

ISBN: 978-65-87582-19-1

2020

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS: SOCIOAMBIENTALISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Liton Lanes Pilau Sobrinho
Paulo Márcio Cruz
Fabiola Wüst Zibetti
(Organizadores)



FAPERGS

*Fundação de Amparo à Pesquisa
do Estado do Rio Grande do Sul*



UNIVALI



UPF
UNIVERSIDADE
DE PASSO FUNDO



CAPES

Programa de Excelência Acadêmica - PROEX

ISBN: 978-65-87582-19-1

2020

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS: SOCIOAMBIENTALISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Liton Lanes Pilau Sobrinho
Paulo Márcio Cruz
Fabiola Wüst Zibetti
(Organizadores)



FAPERGS

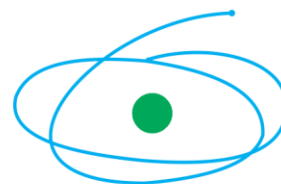
*Fundação de Amparo à Pesquisa
do Estado do Rio Grande do Sul*



UNIVALI



UPF
UNIVERSIDADE
DE PASSO FUNDO



C A P E S

Programa de Excelência Acadêmica - PROEX

REGISTRO DE AOPIO E FOMENTO

O presente livro é derivado de apoio financeiro advindo da FAPERGS, Edital 02/2020 – AOE, Termo 20/2551-0000239-0. Por meio do fomento de apoio à organização e eventos, foi possível, mesmo de que forma remota por conta da pandemia da Covid-19, realizar o IV Congresso Internacional de Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais, XI.

O livro também é resultado da socialização de pesquisas de alunos oriundos de diversas universidades brasileiras e estrangeiras, vinculados a inúmeros grupos de pesquisa, sempre na busca da difusão do conhecimento científico, possui ainda fomento decorrente da COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES – CAPES/MEC, através do Programa de Excelência Acadêmica – PROEX.



Reitor
Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitor de Graduação e Desenvolvimento Institucional
Carlos Alberto Tomelin

Vice-Reitor de Extensão e Assuntos Comunitários
José Carlos Machado

Vice-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação
Rogério Corrêa

Organizadores
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Paulo Márcio Cruz
Fabiola Wüst Zibetti

Apresentação
Liton Lanes Pilau Sobrinho

ARTIGOS – GT 1 –
DIREITO ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE
Andréia Tavares de Jesus
Cassiane Fortes
Gabriel Lima Mendes
Giana Pante
Karen Beltrame Becker Fritz
Karen Beltrame Fritz
Leonardo Tozzo Cominetti
Lucas Parizzi Bernardi
Luiz Ernani Bonesso de Araújo
Matheus Cardoso
Paulo Rogério Bueno da Silva
Syrio Junior Cavagnoli Moreira
Laís Franciele de Assumpção Wagner

ARTIGOS – GT 2 –
TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO
Talissa Truccolo Reato

ARTIGOS – GT 3 –
DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL
Alexandre Nogueira Pereira Neto
Amanda Caroline Zini
Anderson Weber
Carla Della Bona
Clóvis Gorczewski
Danubia Desordi
Gabriel Dil
Gustavo Jaques
Luis Angelo Dallacort
Mariana Galvan dos Santos
Micheli Piucco
Mirelle Gallas
Natalia Ferreira Lehmkuhl Cenci
Patrícia Grazziotin Noschang
Rafael Euclides Seidel Batista
Renata Buziki Caragnatto
Silvana de Fátima Machado da Silva
Stéfani Versa Brunetto
Tainara Mariana Mallmann
Thaís Fernanda Silva
Thaís Fernanda Silva 175
Thiago Augusto Lima Alves
Vitória Piucco

ARTIGOS – GT 4 –
PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS
Adriana Fasolo Pilati
Ana Greicy Possan Galvan
Anabella Cadó
Ariane Faverzani da Luz
Bruna Bueno Eitelwein
Daiane dos Santos Possamai
Danubia Desordi
Graziela Minas Alberti
Joana Silvia Mattia Debastiani
Juliana Oliveira Santos
Kaoanne Wolf Krawczak

