dos

mecanismos de defesa do ego por não ser interiorizada e persistir com a presença de uma situação externa (ROSSI, 2008; FLEURY; MACÊDO, 2015).

Fleury e Macêdo (2015) afirmam também que “Para Dejours (2012), é necessário pensar politicamente o trabalho. Trata-se da oportunidade de construção de laços de solidariedade para enfrentar adversidades relacionadas aos riscos do trabalho, tanto para a integridade física e mental quanto contra a injustiça e as possibilidades de dominação”.

E concluem dizendo que, segundo Dejours (1999) “Socialmente, dois fatores contribuem para dificultar a condução da clínica do trabalho. O primeiro está relacionado à dificuldade de exercício da democracia no Brasil, e o segundo ao ato imperativo de produtividade sobre os trabalhadores” (FLEURY; MACÊDO, 2015, p. 131).

É na análise desse contexto que se questiona: “qual é o papel da gestão de pessoas na redução dos riscos psicossociais no meio ambiente do trabalho?”.

PAPEL DA GESTÃO DE PESSOAS

Convidado a descrever o papel do gestor na organização do trabalho, Dejours declara que a primeira função do gestor é ajudar seus subordinados, conhecendo o trabalho por eles desenvolvido e estando sempre pronto a substituí-los, se necessário for. Já a segunda função é exercitar com maestria a coordenação das diversas inteligências a ele subordinadas. A terceira função é garantir a existência e bom funcionamento do espaço de discussão. A quarta função, por sua vez, é manter a confiança da equipe pela capacidade de escuta individual e da equipe. A quinta função, segundo o autor, é a coragem do gestor em assumir suas decisões.

De acordo com o autor, o gestor precisa receber a autoridade tanto do seu superior hierárquico como de seus subordinados. Ele precisa conhecer o trabalho real e lutar junto a direção para que as adequações solicitadas pelo coletivo de trabalho sejam institucionalizadas e estabilizadas. Ele precisa também ter a coragem de assumir os seus erros e corrigir uma decisão que se revela ineficaz ou errada (DEJOURS, 2016).

Já a sexta e última função é a transmissão das diretrizes da empresa aos subordinados, assumindo a interpretação dada por si mesmo às diretrizes perante os subordinados e também a direção da empresa (DEJOURS, 2016).

Pois bem, segundo o Dicionário Aurélio (2017), gerar é “dar origem a”, “desenvolver em si um filho” e gerir é “administrar, dirigir (negócios)”. Assim, pode-se deduzir que da gestão de pessoas na qualidade de administradora de um negócio espera-se que seja responsável por dar origem a alguém a ser desenvolvido em si mesmo a partir de suas ideias, ações e práticas. Ou seja, a gestão de pessoas é convidada, antes de tudo e em prol do bom andamento dos negócios, a participar da transformação de uma realidade, transformação essa que inclui logicamente a realidade de todos os trabalhadores sobre os quais detém a sua linha de ação.

Dessa forma, para conseguir dirigir e regular o gestor deve ter desenvolvido certas competências. Gondim, Fisher e Melo (2006) questionam como é possível dirigir se não se sabe qual é o território e o domínio de ação para planejar onde e quando chegar. Como é possível regular processos quando não se é capaz de identificar variáveis e fatores que estão presentes no cenário em que se atua e compreender o jogo de influências mútuas que têm lugar na arena em que diversos atores sociais formal ou informalmente constituídos compartilham e disputam espaço?

O problema então passa a ser sobre quem exerce essa gestão, qual a sua realidade, formação, ideias e práticas, porque não se pode dar origem a algo diverso daquilo que se é, acredita e faz, já que é pelos frutos que se conhece a árvore, pressupõe-se, portanto, que os frutos somente poderão conter aquilo que receberam da árvore. E é nesse momento que se depara com a dura realidade que atinge o mundo atual: as práticas neoliberalistas.

Para Dallegrave Neto (2002), o ideal neoliberal foi imposto a partir da decadência do *Welfare State* (Estado do Bem-Estar), aquele que garante padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos. Ainda de acordo com o autor, essa decadência ocorreu em face dos endividamentos interno e externo das nações e da alta inflação dos países em desenvolvimento.

A solução encontrada, portanto, foi impor um novo modelo estatal, no qual se garantisse a presença mínima do Estado, uma lei de mercado que sobrepusesse à lei do Estado, a submissão do social ao econômico e a garantia do ataque ao sindicalismo de combate. Pois, como afirmou Bauman (2014, p. 188), “Um governo dedicado ao bem-estar de seus cidadãos tem pouca escolha além de implorar e adular, e não pode forçar o capital a vir e, uma vez dentro, a construir arranha-céus para seus escritórios em vez de ficar em quartos de hotel alugados por dia”.

Nasceu, assim, o Estado Neoliberal, o qual teve como primeiros governantes Margareth Thatcher (1979) e Ronald Reagan (1980), e recebeu adesão maciça das demais nações após a queda do Muro de Berlim (1989), sendo que a adesão do Brasil e demais países da América Latina ocorreu em 1989.

Na época, totalmente endividados, os países da América Latina buscaram socorro junto ao Fundo Monetário Internacional (FMI) e ao Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), os quais condicionaram empréstimos a medidas neoliberais, tais como: privatização, queda de barreiras alfandegárias, livre circulação de bens, serviços e trabalhadores, facilitação de capital especulativo internacional; bem como desregulamentação de direitos sociais e trabalhistas, dando-se início, então, a denominada flexibilização do Direito do Trabalho.

É esse, portanto, o ápice do propósito neoliberalista e provavelmente a origem de todas as aflições dos cidadãos comuns, em especial dos trabalhadores assalariados, a desregulamentação de direitos sociais e trabalhistas em face da elevação do capital a um patamar único e inacessível. Para Dejours e Bègue (2010), a primeira onda de transformação das condições de trabalho em face das mudanças de gestão ocorreu no final dos anos 1980 e foi consolidada nos anos 1990.

O objetivo da introdução de novos métodos de gestão era justamente extirpar o sistema de valores até então vigente. Assim, a produção de valor não teria mais sua origem no trabalho, mas sim nos novos métodos de gestão. Ou seja, o que precisava ser valorizado a partir daí não seria a excelência do trabalho produzido, mas sim a excelência da gestão praticada (DEJOURS; BÈGUE, 2010).

Nasceu, então, a gestão por objetivos, que visava justamente introduzir novos instrumentos de controle, incluindo o próprio posto de trabalho. Gestão essa, que segundo Dejours e Bègue (2010), obteve resistência por parte da própria organização do trabalho representada por profissionais mais antigos e que continham valores éticos, os quais foram demitidos ou trocados de função, e substituídos por jovens recém-diplomados em escolas técnicas superiores de gestão, cujo curso é concluído em dois anos após o término do ensino médio e a admissão ao curso ocorre sem qualquer exame de seleção prévia.

A sorte estava lançada e, dentre os artifícios utilizados pela nova gestão de trabalho, estava a terceirização, nomeada por Dejours e Bègue (2010) como a *Segunda Onda*, cujo objetivo era transferir o maior número possível de tarefas técnicas para empresas terceirizadas, de forma que a empresa não tivesse compromisso com trabalhadores efetivos.

Assim é que a flexibilização representada pelas terceirizações e os contratos de trabalho temporário e por prazo determinado elevaram as margens de lucro e enfraqueceram o poder de resistência dos trabalhadores e profissionais, tendo ainda introduzido a prática da precarização nas relações de trabalho e das demissões – eliminação do excesso da folha de pagamento (DEJOURS; BÈGUE, 2010).

Destrói-se o conjunto de valores da profissão e desqualifica-se o trabalho de excelência, uma das molas mestras da saúde mental no trabalho, atingindo-se por consequência a psicodinâmica do reconhecimento, assim compreendida como uma retribuição simbólica obtida por aquele que trabalha, e traz por consequência a derrogação do prestígio social e moral do trabalho (DEJOURS; BÈGUE, 2010).