Karen Beltrame Becker Fritz
Maite Lazzaretti
Marcela Whitaker
Marcio C. Godinho
Maria Angélica Dal Conte Tonial
Mariana Chini
Mariana Galvan dos Santos
Micheli Piucco
Mônica Giusti Rigo
Natália Rosa Mozzatto
Noli Bernardo Hann
Stéfani Versa Brunetto
Suzane Sulenta
Valdemir José Debastiani
Vitória Piucco
Viviane Kraieski de Assunção

ARTIGOS – GT 5 –
DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS
Anderson Weber
Aurélio Pegoraro Júnior
Bruna Carolina Paludo
Carla Della Latta
Constance Zottis
Flávio Loch
Gianna Bertolin Rossato
Gustavo Dell Osbel
Janaína Rigo Santin
Jander Rocha da Silva
Jovana de Cezaro
Julio Cesar Giacomini
Letícia Abati Zanotto
Marcelo Michel Portella
Mariana de Oliveira Guisso
Marlova Stawinski Fuga
Márcio M. Szinvelski
Nadya Regina Gusella Tonial
Patrícia Farias dos Santos
Renata Buziki Caragnatto

ARTIGOS – GT 6 –
DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO
Eduardo Schneider Lersch
Estéfani Luise Fernandes Teixeira
Leura Dalla Riva
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Vitória Piucco

ARTIGOS – GT 7 –
CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS
Franco Augusto de Vasconcellos Priotto
Cecília Rosa Weiler
Vanderlise Wentz Baú
Henrique Lapa Lunardi

ARTIGOS – GT 8 –
CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO
Aline de Fátima Ardenghy Chiuza
Arthur Rolf Mann
Aurélio Pegoraro Júnior
Carla Della Latta
Érico Antonio P. Santos
Franco Scortegagna
Gabriel Dil
Hellen Sudbrack
Karen Beltrame Becker Fritz
Luiza Spagnol Lourenço Telles
Maira Angélica Dal Conte Tonial
Marcos Leite Garcia
Mateus Rigo Longo
Nicolí Francieli Gross
Pablo Prestes Teixeira
Paulo Rogério Bueno da Silva
Renata Buziki Caragnatto
Tainara Mariana Mallmann
Vitória Faria Barbiero

RESUMOS – GT 1 –
DIREITO ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE
Bárbara Vitória Vanzo
Eduardo Schneider Lersch
Francieli lung Izolani
Katiele Daiana da Silva Rehbein
Leura Dalla Riva

Ronaldo Elias
Tatiana Mezzomo Castelli

RESUMOS – GT 2 –
TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO
Bruna Leyter
Érico Antonio P. Santos
Giovani Pacheco Trajano
Marcos Leite Garcia
Maria de Fátima Schumaker Wolkmer
Patrícia da Luz Chiarello
Patrícia Grazziotin Noschang

RESUMOS – GT 3 –
DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL
Maria Eduarda Moraes Schneider

RESUMOS – GT 4 –
PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS
Andressa Machado Souza
Bárbara Kics Garcia
Gabriela Werner Oliveira
Joana Silvia Mattia Debastiani
Julia Brezolin
Suzane Sulenta
Valdemir Joé Debastiani

RESUMOS – T 5 –
DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS
Ana Paula Graboski de Almeida

RESUMOS – GT 6 –
DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO
Alessandra Vanessa Teixeira
Carlos Cini Marchionatti
Francine Cansi
Luciano Alves dos Santos
Simone Paula Vesolowski

RESUMOS – GT 7 –
CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS
Ariane Faverzani da Luz
Estéfani Luise Fernandes Teixeira
Ivanio Formighieri Müller
Luis Angelo Dallacort
Patrícia da Luz Chiarello

RESUMOS – GT 8 –
CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO
Eduardo Schneider Lersch

Diagramação
Alexandre Zarske de Mello

Revisão
Joana Silvia Mattia Debastiani

Capa
Alexandre Zarske de Mello

Comitê Editorial E-books/PPCJ
Presidente
Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo
Alexandre Zarske de Mello