Reconhecimento esse que, apesar de não se referir à pessoa do trabalhador, posto que o que se pode reconhecer é tão somente o produto ou a qualidade do trabalho, fortalece a identidade do trabalhador, verdadeira armadura da saúde mental do trabalhador, o qual ao se ver despojado dela sofre uma descompensação psicopatológica (DEJOURS; BÈGUE, 2010).

Ademais, os novos métodos de gestão trouxeram consigo ainda uma nova tática, a avaliação individual de desempenho, a qual “assenta-se no princípio de uma análise quantitativa e objetiva do trabalho, passando pela mensuração dos resultados” (DEJOURS; BÈGUE, 2010, p. 43). Essa avaliação está centrada em bases científicas falsas, uma vez que os estudos realizados pelas ciências do trabalho demonstram que “é impossível mensurar o trabalho propriamente dito” (DEJOURS; BÈGUE, 2010, p. 44).

Portanto, esse tipo de avaliação é falso, haja vista não poder medir o trabalho, mas quando muito o resultado do trabalho, gerando sentimento de injustiça deletério à saúde mental, e mais grave ainda são os efeitos que esse tipo de avaliação gera sobre o trabalho coletivo e, em específico, sobre a cooperação e o viver-junto, uma vez que introduz uma concorrência entre serviços, departamentos, bem como entre os próprios trabalhadores, destruindo, por consequência, a lealdade e a confiança, os quais são corroídos e trocadas pela desconfiança e o constrangimento de vigiar o comportamento dos colegas, logo considerados como adversários (DEJOURS; BÈGUE, 2010).

Dessa forma, deteriorada toda a cooperação, respeito, lealdade, confiança, amabilidade, ajuda mútua e solidariedade nasce “no lugar do convívio e do saber-fazer, a duplicidade, a dissimulação e a má-fé”, como regra e não exceção (DEJOURS; BÈGUE, 2010, p. 46).

A solidão e o abatimento se instalam dando azo ao aumento das vítimas de assédio moral, que agora não mais contam com a solidariedade e ajuda mútua anteriormente garantida pelos colegas. O silêncio e o abatimento degradam o ambiente laboral, a saúde mental e multiplicam a incidência de suicídios no trabalho. Pois, “Ser traído pelos colegas, pelos próximos, é mais doloroso do que o próprio assédio moral” (DEJOURS; BÈGUE, 2010, p. 47).

E como se tudo isso não bastasse, nasceu ainda nesse contexto o programa qualidade total, que foi introduzido pelas novas gestões como uma resposta ao

abandono do trabalho de excelência ocorrido a partir do momento em que se abandonou o trabalho como referência e elegeu-se a gestão como preferência. Quando então os profissionais de qualidade foram afastados, aposentados, transferidos ou demitidos, para dar lugar aos jovens recém-diplomados em cursos técnicos com duração máxima de dois anos, que adentraram aos respectivos cursos sem qualquer critério de seleção (DEJOURS; BÈGUE, 2010).

Programa esse também assentado em concepção falsa do que seja o trabalho, já que a clínica do trabalho e ergonomia já mostraram cientificamente que “o trabalho ordinário é incansável e inexoravelmente perturbado por incidentes, panes, disfunções, imprevistos e acidentes”, estando, portanto, muito distante do trabalho que a qualidade total quer apresentar e fazer crer como existente (DEJOURS; BÈGUE, 2010, p. 50).

Tal fraude é instalada a partir do momento em que se preenche um formulário denominado “comunicação”, prescrito pela gerência em nome da solidariedade com o serviço e imagem da marca ou da empresa, o qual impõe um constrangimento deletério para o funcionamento psíquico do trabalhador, que é obrigado a guardar segredo, dissimular ou mentir, traindo a si próprio e a ética profissional, inserindo-o assim num processo denominado distorção comunicacional (DEJOURS; BÈGUE, 2010).

Além disso, essa manipulação indiscriminada de critérios de qualidade aliada às práticas necessárias para a satisfação de normas “ISO” provocam uma confusão no próprio conceito de qualidade, relativizando inclusive o valor atribuído a ela. Há uma efetiva perda de compromisso, uma instalação de um processo de frivolidades e condescendência que suscitam um aumento no quadro de depressões (DEJOURS; BÈGUE, 2010).

Percebe-se, portanto, que o mundo do trabalho encontra-se diante de uma gestão de pessoas cuja formação está totalmente arraigada nos ideais neoliberais, cujo propósito é afastar o Estado como mediador de conflitos e protetor do cidadão, de forma que o trabalhador se torne um robô a serviço do capital. Alguém que não pensa, não sente, não tem qualquer direito, não tem percepções e muito menos subjetividade. Alguém que se torna algo, um simples ser materializado, sempre pronto a produzir e a consumir. Alguém que possa ser manipulado pela mídia que, por sua vez, investe com muita propriedade na mentira, e que, por fim, passa a ser prontamente dominado.

Mentira, manipulação, dominação e individualismo, são esses os artifícios utilizados pelos ideais neoliberais, nos quais o capital se torna o senhor dos senhores e o homem o escravo desse senhor. Assim, como o homem não é máquina, não é robô e não poderia, em tese, ser escravizado, apesar de assim tornar-se, ainda que somente psicologicamente, ele adoece e morre. Muitas vezes, para se passar por inocente utiliza-se das mãos do próprio trabalhador, o qual se suicida no trabalho.

Segundo Gerschenfeld, em entrevista a Dejours, tal suicídio constitui uma mensagem brutal, pois “Quando as pessoas se matam no local de trabalho, não há dúvida de que o trabalho está em causa” (GERSCHENFELD, 2010, p. 5).

Isso leva a concluir que a percepção subjetiva do trabalhador acerca dos riscos existentes no meio ambiente do trabalho está cada vez mais negativa, pois do contrário o mundo moderno não seria palco de tantas doenças, acidentes e mortes em razão do trabalho, apesar de tão rico em tecnologia e desenvolvimento.

Compete, assim, à gestão de pessoas transformar esse cenário. E como não é um filme, não é uma produção, não é um faz-de-conta, mas sim uma realidade, um planeta em ebulição e morte, a transformação há de ser profunda e deverá enraizar-se justamente de forma a contrapor os ideais neoliberalistas. Assim é que à mentira propõe-se a verdade, à manipulação propõe-se a reflexão, à dominação propõe-se a liberdade, e ao isolacionismo propõe-se a comunhão, ou seja, ao negativo propõe-se o positivo.

VERDADE: DIVULGANDO OS RISCOS REAIS

É preciso que o trabalhador tenha conhecimento do risco a que se encontra exposto no meio ambiente do trabalho. Garanti-lo é permitir que ele se resguarde de possíveis doenças, acidentes e mortes. Nesse sentido, é importante ressaltar que o princípio da informação, além de ser basilar para a garantia do equilíbrio ecológico no meio ambiente do trabalho, encontra-se constitucionalmente garantido pelo disposto nos artigos 200 e 225 da CF:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

É necessário salientar ainda que essa informação deverá ser dada com observação dos graus de instrução e de escolaridade do trabalhador, de forma que a mensagem possa não só ser apreendida como também compreendida e assimilada corretamente. Por isso, é importante que a gestão de pessoas invista num componente muito especial e necessário, qual seja, a educação formal de seus trabalhadores.

São muitos os trabalhadores analfabetos ou semianalfabetos, e o custo para esse investimento é mínimo, basta que a empresa realize uma parceria com a educação pública, em especial instituições que desenvolvam o Programa Educação para Jovens e Adultos (EJA), e deem condições para que o trabalhador frequente a escola ou disponibilize uma sala de aula em suas dependências, estimulando-o através de políticas internas de premiação ou de cargos hierarquicamente mais significativos, e concedendo-lhe, se possível, o mínimo de material escolar.

Experiências nesse sentido são realizadas por diversas empresas, e o resultado alcançado é sempre muito promissor. O custo do investimento é muito baixo e o resultado é extremamente benéfico para as duas partes, empregador e empregado.