Membros
Dr. Bruno Smolarek (UNIPAR)
Dra. Flávia Novera Loureiro (UMINHO/PORTUGAL)
Dr. Daniele Porena (UNIPG/ITÁLIA)
Dr. Pedro Jose Femenia Lopez (UA/ESPANHA)
Dr. Javier Gonzaga V. Hernandez (UCALDAS/COLÔMBIA)
Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)
Dr. José Everton da Silva (UNIVALI)
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)
Dr. Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI)
Dr. Sérgio Ricardo F. de Aquino (UPF)

FICHA CATALOGRÁFICA

J979 Jurisdição constitucional, democracia e relações sociais [recurso eletrônico] : socioambientalismo e políticas públicas / organizadores Liton Lanes Pilau Sobrinho, Paulo Márcio Cruz, Fabíola Wust Zibetti - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2020.

Livro eletrônico.

Vários autores.

Modo de acesso: World Wide Web: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>

Fomento e apoio: FAPERGS, UPF, CAPES

Inclui bibliografias

ISBN 978-65-87582-19-1 (e-book)

1. Direito Social. 2. Sustentabilidade. 3. Políticas públicas. 4. Direito ambiental. 5. Economia. I. Pilau Sobrinho, Liton Lanes. II. Cruz, Paulo Márcio. III. Zibetti, Fabíola Wust. IV. Título.

CDU: 34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	16
Liton Lanes Pilau Sobrinho	16
ARTIGOS GT 1 – DIREITO ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE.....	17
O DIREITO SOCIAL À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E SUA EFICIÊNCIA PERANTE O SUS	18
Leonardo Tozzo Cominetti.....	18
Karen Beltrame Becker Fritz	18
UMA BREVE IDEIA DE JUSTIÇA DO ORDENAMENTO SOCIAL: UM OLHAR SOBRE A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	28
Paulo Rogério Bueno da Silva	28
Syrio Junior Cavagnoli Moreira	28
Karen Beltrame Becker Fritz	28
O ICMS E SUA APLICAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE	38
Andréia Tavares de Jesus	38
Luiz Ernani Bonesso de Araújo	38
DIREITO E ECONOMIA: PARÂMETROS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	52
Karen Beltrame Fritz.....	52
Lucas Parizzi Bernardi.....	52
Matheus Cardoso	52
RACIONALIDADE AMBIENTAL E DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE: O DIREITO AMBIENTAL FRENTE A APROPRIAÇÃO INDEVIDA DOS RECURSOS NATURAIS NA FLORESTA AMAZÔNICA	63
Gabriel Lima Mendes.....	63
Cassiane Fortes.....	63
Luiz Ernani Bonesso de Araújo	63
O CAPITALISMO HUMANISTA COMO ECONOMIA DE MERCADO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....	74
Giana Pante	74
Laís Franciele de Assumpção Wagner.....	74
ARTIGOS GT 2 – TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.....	82
O FLUXO REVERSO ENTRE O SISTEMA DE PRECEDENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A EMANCIPAÇÃO PROPOSTA PELO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	83
Talissa Truccolo Reato	83
ARTIGOS GT 3 – DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL	92