REFLEXÃO: TEMPO PARA PENSAR E CONSCIENTIZAR

É preciso que a gestão de pessoas proporcione momentos de reflexão no meio ambiente do trabalho com temas que deverão abordar não somente o que interessa ao bom andamento dos negócios, e para esses o tempo nunca é curto e tampouco escasso, mas também temas que possam propiciar às pessoas refletir sobre quem são, o que fazem, por que estão adoecidas e por que concordam em tirar a própria vida.

A construção coletiva do saber é algo que desafia a mente e os tempos modernos. Se, há algum tempo atrás, sentar, conversar e ajudar-se mutuamente era algo corriqueiro e normal, hoje não é mais assim. O respeito ao indivíduo, que muitas vezes transmuda-se em individualismo, a corrida pelo saber e a ganância pelo ter têm afastado a todos, cada vez mais. O egoísmo, a vaidade, a inveja, os ciúmes, a soberba e o orgulho são condutas características dos tempos modernos. Todos perdem, porque é exatamente na partilha fraterna que se faz comunhão de bens morais, espirituais, materiais e científicos. E a comunhão garante a paz, porque na partilha ela multiplica os dons e enriquece a todos.

É preciso caminhar, repensar, iluminar e colaborar. Um mundo unido é possível, mas ele depende de todos nós, homens irmãos e fraternos. A reflexão sobre as percepções subjetivas do trabalhador acerca do meio ambiente do trabalho somente será possível através de uma construção coletiva do saber, sendo a interdisciplinaridade o caminho para essa construção.

Médicos, enfermeiros, engenheiros, ergonomistas, psicólogos, psiquiatras, técnicos de segurança do trabalho, empregadores, empregados, juízes, procuradores, auditores, advogados e pensadores do Direito do Trabalho precisam parar, refletir, pensar, estudar e atuar sobre o meio ambiente de trabalho para que ele dignifique e plenifique o homem no seu saber maior, o próprio trabalho.

Nesse sentido, Séguin (2002) afirma que o arquétipo do ambientalista mudou, ele agora é o técnico, o cientista, o jurista que se conscientiza de que na realidade preservar é uma forma de sobreviver. E neste novo construto o empresário deve estar inserido, desempenhando seu papel, cabendo a assessoria jurídica da empresa atentar para as novas angulações da atividade de produção e circulação de bens, fazendo uma “advocacia preventiva”, de modo a serem evitados conflitos pela prevenção de situações de risco ou vulneráveis (SÉGUIN, 2002).

Para a autora, prevenir implica avocar responsabilidades pela capacidade de assumir as consequências dos atos ou omissões, sejam eles decorrentes da prática de um ato ilícito na esfera penal, civil ou administrativa. Dessa forma, como a origem da responsabilidade está no livre arbítrio humano, quem pode escolher se torna responsável por sua opção (SÉGUIN, 2002).

Por outro lado, a dimensão do trabalho foi transformada. Na concepção contemporânea o trabalho deixou de ser um *castigo*, porquanto afeito tão somente a escravos e servos, não se limitando também a se tornar simplesmente uma forma de ganhar dinheiro. Atualmente, o trabalho se tornou um meio para a realização de projetos e sonhos, uma oportunidade para a realização humana e busca pelos desenvolvimentos individual e coletivo. A construção diária da harmonia e ajuda mútua se tornaram uma exigência, posto que o crescimento individual só terá sentido se incluir o outro.

É preciso também criar parcerias e espírito de equipe, porque as pessoas precisam ser valorizadas e sentirem-se importantes, razão pela qual as organizações precisam transformar suas relações hierárquicas verticais em horizontais, a fim de que os chefes se tornem líderes e possam promover a sinergia grupal.

Essas são propostas constantes nos projetos de melhoria do meio ambiente do trabalho, as quais, a exemplo do *Projeto Colaborar*, que, segundo Bastos, Costa e Costa (2005, p.5), “é fruto da comunhão dos Projetos Repensar, Caminhar e Iluminar.”

Sendo que o último – *Repensar* – teve como objetivo a percepção dos diversos comportamentos humanos e visava o estudo e a proposta de melhoria de conduta de vida, sobretudo de profissionais com poder de mando e gestão (BASTOS; COSTA; COSTA, 2005).

Já o primeiro – *Caminhar* – visava analisar e mapear áreas críticas do meio ambiente de trabalho, e se conclui com a apresentação de soluções práticas (BASTOS; COSTA; COSTA, 2004). O segundo – *Iluminar* – teve como intuito oferecer um estudo interdisciplinar para seus participantes, abordando temas que englobam as diversas áreas do saber (Psicologia, Direito, Administração, entre outras) e cujo objetivo foi desenvolver mecanismos de reflexão e prática sobre Ética (BASTOS; COSTA; COSTA, 2005).

E o terceiro – *Colaborar* – teve como escopo o estudo e aprimoramento das condições de trabalho, medidas de segurança e legislação vigentes como proposta de erradicação de agressões ao meio ambiente do trabalho e será desenvolvido à luz da ética, responsabilidade e confidencialidade nas relações de trabalho (BASTOS; COSTA; COSTA, jul. 2005).

Esses projetos são frutos da comunhão de ideias de gestores e profissionais multidisciplinares voltados para a saúde e segurança no trabalho, os quais estabelecidos na cidade de Itumbiara (GO) durante os anos de 2000 a 2007, em conjunto com o Instituto Goiano de Direito do Trabalho (IGT), reuniam-se mensalmente através do Grupo de Erradicação de Doenças e Acidentes do Trabalho da Região Sul de Goiás (GESSUG) para refletirem sobre temas afins e realizarem anualmente o Seminário de Direito do Trabalho e Erradicação de Doenças e Acidentes do Trabalho da Região Sul de Goiás.

O resultado foi fantástico, com significativa redução de doenças e acidentes do trabalho na região. Os seminários tinham como público-alvo os empregados das empresas envolvidas e não continham qualquer censura quanto aos temas e conteúdos a serem apresentados. Tudo era permitido, desde que implicasse a possibilidade de resguardar a vida e tivesse como escopo a otimização das relações trabalhistas. Os palestrantes eram escolhidos entre juristas renomados, profissionais capacitados, membros da Justiça do Trabalho, Ministério Público do Trabalho e Ministério do Trabalho e Emprego.

Os empregados esperavam com ansiedade o “Seminário”, mas o trabalho mais consistente e proveitoso era realmente aquele advindo dos encontros mensais, porque permitiam uma conscientização e formação contínuas de profissionais e gestores e ocorriam dentro das empresas, nos auditórios por elas disponibilizados.

Essa aproximação entre empregadores, empregados, gestores, autoridades e profissionais especializados, todos envolvidos em prol do “bem comum”, propiciou um ambiente favorável para o desenvolvimento de ideias e práticas edificantes e salutares para a erradicação pretendida.

Por essa razão, no ano de 2015 o Fórum de Saúde e Segurança no Trabalho do Estado de Goiás idealizou o Projeto Repensar Gestão e Trabalho, o qual discutiu e debateu os seguintes temas: “Trabalho Escravo Contemporâneo”, “Fatores Psicossociais de Risco e o Uso e/ou Abuso de Álcool e Outras Drogas” e, por último, “Globalização e Terceirização: Sinônimos de Precarização? Uma Abordagem Transdisciplinar.” Foi também realizada no ano de 2016 uma audiência pública sobre assédio moral no trabalho com o tema, “A implementação de políticas de humanização como fator de prevenção do assédio moral no trabalho”.

Para 2017, pretende-se lançar um novo projeto, intitulado “Projeto Pensar Meio Ambiente do Trabalho”, o qual terá como objetivo a conscientização e formação de alunos do curso de Direito acerca do meio ambiente do trabalho e todas as suas vicissitudes.

Lembrando que todos esses projetos nasceram da reflexão e aprimoramento da gestão e trabalho e poderão facilmente ser adotados pela organização de trabalho conforme suas necessidades e possibilidades, desde a micro até a média e a grande empresa.

LIBERDADE: DIREITO DE RESISTIR

Delgado (2013) afirma que o princípio do *jus resistentiae* do obreiro implica a possibilidade de o empregado resistir às ordens *ilícitas* emanadas do empregador no âmbito da relação de emprego. O mesmo autor afirma também que no contexto jurídico brasileiro a ausência de garantia geral de emprego mitiga o *jus resistentiae* do obreiro, uma vez que o risco do rompimento do contrato de trabalho inibe eventual posição defensiva do empregado em face de ordens abusivas.

A reflexão é pertinente e perfeitamente cabível no cenário laboral brasileiro. O procedimento adotado por uma grande empresa nacional, estimulando o direito de resistência do obreiro, comprova como a adoção de práticas similares inibe a degradação do meio ambiente laboral, em específico no que diz respeito a proliferação de doenças e acidentes.

Na empresa, os empregados foram orientados a resistir ao cumprimento de ordens que fossem comprovadamente abusivas e que poderiam colocar suas vidas em risco, perfazendo aquilo que Buzanello define ao afirmar que “o exercício do direito de resistência revela-se como defesa própria do indivíduo, ou de outrem, contra ordem injusta ou constrangimento de que seja vítima por parte de autoridade” (BUZANELLO, 2001, p. 165).

Assim, estabelecida a resistência, chamava-se o técnico de segurança do trabalho da empresa para ser árbitro da situação. Caso o referido profissional entendesse pela existência de segurança e ausência de riscos do procedimento, este era efetivado. Caso contrário, a ordem seria justificadamente não cumprida.

Trabalhadores e gestores perceberam que esse era um excelente meio de erradicação de doenças e acidentes do trabalho, o qual se utilizado de forma responsável e honesta redundaria em ganho para todos, razão pela qual a referida política de segurança – Direito de Resistência – se tornou *slogan* e é amplamente divulgada em toda a empresa. Assim, constatado pelo trabalhador que a atividade exigida retira-lhe a dignidade ou põe em risco a sua própria vida, tem-se por constitucional a recusa havida e como tal precisa ser respeitada.

Por outro lado, não permitir o seu exercício é arcar com o fato de que “Quem não tem liberdade de escolha, não pode ser responsabilizado por seus atos, porque não erra e não falha” (DEJOURS, 1997) e, dessa forma, arcar com o pagamento da indenização devida pela reparação de dano que possa ser causado ao trabalhador (DEJOURS, 1997).

COMUNHÃO: IMPORTÂNCIA DA COMUNICAÇÃO E DISCUSSÃO COLETIVA

Compreende-se por espaço de deliberação a oportunidade que os diversos atores da relação de trabalho encontram para refletir, conversar, trocar conhecimento, deliberar, negociar, aprender e escutar.

Segundo Dejours (2012), o espaço de deliberação pode ser formal ou informal. O primeiro ambienta-se em locais de caráter formal, como reuniões de equipe, *briefing*, *staff*, reunião de diretoria, em canteiro de obras, etc. Já os espaços informais são ocupados pelas práticas de convivência que significam: pausa para o

café, lanche, comemorações, discussão sobre o jogo de futebol, comemorar o aniversário de alguém, etc.

O mesmo autor afirma ainda que a ausência de convivência ou exclusão do espaço do trabalho implica supressão dos espaços informais de deliberação, com tendência à coordenação autoritária e burocrática. Assim é que se percebe que a convivência não é apenas um suplemento de contingência, mas sim parte integrante da cooperação, pois “trabalhar não é apenas produzir, é também viver junto” (DEJOURS, 2012, p. 85).

Nesse sentido, o autor conclui que “O espaço de deliberação informal é o lugar do reajustamento, da sintonia fina, ou ainda de “interpretações coletivas” das ordens constitutivas da coordenação” (DEJOURS, 2012, p. 85). Alguns gestores pressionam para que os espaços informais mais comuns sejam eliminados, chegando a ser proibidos em razão de serem vistos como momentos de não produção ou perda de tempo (DEJOURS, 2012), o que na verdade não o é. E é ainda sob a pressão de gestores que espaços formais de deliberação e a atividade deontica acompanhados de métodos de avaliação individual de desempenho são esmagados, visto que se estabelece o silêncio, a desconfiança, bem como a deslealdade entre colegas (DEJOURS, 2012).

Assim é que a construção, manutenção e permissão da existência dos espaços de deliberação formais ou informais se tornam condições implícitas para que num coletivo de trabalho as percepções subjetivas dos trabalhadores sejam compartilhadas e os fatores psicossociais de risco sejam reduzidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada por Corte, Lucca e Tosetto (2016) num sítio de plantação de rosas constatou que um terço dos trabalhadores tiveram algum episódio de DORT que não se tornou crônico devido ao apoio social e elevado grau de satisfação no trabalho relatado pelos trabalhadores (CORTE; LUCCA; TOSETTO, 2011).

Segundo os pesquisadores, os trabalhadores declararam que “Os encarregados trabalham com a nossa opinião”, a gente costuma falar que ali a gente é uma equipe.” (CORTE; LUCCA; TOSETTO, 2011).

É esse, portanto, o papel da gestão de pessoas na redução dos fatores psicossociais de risco no meio ambiente do trabalho: transformar o coletivo de trabalho numa equipe, na qual o apoio social e o elevado grau de satisfação sejam tão significativos a ponto de não permitir que uma doença ocupacional se torne crônica. ■

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Almiro Eduardo de.; SEVERO, Valdete Souto. *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. [Tradução: Plínio Dentzien]. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. 279p.
- BASTOS, Alexandra de Souza; COSTA, Carla Maria Carneiro; COSTA, Thais Carneiro. *Projeto Caminhar*. Itumbiara, dez. 2004.
- _____. *Projeto Iluminar*. Itumbiara, abr. 2005.
- _____. *Projeto Colaborar*. Itumbiara, jul. 2005.
- _____. *Projeto Repensar*. Itumbiara, ago. 2005.
- BENDASSOLI, Pedro Fernando; FALCÃO, Jorge Tarcísio da Rocha. Diálogos e Controvérsias em Clínicas do Trabalho. In: MACEDO, Kátia Barbosa. (Org.) *O Diálogo que Transforma*. A clínica psicodinâmica do trabalho. Goiânia: PUC Goiás, 2015.

- BUZANELLO, José Carlos. *Direito de Resistência como Problema Constitucional*. 2001. 388f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.
- CORTE, Márcio Zamuner; LUCCA, Sérgio Roberto de.; TOSETTO, Thais. A percepção dos trabalhadores sobre os riscos de distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho na produção de rosas. *REDD – Revista Espaço de Diálogo e Desconexão*, Araraquara, v. 4, n. 1, jul/dez. 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/Residencia/Downloads/5049-12244-1-SM.pdf >. Acesso em: 08 jul. 2016.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na Legislação Trabalhista: reforma trabalhista ponto a ponto*. São Paulo: LTr, p. 34-5, 2002. [2. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e a Emenda n. 32/01].
- DEJOURS, Christophe. Organização do trabalho e saúde mental: Quais são as responsabilidades do *manager*? In: CARNEIRO, Carla Maria Santos; FLEURY, Alessandra Ramos Demito; LIMA, Janilda Guimarães; MACÊDO, Kátia Barbosa. *Organização do trabalho e adoecimento: uma visão interdisciplinar*. Goiânia: PUC Goiás, 2016.
- DEJOURS, Christophe. *Trabalho vivo*. Trabalho e emancipação. Tomo 2. Brasília: Paralelo 15, 2012.
- DEJOURS, Christophe. *Addendum*. Da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho. In: LANCMAN, Selma; SZNELWAR, Laerte Idal. *CRISTOPHE DEJOURS: Da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho*. Brasília: Paralelo 15; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2011.
- _____. *A Loucura do Trabalho*. Estudo de Psicopatologia do Trabalho. São Paulo: Cortez – Oboré, 2009.
- _____. Sofrimento, prazer e trabalho. In: DEJOURS, Christophe. *Conferências Brasileiras: identidade, reconhecimento e transgressão no trabalho* São Paulo: FGV, 1999.
- _____. *O fator humano*. Rio de Janeiro: FGV, 1997.
- _____. BÊGUE, Florence. *Suicídio e Trabalho: O que fazer*. Brasília: Paralelo 15, 2010.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- DICIONÁRIO AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/gestar>>. Acesso em: 11 jan. 2017.
- ENTRA EM VIGOR na França o 'direito de se desconectar'. *O Globo, Época Negócios*, Rio de Janeiro, 3 jan. 2017. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/>>
- Carreira/noticia/2017/01/entra-em-vigor-na-franca-o-direito-de-se-desconectar.html>. Acesso em: 16 jan. 2017.
- FLEURY, Alessandra Ramos Demito. MACÊDO, Kátia Barbosa. Capítulo 4 – A Clínica Psicodinâmica do Trabalho: Teoria e Método, p. 95-134. In: MACEDO, Kátia Barbosa (Org.). *O diálogo que transforma a clínica psicodinâmica do trabalho*. Goiânia: PUC Goiás, p. 223-33, 2015.
- GERSCHENFELD, Ana. Um suicídio no trabalho é uma mensagem brutal. Entrevista a Christophe Dejourns. *Público*, 1 fev. 2010, Lisboa. Disponível em: <<https://www.publico.pt/sociedade/noticia/um-suicidio-no-trabalho-e-uma-mensagem-brutal-1420732>>. Acesso em: 16 jan. 2017.
- GONDIM, S. M. G.; FISCHER, T.; MELO, V. P. *Formação em gestão social: um olhar crítico sobre uma experiência de pós-graduação*. In: FISCHER, T.; ROESCH, S.; MELO, V.P. (Orgs). *Gestão do desenvolvimento territorial e residência social*. Salvador: EDUFBA; CIAGS/UFBA, 2006.
- ROSSI, Elizabeth Zulmira. *Reabilitação e reinserção no trabalho de bancários portadores de LER/ DORT: Análise Psicodinâmica*. 2008. 270p. Tese (Doutorado em Psicologia Social do Trabalho e das Organizações) - Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília, Brasília, 2008.
- SÉGUIN, Éliida. *O Direito Ambiental: nossa casa planetária*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.