RACISMO E SEGREGAÇÃO PROFISSIONAL NO SÉCULO XXI: REFLEXÕES SOBRE A POLÍTICA DE BRANQUEAMENTO E SEUS EFEITOS NA ATUALIDADE.....	93
Tainara Mariana Mallmann	93
CONTEXTUALIZANDO A EMIGRAÇÃO BRASILEIRA: FLUXOS MIGRATÓRIOS DE BRASILEIROS PARA O PARAGUAI, JAPÃO E ESTADOS UNIDOS	101
Mariana Galvan dos Santos	101
Proteção ou expansão de competência: o caso dos DESCA na Corte Interamericana de Direitos Humanos	110
Clóvis Gorczewski	110
Gustavo Jaques.....	110
Micheli Piucco	110
PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS: O EMPENHO DO ACNUR PARA SALVAR VIDAS EM REFÚGIO	118
Thiago Augusto Lima Alves.....	118
A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS: FORMAÇÃO HISTÓRICA E REFLEXOS NA CONTEMPORANEIDADE	130
Thiago Augusto Lima Alves.....	130
Rafael Euclides Seidel Batista	130
O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO: AVANÇO OU RETROCESSO	138
Amanda Caroline Zini	138
Luis Angelo Dallacort	138
Mirelle Gallas.....	138
OS DIREITOS HUMANOS E A NOVA RAZÃO DO MUNDO NO CONTEXTO BRASILEIRO	149
Alexandre Nogueira Pereira Neto.....	149
A função do ente municipal na eficácia dos direitos humanos.....	156
Danubia Desordi.....	156
Carla Della Bona	156
O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: A APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO E O POSICIONAMENTO DO STF	165
Natalia Ferreira Lehmkuhl Cenci.....	165
Thaís Fernanda Silva	165
Jurisdição constitucional no âmbito brasileiro e a busca efetiva pelos direitos humanos.....	175
Natalia Ferreira Lehmkuhl Cenci.....	175
Thaís Fernanda Silva	175
Os imigrantes no Brasil: os desafios no processo de inclusão social e a busca de reconhecimento.....	187
Silvana de Fátima Machado da Silva.....	187

Luis Angelo Dallacort	187
Gabriel Dil	187
Refugiados climáticos: o desaparecimento de estados pelo aumento do nível do mar e a existência de uma nova categoria de refúgio.....	194
Anderson Weber	194
Micheli Piucco	194
Patricia Grazziotin Noschang	194
OS DIREITOS HUMANOS COMO FONTE DE ACESSO À DEMOCRACIA EM UM CONTEXTO DE INTERCULTURALIDADE	202
Carla Della Latta	202
Renata Buziki Caragnatto	202
A ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO À DE ESCRAVO NO BRASIL: CASO FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL	210
Vitória Piucco	210
Stéfani Versa Brunetto	210
Patrícia Grazziotin Noschang	210
ARTIGOS GT 4 – PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS	220
O PAPEL DA GENERIFICAÇÃO NO EXERCÍCIO DO CONTROLE BIOPOLÍTICO DOS CORPOS	221
Ariane Faverzani da Luz	221
Mariana Chini	221
O Transfeminismo e a reivindicação de direitos para os transexuais	230
Kaoanne Wolf Krawczak	230
Noli Bernardo Hann	230
EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: PARA UMA PEDAGOGIA QUE TORNE OS INDIVÍDUOS CONSCIENTES DO SEU PAPEL SOCIAL	240
Juliana Oliveira Santos.....	240
Kaoanne Wolf Krawczak	240
O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SAUDÁVEL E A EXCLUSÃO DOS TRANSEXUAIS DO MERCADO DE TRABALHO	250
Kaoanne Wolf Krawczak	250
Noli Bernardo Hann	250
TRANSEXUALIDADE: DIREITO, RECONHECIMENTO E GARANTIA DE ACESSO À SAÚDE	258
Maite Lazzaretti.....	258
Micheli Piucco	258

GÊNERO E DEMOCRACIA: CONSTRUINDO UM MODELO POLÍTICO FEMINISTA A PARTIR DE JACQUES RANCIÈRE	267
Natália Rosa Mozzatto.....	267
MULHERES E AGROTÓXICOS: REFLEXÕES SOBRE GÊNERO E INJUSTIÇA AMBIENTAL NO CAMPO	277
Daiane dos Santos Possamai	277
Viviane Kraieski de Assunção.....	277
Tráfico internacional de mulheres, crianças e adolescentes da projeção global à regional	288
Bruna Bueno Eitelvein	288
Derecho penal como emancipación. Femicidio/feminicidio. Lecturas de resoluciones de muertes violentas de mujeres en Catamarca (2013-2017).....	299
Marcela Whitaker	299
Anabella Cadó	299
Las brechas de género en las relaciones de trabajo	309
Anabella Cadó	309
Marcela Whitaker.....	309
POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL DE SAÚDE NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL: EPISIOTOMIA SEM CONSENTIMENTO DA PARTURIENTE OU REALIZADA DESNECESSARIAMENTE.....	317
Mariana Galvan dos Santos	317
Ana Greicy Possan Galvan	317
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA.....	327
Stéfani Versa Brunetto	327
Vitória Piucco	327
O TRABALHO DO APENADO E A (DES)MARGINALIZAÇÃO DO DIREITO LABORAL.....	338
Graziela Minas Alberti	338
Maria Angélica Dal Conte Tonial.....	338
A importância das leis orgânicas municipais no combate à homofobia	349
Danubia Desordi.....	349
Mônica Giusti Rigo.....	349
TRANSGÊNEROS, MERCADO DE TRABALHO E POLÍTICAS PÚBLICAS.....	355
Suzane Sulenta	355
Valdemir José Debastiani	355
Joana Silvia Mattia Debastiani	355