ARQUIVO PESSOAL

CARLA MARIA SANTOS CARNEIRO é advogada trabalhista. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás, com especialização em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Faculdade Anhanguera de Ciências Humanas. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Doutoranda em Psicologia com ênfase em Psicodinâmica do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás.



ARQUIVO PESSOAL

KÁTIA BARBOSA MACÊDO é psicóloga formada pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Mestre em Psicologia Aplicada a Las Organizaciones pela Escuela de Administración de Empresas de Barcelona. Mestre em Educação pela Universidade Federal de Goiás. Doutora em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Fez estágio pós-doutoral pela Unicamp com extensão no Cnam - Conservatoire National de Arts et Métiers – em Paris, França. Psicanalista formada pela Intenational Psychoanalytic Association.

Programa de integridade é eficaz para atrair investimento estrangeiro

■ POR MARIA SYLVIA DE TOLEDO RIDOLFO E ISABELA AMORIM DINIZ FERREIRA

“Empresas brasileiras com atuação no exterior devem adotar políticas anticorrupção a fim de se defender de possíveis aplicações de penalidades nos locais em que desenvolvem as suas atividades. Além de seguir a tendência mundial, a adoção de mecanismos de *compliance* e implementação de programas de integridade pelas empresas brasileiras tornaram-se imprescindíveis para a captação de investimentos estrangeiros.”

A pesar de ter havido um aumento considerável de trabalhos de investigação e punição dos envolvidos em esquemas de corrupção pelo Ministério Público, Polícia Federal e Poder Judiciário, a corrupção e a impunidade sempre estiveram vinculadas à imagem do nosso país. No entanto, estes dois fatores nunca representaram um óbice à atração de recursos financeiros, tanto que o Brasil sempre figurou entre as nações com maior capacidade de atração e retenção de investimentos estrangeiros.

Ocorre que, nos últimos anos, a crise econômica vivenciada e o cenário de incerteza política, que se aflorou recentemente, culminaram na retração de novos investimentos e na dificuldade de manutenção de investimentos aqui já realizados.

Não é novidade alguma que as estabilidades política e econômica, bem como a perspectiva de crescimento e a segurança, estão entre os principais atrativos para que investidores realizem aporte de recursos no país. Daí a necessidade de

criação e implementação de programas de integridade pelas empresas brasileiras que, principalmente, desejam atrair tais investimentos.

Programas de integridade consistem em um conjunto de mecanismos e procedimentos internos, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, que têm como objetivo detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Sendo assim, as empresas que já possuem programas de *compliance* implementados, ou seja, uma estrutura para o bom cumprimento de leis em geral, devem trabalhar para que medidas anticorrupção sejam integradas àqueles programas já existentes.

Embora a política de combate à corrupção no Brasil e a materialização do programa de integridade sejam institutos recentes em nosso ordenamento jurídico, as suas fontes não as são. A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) teve o seu berço nas leis mundiais mais relevantes e conhecidas sobre o assunto: (i) a estadunidense *Foreign Corruption Practice Act* – FCPA, promulgada em 1977, com o propósito de criminalizar o suborno de oficiais públicos estrangeiros por empresas americanas e seus representantes; e (ii) a britânica *Bribery Act*, publicada em 2010, que ampliou o rol desta conduta, abrangendo também as relações das empresas públicas e privadas com os entes públicos internos.

A Lei Anticorrupção é a primeira lei brasileira voltada, exclusivamente, para a prevenção, combate e repressão de atos corruptos, inclusive com a responsabilização das pessoas físicas envolvidas em esquemas de corrupção e das pessoas jurídicas participantes de fraudes ou quaisquer outros atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira.

Além de ter sido criada para harmonizar o ordenamento jurídico com os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário (*i. e.* Organização dos Estados Americanos - OEA, Organização de Cooperação ao Desenvolvimento Econômico – OCDE e ONU *Global Pact*), a Lei Anticorrupção também se fez necessária para acalmar os ânimos dos investidores estrangeiros de países com políticas anticorrupção já implementadas e com aplicação extraterritorial.

Buscando minimizar os riscos de envolvimento em escândalos de corrupção e os prejuízos inerentes a tais práticas, os investidores estrangeiros tem adotado, de forma crescente, auditorias voltadas à verificação de políticas de integridade e cumprimento das leis anticorrupção. Tanto que é prática comum em operações de M&A e reorganizações societárias de empresas brasileiras a realização de auditorias pelos investidores estrangeiros, com o intuito de identificar possíveis práticas de corrupção na empresa investida. Até porque, nos termos da Lei Anticorrupção, uma vez identificada a prática de atos lesivos em face da administração pública subsistirá a responsabilidade da pessoa jurídica nas hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

Da mesma maneira, empresas brasileiras com atuação no exterior devem adotar políticas anticorrupção a fim de se defender de possíveis aplicações de penalidades nos locais em que desenvolvem as suas atividades. Além de seguir a tendência mundial, a adoção de mecanismos de *compliance* e implementação de programas de integridade pelas empresas brasileiras tornaram-se imprescindíveis para a captação de investimentos estrangeiros. 

Os limites ético-políticos da “hospitalidade universal” kantiana pela ótica do pensamento de Jacques Derrida

■ POR NERISSA KREBS FARRET

A questão da hospitalidade, ou seja, de como o estrangeiro, o outro, é recebido em um lugar que originalmente não é o seu permeia toda a história da filosofia, desde a Grécia até a contemporaneidade. Entretanto, essa questão do “outro” não é meramente a questão do estrangeiro. É, na verdade, a questão daqueles que muitas vezes não são vistos como estrangeiros legítimos, não são recebidos como estrangeiros bem-vindos. A questão do “outro”, portanto, é a questão dos exilados, dos refugiados, dos apátridas, isto é, de todos esses grupos que ao longo da história foram considerados à margem da lei e da sociedade e, na maioria das vezes, indignos de qualquer acolhida.