LEI MARIA DA PENHA E TRANSDISCIPLINARIDADE: INSTRUMENTALIZANDO A MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, ATRAVÉS DOS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E DA ECONOMIA FEMINISTA.....	365
Marcio C. Godinho	365
Karen Beltrame Becker Fritz	365
A SÍNDROME DE ESTOCOLMO NAS RELAÇÕES DE CONJUGALIDADE: O PROCESSO DE REFINIZAÇÃO DA MULHER NO ÂMBITO CONJUGAL E FAMILIAR.....	376
Marcio C. Godinho.....	376
Adriana Fasolo Pilati	376
ARTIGOS GT 5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS.....	385
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O PODER LOCAL: POSSÍVEIS SOLUÇÕES A PARTIR DE UMA GESTÃO MUNICIPAL RESPONSÁVEL E DESCENTRALIZADA	386
Jander Rocha da Silva	386
Janaína Rigo Santin.....	386
DIREITO À SAÚDE SEGUNDO A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE E O PENSAMENTO DE FILÓSOFOS LIBERAIS IGUALITÁRIOS.....	395
Aurélio Pegoraro Júnior.....	395
FUNDAMENTOS DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN E SUA CONTRIBUIÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO COMO UMA AQUISIÇÃO SOCIAL EM CONSTRUÇÃO	403
Aurélio Pegoraro Júnior.....	403
ENTRE JEREMY WALDRON E LENIO STRECK: CONTRIBUIÇÃO SOBRE O PORQUÊ A APLICAÇÃO DO DIREITO NÃO PODE SER UMA QUESTÃO DE SORTE	413
Mártin M. Szinvelski	413
OS PREJUÍZOS TRAZIDOS PELA TERCEIRIZAÇÃO À CLASSE TRABALHADORA	423
Patrícia Farias dos Santos	423
Gustavo Dell Osbel	423
A MITIGAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA DURANTE À PANDEMIA DA COVID-19.	431
Constance Zottis.....	431
Nadya Regina Gusella Tonial	431
Jovana de Cezaro.....	431
REGIONALIZAÇÃO, SOBERANIA ESTATAL E CONSTITUIÇÃO GLOBAL.....	441
Letícia Abati Zanotto	441
Gianna Bertolin Rossato	441
Anderson Weber	441
O TEMPO E OS VENTOS QUE LEVAM O DIREITO	450

Gianna Bertolin Rossato	450
Letícia Abati Zanotto	450
APLICAÇÃO DA TÉCNICA MANDAMENTAL PARA O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR	460
Anderson Weber	460
Letícia Abati Zanotto	460
Marlova Stawinski Fuga.....	460
OS DIREITOS SOCIAIS E OS INVESTIMENTOS EM SAÚDE COM A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 95/2016 DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19	469
Flávio Loch.....	469
Julio Cesar Giacomini.....	469
O PACTO FEDERATIVO, A (DES)CENTRALIZAÇÃO DE RECURSOS E A POSSIBILIDADE DE REPACTUAÇÃO TRAZIDA PELA PEC 188/2019	478
Flávio Loch.....	478
Julio Cesar Giacomini.....	478
A educação como forma de garantir o Estado Democrático de Direitos	487
Carla Della Latta	487
Renata Buziki Caragnatto	487
O PAPEL DA FORMAÇÃO DOS SUJEITOS PARA A MANUTENÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ..	495
Mariana de Oliveira Guisso	495
Uma análise da impossibilidade de recolhimento e complementação previdenciária por dependente “post mortem” do contribuinte sob a ótica constitucional.....	504
Marcelo Michel Portella	504
PROVIMENTO N. 188/2018 DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL: REGULAMENTAÇÃO, INEFICÁCIA E INCONSTITUCIONALIDADE	515
Bruna Carolina Paludo	515
ARTIGOS GT 6 – DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO.....	525
A China como possível império na idade da técnica: entre desenvolvimento tecnológico e controle social	526
Leura Dalla Riva	526
Eduardo Schneider Lersch	526
REFLEXÕES ACERCA DO ISOLAMENTO SOCIAL E OS IMPACTOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO MUNDO GLOBALIZADO: REQUESTIONAMENTO, VALORIZAÇÃO DAS RELAÇÕES HUMANAS E MUDANÇA DE PARADIGMA	537
Estéfani Luise Teixeira Fernandes.....	537
INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS COMO FERRAMENTAS EFICAZES PARA APLICAÇÃO DA TELEMEDICINA NO BRASIL	544

Vitória Piucco	544
Estéfani Luise Fernandes Teixeira.....	544
Liton Lanes Pilau Sobrinho	544
ARTIGOS GT 7 – CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS	552
A REGULAMENTAÇÃO DO CYBERBULLYING NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	553
Franco Augusto de Vasconcellos Priotto	553
DIREITO AO ESQUECIMENTO: O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A GARANTIA DO ACESSO À INFORMAÇÃO	565
Cecília Rosa Weiler	565
Vanderlise Wentz Baú	565
A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR FRENTE AS NOVAS TECNOLOGIAS: A NECESSIDADE DE SALVAGUARDAR A INTIMIDADE E A PRIVACIDADE	576
Henrique Lapa Lunardi	576
ARTIGOS GT 8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO	587
“L” de Lula, “L” de <i>lawfare</i> : a utilização do Poder Judiciário como arma de perseguição política no Caso do Triplex do Guarujá	588
Arthur Rolf Mann	588
EM TEMPOS DE PANDEMIA: UM OLHAR SOBRE A BIOPOLÍTICA E OS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE UM NOVO “COMEÇO”	599
Nicoli Francieli Gross	599
Tainara Mariana Mallmann	599
O CONSTITUCIONALISMO E A INFLUÊNCIA DE ATORES ECONÔMICOS INTERNACIONAIS NO CENÁRIO GLOBAL.....	607
Aurélio Pegoraro Júnior.....	607
A FUNDAMENTAÇÃO JUSNATURALISTA CRÍTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CENÁRIO DE RETROCESSO SOCIAL NAS DEMISSÕES TRABALHISTAS COLETIVAS NO BRASIL	617
Victória Faria Barbiero.....	617
Pablo Prestes Teixeira	617
A DESINFORMAÇÃO COMO ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA: A NECESSIDADE DE UM CIBERESPAÇO FORTALECIDO	626
Érico Antonio P. Santos	626
Marcos Leite Garcia.....	626
A ANÁLISE DO CRESCIMENTO ECONÔMICO E O REFLEXO NA DIMENSÃO DA POBREZA.....	635
Mateus Rigo Longo.....	635
Franco Scortegagna	635