Ao analisar a obra kantiana e o pressuposto de uma “hospitalidade incondicional”, o filósofo Jacques Derrida (1930-2014) desenvolveu toda sua crítica em torno dessa ideia, fazendo da hospitalidade e, mais ainda, da reflexão sobre o outro (*l'autre*), a base de todo o seu pensamento. Para Derrida, mesmo quando Kant procurava suplantar o problema da restrição de direitos e, portanto, da hospitalidade, como quando afirmou que “originalmente, ninguém tem mais direito do que outro a estar num determinado lugar da Terra” (KANT, 2008, p. 20), acabou recaindo na mesma condicionalidade, pois ao reconhecer a formação de um “núcleo comunitário cosmopolita” como o *locus* onde se movimentam os cidadãos, terminou por aceitar, com isso, a determinação de certo condicionamento à pretensão de universalidade, arrasando, então, como a suposta hospitalidade universal. Assim pontuou Kant:

Ora, como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição. (KANT, 1989, p. 22)

Derrida percebeu a limitação que essa ideia de hospitalidade, que se pretendia universal, ainda apresentava, e no livro *Da Hospitalidade*, mesmo citando a obra kantiana como “o texto ao qual nunca deixamos de nos referir, e dentro de toda

tradição que carrega”, retomou o conceito e revisitou toda a tradição para lançar as bases de uma hospitalidade verdadeiramente incondicional, buscando suplantar a condicionalidade presente em Kant. Assim, torna-se fundamental analisar a maneira como esse acolhimento do outro evoluiu, desde sua origem grega, para se tornar uma questão crucial na tradição filosófica ocidental.

De acordo com Illich (1987), no texto *Hospitalidade e Dor*, na Grécia antiga a ideia de hospitalidade genuína só poderia ocorrer com aqueles considerados iguais e, assim sendo, apenas estes eram recebidos como convidados. Dessa forma, a hospitalidade estendida aos hóspedes era sempre baseada na *xeno-philia*, o amor pelo *xenos*¹, o “outro” grego. Não poderia nunca ser oferecido ao *barbaroi*, tagarela, aquele que não fala nenhum idioma que um grego possa entender. Já em meados do século IV d.C, a ideia de hospitalidade, antes circunscrita a casa, foi deslocada. Nesse tempo, sob a influência cristã, os primeiros asilos² para os desabrigados foram construídos, financiados pela comunidade.

Aplicar nossa noção de asilo ou hospital para algo conhecido na antiguidade Grega ou Romana é anacrônico. Escavações em Pompeia mostraram que casas de médico frequentemente incluíam um quarto especial no qual um casal de doentes poderia ser alojado. Templos permitiam a peregrinos dormir ou, mais precisamente, “a incubar” em seu recinto por vários dias. Como mencionei acima, cidades Gregas formalizaram a hospitalidade para embaixadores estrangeiros. Mas abrigos especiais para aqueles miseráveis não eram mencionados em nenhum lugar. Nenhuma inscrição com relação a tal instituição chegou até nós. A taverna da antiguidade existia para viajantes a quem faltava suficiente prestígio e dignidade para contar com hospitalidade, mas que possuíam os poucos cobres exigidos [...] Ele era um exilado, marcado com a infâmia associada a meretrizes, atores e cafetões (ILLICH, 2001, p. 7).

Percebe-se que na Grécia a necessidade de entender o idioma, de se comunicar com o outro, aquele que chegava, era indispensável para a hospitalidade, ou seja, a hospitalidade era condicionada ao idioma. Com o advento do Antigo Testamento e dos valores cristãos, essa noção de hospitalidade é deslocada, e o acolhimento, a hospitalidade passa a ser condicionada a esse amor por Cristo, e a casa é trocada pelo asilo.

De acordo com Derrida em *Da Hospitalidade*,

[...] entre os graves problemas de que tratamos aqui, existe aquele do estrangeiro que, desajeitado ao falar a língua, sempre se arrisca a ficar sem defesa diante do direito do país que o acolhe ou que o expulsa; o estrangeiro é, antes de tudo, estranho à língua do direito na qual está formulado o dever de hospitalidade, o direito ao asilo, seus limites, suas normas, sua polícia, etc. Ele deve pedir a hospitalidade numa língua que, por definição, não é a sua, aquela imposta pelo dono da casa, o hospedeiro, o rei, o senhor, o poder, a nação, o Estado, o pai, etc. Estes lhe impõe a tradução em sua própria língua, e esta é a primeira violência. (DERRIDA [Entrevistado], 2003, p. 15)

Derrida utiliza Sócrates como exemplo, quando este ofereceu a própria vida – para mais tarde perdê-la – apresentando-se como estrangeiro e pedindo que o tratassem como estrangeiro, porque ele assim se sentia devido a sua idade e seu idioma, ou seja, o idioma da filosofia, da língua popular e não a língua erudita

dos juízes. E é nessa hora que a retórica socrática se apresenta. Ela consiste em queixar-se de não ser sequer tratado como estrangeiro, pois se assim o fosse, os atenienses aceitariam seu jeito mais simples de falar, seu próprio idioma, como Sócrates chamou.

Percebe-se então, que o estrangeiro, o *ksénos*³, não é simplesmente o “outro” absoluto, o bárbaro, o selvagem, o completamente excluído e diferente. De acordo com Derrida, quando Émile Benveniste pretendeu definir *ksénos*, ele não partiu de *ksenía*⁴ por acaso. Ele inscreveu *ksénos* em *ksenía*, ou seja, ele inscreveu o estrangeiro no pacto social, nessa aliança coletiva. Com isso, ele quer dizer que não existe estrangeiro antes ou fora do pacto, mas sim o estrangeiro e o outro, o bárbaro. Assim, o *ksénos* indica relações, laços, um contrato de hospitalidade que, de acordo com Derrida, liga ao estrangeiro e liga reciprocamente o estrangeiro, valendo para além do indivíduo, estendendo-se a toda família, ao nome.

Não se trata apenas do elo entre nascimento e nacionalidade; não se trata apenas da cidadania oferecida a alguém que não a tinha anteriormente, mas do direito acordado ao estrangeiro enquanto tal, ao estrangeiro que continua estrangeiro, e aos seus, á sua família, a seus descendentes. (DERRIDA [Entrevistado], 2003, p. 21)

Nesse sentido, Derrida afirma que a questão da hospitalidade é a questão do sujeito e do nome e provoca a reflexão ao perguntar: “O que quer dizer estrangeiro? Quem é o estrangeiro?”. Para o filósofo, a tradição sempre pensou o estrangeiro a partir da lei e do Direito. Uma reflexão sobre a hospitalidade, nos diz Derrida, pressupõe a possibilidade de uma delimitação rigorosa das fronteiras entre o familiar e o não familiar, entre o estrangeiro e o não estrangeiro, entre o cidadão e o não cidadão. E, assim sendo, entre o público e o não público, entre o espaço público ou político e o estar em casa individual ou familiar.

A partir do momento em que o Estado, ou qualquer autoridade pública, passa a controlar as pessoas, ou melhor dizendo, se dá ao direito de controlar as pessoas, todo elemento da hospitalidade se encontra perturbado. Esse elemento de hospitalidade se encontra perturbado porque o *chez soi*⁵, no qual a soberania deveria ser minha e não do Estado, foi violado. No momento em que o meu *chez soi* se encontra sob controle de alguma autoridade que não a minha, ocorrendo aí uma violação do inviolável, a reação prevista, de acordo com Derrida, seria privatizante, xenófoba: não dirigida contra o estrangeiro nessa qualidade, mas, paradoxalmente, ao totalmente “outro”, ao elemento desconhecido que ameaça a minha autoridade como hospedeiro. Começa-se por considerar, então, o estrangeiro indesejável, e virtualmente como inimigo quem quer que pisoteie a soberania daquele que hospeda. O hóspede⁶ torna-se um sujeito hostil.

Quando Kant nos diz “o *direito cosmopolita* deve limitar-se às condições da *hospitalidade universal*” ele destaca “direito cosmopolita” e “hospitalidade” não por acaso. Na visão de Derrida, isso demonstra que a hospitalidade não se encontra no espaço da moral ou da política, mas sim do direito, de um direito determinado pela relação com o cidadão e o Estado, mesmo que seja um Estado global. Dessa forma, percebe-se que, para Kant, a hospitalidade é tratada como um direito internacional cosmopolita. A outra palavra em destaque é “hospitalidade”⁷, entendida aqui como a condição que define o direito cosmopolita, e até mesmo que o limita.

Trata-se portanto de definir as condições de um direito cosmopolita, de um direito cujos termos seriam estabelecidos por um tratado entre Estados, por um tipo carta da ONU antes do fato, e uma dessas condições seria o que Kant chama hospitalidade universal, *die allgemeine Hospitalität*.. (DERRIDA, 1997, p. 3)

Neste trecho, Derrida citou a palavra latina utilizada por Kant para hospitalidade, “*Hospitalität*”, para demonstrar que ela tem uma origem turbulenta. Isto porque a palavra “*Hospitalität*” carrega em si mesma uma contradição, pois tanto pode referir-se a hospitalidade quanto à hostilidade, ou seja, o hóspede indesejado. É possível perceber o trabalho conceitual realizado ao relacionar ambigualmente os termos “hospitalidade” e “hostilidade”, como se a lei da hospitalidade, essa interpretação jurídica da hospitalidade, sempre vinculada ao Direito, à Lei, transformasse a hospitalidade em hostilidade. Dessa maneira, o hospedeiro, assim eleito, é um refém ligado por um juramento.

Assim, entendendo a hospitalidade dessa maneira, seria o direito o responsável por distinguir entre um hóspede e um parasita. É preciso submeter à hospitalidade, a acolhida, as boas-vindas, a uma jurisdição estrita e limitativa. Ninguém que chega é recebido como hóspede se ele não se beneficia do direito à hospitalidade ou do direito ao asilo. Sem essas leis da hospitalidade o hóspede só pode introduzir-se em meu *chez-soi* como hóspede abusivo, na concepção tradicional dessa hospitalidade que está sempre circunscrita na lei e salvaguardada pelo Direito.

Outro equivalente que Kant utiliza para referir-se a hospitalidade, colocado entre parênteses ao lado da palavra “*Hospitalität*” é “*Wirtbarkeit*”. “*Wirtin*” é ao mesmo tempo chefe⁸ e anfitrião. Além disso, “*Wirt*” governa todo léxico da palavra “*Wirtschaft*”, que quer dizer economia. Entende-se, por isso, que o outro, de algum modo estará sempre contaminado pela visão do mesmo, e já está desde sempre inscrito em uma “economia da violência”. Nenhuma posição pode ser autônoma ou absoluta, mas fundamentalmente ligada a outras posições que a violam e pelas quais é violada. A luta pela justiça não pode, assim, ser uma luta pela paz, mas apenas para o que podemos chamar de uma “menor violência”. O outro, segundo Derrida, não pode ser infinitamente outro senão na finitude e na mortalidade.

De acordo com Caimi, a passagem já citada acima, em que Kant logo no início escreve “o *direito cosmopolita* deve limitar-se às condições da *hospitalidade universal*” (2008, p. 20), entrega o sentido restritivo da hospitalidade. Diferentemente de muitas interpretações já feitas sobre o terceiro artigo do opúsculo “À Paz Perpétua”, as quais defendiam que Kant estabelece não mais que um direito de vista, na visão de Caimi – que corrobora aquilo que já foi dito sobre a interpretação de Derrida – é fundamental perceber que este artigo não estabelece um direito, mas sim a limitação de um direito. O direito que se procura limitar é o direito da cidadania universal, isto é, esse direito que permite às pessoas serem consideradas cidadãs de um Estado universal. Como tais cidadãos do mundo, essas pessoas poderiam habitar qualquer parte do globo porque, como já foi mencionado, ninguém tem mais direito do que outro a estar em algum lugar da terra.

Kant chama a este direito “direito de superfície”, se pode entendê-lo como o direito de habitar a terra. Dado que a terra habitável é uma quantidade finita, esse direito de habitar a terra pode formular-se como o direito de ser vizinho de outros habitantes, ou de entrar em interação com eles: “desse modo, todos os povos estão originariamente em uma comunidade [...] de possível interação física (*commercium*)”. (CAIMI, 1997, p. 192)

Dessa maneira, todo o habitante da Terra, sendo considerado cidadão do mundo, possui o direito de colocar em prática essa interação universal, que se apresenta como “o direito de cidadania universal”. Por si só, esta expressão já contém sua limitação, pois coloca todas as pessoas sob o jugo de uma legislação, identificando-as como “cidadãs”, isto é, os hóspedes esperados, nunca como os “outros”. Colocando em prática esse direito à cidadania universal, vê-se submetido a uma limitação que consiste em sujeitar essa cidadania às “condições de hospitalidade universal”. Isto significa que esse estrangeiro tem o direito de não ser tratado com hostilidade em virtude apenas de sua vinda ao território.

Entretanto, esse direito de não ser tratado como inimigo “não se estende além das condições de possibilidade para intentar um tráfico com os antigos habitantes” (KANT, 2008, p. 20), pois para o filósofo alemão o exercício irrestrito desse direito de hospitalidade conduziria à conquista e à colonização das terras visitadas. Assim, uma hospitalidade incondicional, na visão kantiana, não seria compatível com a ideia de paz perpétua postulada em seu opúsculo, pois um direito de visita irrestrito levaria à colonização das terras visitadas. Assim, segundo Caim, a limitação do direito de visita é a condição da integração desse direito a um sistema de Direito, em outras palavras, a hospitalidade para Kant precisa ser condicionada a um direito, a uma legislação.

Nesse sentido, Kant sempre se refere ao direito. “Direito de superfície”, “direito de cidadania universal”, “direito de hospitalidade”. Já na primeira frase que segue após o título do terceiro artigo definitivo do opúsculo “À Paz Perpétua” – o qual já deixa claro uma limitação –, temos “fala-se aqui, como nos artigos anteriores, não de filantropia, mas de direito [...]” (KANT, 2008, p. 20), ou seja, Kant afirmou que a hospitalidade, ou melhor dizendo, o direito de hospitalidade, não surge do amor, do reconhecimento do “outro”, mas sim de uma obrigação, de um dever, tudo regulado pela lei. Para Derrida, a hospitalidade verdadeira, universal, deve surgir do amor, do reconhecimento do totalmente outro. E, principalmente, não se deve amar o estrangeiro por obrigação ou dever. E é essa noção de amar por dever, e conseqüentemente da hospitalidade como dever, que está presente nas leis e na hospitalidade incondicional kantiana. Por isso, se torna tão importante à distinção feita por Derrida entre a lei da hospitalidade incondicional e leis da hospitalidade.

Essa Lei da hospitalidade, a hospitalidade pura, consiste em acolher aquele que chega antes de lhe impor qualquer condição, antes de saber e indagar o que quer que seja, ainda que seja um “nome” ou um “documento” de identidade. Mas ela também supõe que se dirija a ele, chamando-o e reconhecendo-lhe um nome próprio. A hospitalidade consiste em fazer tudo para se dirigir ao outro, perguntando seu nome, mas evitando que essa pergunta, ou qualquer outra pergunta, se converta em uma condição. Apesar dessa diferença ser extremamente sutil, ela é fundamental. De acordo com Derrida, em entrevista concedida ao *Le Monde Diplomatique* e transcrita no livro *Papel-Máquina*, essa é a “questão que se coloca no limiar do em-casa e no limiar entre duas inflexões. Uma arte e uma poética, mas também toda uma política depende disso, toda ética se decide aí” (DERRIDA, 2004, p. 67).

Assim sendo, a lei da hospitalidade incondicional só poderia acontecer se houvesse a transgressão dos limites, dos limiares sempre impostos. Seria preciso transgredir o próprio nome, a pergunta, a necessidade de um rosto e de um anúncio. Seria preciso aceitar o ato de mentir para proteger, deixando de lado toda

a ética kantiana do dever e do imperativo categórico e, também, toda fundação do pacto social. Segundo Derrida, seria como se a lei da hospitalidade exigisse transgredir todas as leis da hospitalidade. Trata-se então, de uma hierarquia na qual a lei está acima das leis, ou seja, a lei é ilegal, transgressiva, lei acima das leis e lei fora das leis.

Logo, a crítica de Derrida a Kant é justamente a limitação que este impõe ao conceito de hospitalidade, mesmo quando postula em seu terceiro artigo definitivo para uma paz perpétua, uma hospitalidade incondicional. Em Kant, o direito da hospitalidade se refere a um direito de visita, sempre sendo respaldado pelo dever, pelo Direito, mesmo que seja um Direito cosmopolita que se estenda a todas as pessoas. A hospitalidade kantiana é formalizada por uma lei da hospitalidade, é imposta violentamente, e guarda uma contradição. Dessa forma, na opinião de Derrida, a hospitalidade kantiana é certamente um direito, uma obrigação, isto é, receber o outro como amigo, mas na condição de hóspede, condição sempre no limiar entre hospitalidade e hostilidade. Dessa maneira, aquele que oferece asilo continua sendo o dono da casa, o “chefe”, mantendo a sua autoridade em seu *chez soi*. Portanto, a hospitalidade entendida dessa forma é um conceito contraditório e autodestrutivo, enquanto colocado de outra forma “produz em si mesmo uma impossibilidade, somente sendo possível na condição dessa impossibilidade” (DERRIDA, 1997, p. 5) 

NOTAS

- 1 Entendido aqui como “estrangeiro”.
- 2 A palavra empregada pelo autor é “hospices”, que em uma tradução literal corresponderia ao português “hospícios”. Contudo, pelo valor psiquiátrico implícito na palavra “hospício”, optou-se por traduzir por “asilo”, significando o caráter de acolhimento.
- 3 Derivada da palavra *xenos*, Derrida utiliza para se referir ao estrangeiro.
- 4 No grego, indica pacto ou troca com um grupo.
- 5 Entendido aqui como meu “em casa”.
- 6 No latim *hostis*, que pode ser o estrangeiro recebido como hóspede ou como inimigo.
- 7 No Alemão “Hospitalität”
- 8 No original, a palavra utilizada é “patron”, traduzida aqui como chefe. Entretanto, “chefe” não tem exatamente a mesma conotação. Em francês, “patron” pode se referir tanto ao chefe, “patrão”, quanto ao cliente.

REFERÊNCIAS

- DERRIDA, Jacques. *Cosmopolites de tous les pays, encore un effort!*. Éditions Galilée, 9, rue Linné, 75005. Paris: Parlement International des écrivains, 1997.
- _____. *Hostipitality*. Trad. Barry Stocker with Forbes Morlock. IN: Angelaki, USA. V. 5, n. 3. December 2000.
- DUFOURMANTELLE, Anne; DERRIDA, Jacques. *Da Hospitalidade*. Trad. Antonio Romane; revisão técnica de Paulo Ottoni. São Paulo: Escuta, 2003.
- ILLICH, Ivan. *Hospitality and Pain*. IN: Paper was presented in Chicago 1987, at the invitation of David Ramage of McCormick Theological Seminary.
- KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*, Porto Alegre: L&PM, 1989.
- ROHDEN, Valerio (coord.). *Kant e a Instituição da Paz*, Porto Alegre: Ed. Universidade/ UFRGS, Goethe-Institut/ ICBA, 1997.



NERISSA KREBS FARRET é Mestranda em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Fabrizio Soler



ARQUIVO PESSOAL

Logística reversa para todos

Recente levantamento do Tribunal de Contas da União (TCU) mostra que 60% dos municípios brasileiros ainda fazem a disposição inadequada dos rejeitos, valendo-se de lixões. A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) determinou que a extinção desses vazadouros ocorresse em 2014; e, na esteira de inobservância aos prazos estabelecidos na lei, somente 2.325 municípios de um total de 5.568 elaboraram planos de gestão integrada de resíduos sólidos, sendo que o prazo então fixado era 2012.

Segundo o TCU, observa-se que não tem sido dada a atenção necessária aos instrumentos fundamentais de planejamento da política nem às demais determinações da lei. A temática de resíduos sólidos deixou de ser um programa no Plano Plurianual de 2012 a 2015 para ser um mero objetivo no PPA de 2016 a 2019, indicando que esse assunto se encontra fora da agenda política prioritária do governo federal.

Em suma, o levantamento do TCU constata como problema central a baixa implementação da Política Nacional de Resíduos Sólidos em função de fragilidades na fiscalização, no planejamento, na avaliação, na transparência e no monitoramento das ações governamentais.

Basta um decreto para exigir que empresas não signatárias cumpram disposições de acordos setoriais firmados pela União.

Nesse sentido, destaca-se a indispensabilidade da edição de decreto pelo governo federal visando assegurar que todas as empresas – fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes – implementem e operacionalizem sistemas de logística reversa de abrangência nacional, de forma a restituir os produtos após o uso ao setor empresarial para reuso, reaproveitamento, reciclagem ou outra destinação final ambientalmente adequada.

A PNRS criou instrumento jurídico próprio para assegurar o cumprimento das obrigações relacionadas a logística reversa, no caso o inovador acordo setorial consistente em contrato firmado entre a União, representada pelo Ministério do Meio Ambiente, com o setor empresarial, prestigiando, assim, a consensualidade, a persecução do interesse público e a cooperação no âmbito da gestão de resíduos.

O acordo tem essência participativa, viabiliza o diálogo entre os agentes envolvidos na estruturação dos sistemas e permite um aprendizado mínimo necessário sobre os diferentes setores econômicos quanto à modelagem da logística reversa, sobretudo em relação a produtos sem qualquer experiência prévia de responsabilidade pós-consumo, a exemplo de lâmpadas, equipamentos eletroeletrônicos, medicamentos, produtos comercializados em embalagens.

Cumprir ressaltar, no entanto, que o acordo setorial não é isento de crítica. Ele esbarra em desafios legais que devem ser debatidos e superados de forma a proporcionar segurança jurídica e, principalmente, isonomia no cumprimento da Política Nacional de Resíduos Sólidos entre fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, sejam eles signatários ou não do acordo.

Tem-se que os sistemas de logística reversa implicam custos, despesas, investimentos e ônus que, por ora, recaem apenas sobre aquelas empresas que assinam o acordo setorial. Na prática é como se cumprir a lei (PNRS) resultasse na penalização econômica dos signatários, enquanto os não signatários se sujeitariam ao controle e fiscalização dos combatidos órgãos ambientais, sabidamente deficitários em termos de infraestrutura, de recursos humanos, materiais e tecnológicos.

O Ministério Público, no âmbito de sua incumbência de defender a ordem jurídica, poderia atuar para que empresas não signatárias também cumprissem a PNRS mediante adoção de medidas que reforcem as ações praticadas por aquelas que firmaram o acordo. No entanto, pelas dezenas de inquéritos instaurados e ações civis públicas ajuizadas é possível inferir, infelizmente, a tendência de o Ministério Público fiscalizar apenas e tão somente os signatários do contrato.

A lei nacional é expressa e, literalmente, impõe obrigação do cumprimento da política a todos os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de produtos como lâmpadas, equipamentos eletroeletrônicos, medicamentos, produtos comercializados em embalagens. É, portanto, mandatário ao poder público assegurar a isonomia constitucional entre signatários e não signatários de acordo setorial, bem como a manutenção do equilíbrio concorrencial do mercado de produtos objeto de sistemas de logística reversa.

A falta de isonomia pode ser corrigida pelo Poder Executivo, pois é possível implementar esses sistemas por regulamento, conforme prevê o § 1º do art. 33 da PNRS. Assim, basta um decreto federal para exigir que as empresas não signatárias cumpram as disposições dos acordos setoriais firmados pela União, afinal, logística reversa é para todos do setor empresarial.

Esse decreto, em consonância com o citado levantamento do TCU, certamente contribuirá para a execução da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, minimizando fragilidades quanto à definição das atribuições individualizadas e encadeadas de cada agente e insegurança jurídica referente à implementação da Política Nacional de Resíduos Sólidos. 

MAIS QUE UMA REVISTA, Um **conceito** de credibilidade



Baixe nosso app




zakarewicz
editora