Karen Beltrame Becker Fritz	635
A LEGITIMA DEFESA DA DEMOCRACIA: UM ATO DE SOBERANIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	645
Paulo Rogério Bueno da Silva	645
A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS EM TRANSNACIONAIS	656
Luiza Spagnol Lourenço Telles	656
Maira Angélica Dal Conte Tonial.....	656
O ACESSO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS MIGRANTES EM TEMPOS DA PANDEMIA DO COVID-19	668
Carla Della Latta	668
Renata Buziki Caragnatto	668
A mitigação do acesso à justiça e assistência judiciária gratuita na reclamatória trabalhista	679
Aline de Fátima Ardenghy Chiuza	679
Maira Angélica Dal Conte Tonial.....	679
A PANDEMIA DA COVID-19 E SEU ENQUADRAMENTO NA SOCIEDADE DE RISCO MUNDIAL: UM ENFOQUE NAS POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS BRASILEIRAS.....	690
Gabriel Dil.....	690
Hellen Sudbrack.....	690
RESUMOS GT 1 – DIREITO ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE.....	700
A CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO FORMA DE EFETIVAR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ALCANÇAR A SUSTENTABILIDADE	701
Bárbara Vitória Vanzo.....	701
Tatiana Mezzomo Casteli	701
DA COLONIALIDADE DO AGRONEGÓCIO À COVID-19: A INSUSTENTABILIDADE DO <i>MODUS OPERANDI</i> DO CONSUMO DE CARNE.....	702
Francieli lung Izolani.....	702
Katiele Daiana da Silva Rehbein.....	702
AGROECOLOGIA E SUSTENTABILIDADE MULTIDIMENSIONAL: POSSÍVEIS ENTRAVES À TRANSIÇÃO AGROECOLÓGICA NO BRASIL	704
Francieli lung Izolani.....	704
Leura Dalla Riva	704
Eduardo Schneider Lersch	704
O MODELO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL CHILENO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO	706
Ronaldo Elias	706
RESUMOS GT 2 – TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.	707
A NATUREZA COMO SUJEITO DE DIREITO NO BEM VIVER.....	708

Bruna Leyter	708
Patricia Grazziotin Noschang	708
O CENÁRIO DA CRISE DEMOCRÁTICA NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO: SOLUÇÕES SÃO POSSÍVEIS.	709
Érico Antonio P. Santos	709
Marcos Leite Garcia	709
<i>BUEN VIVIR: UMA VIA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL</i>	710
Giovani Pacheco Trajano	710
Maria de Fátima Schumaker Wolkmer	710
A EMERGÊNCIA AMBIENTAL E A NATUREZA COMO SUJEITO DE DIREITOS NA PERSPECTIVA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	711
Patrícia da Luz Chiarello	711
RESUMOS GT 3 – DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL	712
DIREITOS HUMANOS E PROTEÇÃO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE SOBRE O IMPACTO DA CRISE MUNDIAL DA COVID-19 NAS RELAÇÕES DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS	713
Maria Eduarda Moraes Schneider	713
RESUMOS GT 4 – PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS	714
A IMPORTÂNCIA DAS CONQUISTAS DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS E A IMPOSSIBILIDADE DE RETROCESSO	715
Andressa Machado Souza	715
HOMICÍDIO CONJUGAL: A ASSIMETRIA DAS PENAS E DO TRATAMENTO MUDIÁTICO A MULHERES HOMICIDAS	717
Bárbara Kics Garcia	717
Julia Brezolin	717
ATUAÇÃO ESTATAL NO RECONHECIMENTO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO: O MODELO ESPANHOL DE AIG	718
Joana Silvia Mattia Debastiani	718
Valdemir Joé Debastiani	718
Suzane Sulenta	718
A VIOLÊNCIA DECORRENTE DA DESIGUALDADE DE GÊNERO COMO FUNDAMENTO DO DIREITO AO REFÚGIO	720
Julia Brezolin	720
Gabriela Werner Oliveira	720
RESUMOS GT 5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS	721
DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E(M) CRISE: TENSÕES ENTRE DEMOCRACIA E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA	722
Ana Paula Graboski de Almeida	722
RESUMOS GT 6 – DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO	723

SOCIEDADE 5.0: OS BENEFÍCIOS E OS DESAFIOS DO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO NA ERA DA HUMANIDADE	724
Francine Cansi	724
Alessandra Vanessa Teixeira	724
Carlos Cini Marchionatti	724
COVID-19: A NOVA REALIDADE CONTEXTUALIZADA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E AS EXPECTATIVAS VISLUMBRADAS NO PÓS-PANDEMIA	726
Simone Paula Vesoloski	726
Luciano Alves dos Santos.....	726
ENSINO JURÍDICO: (RE)ADAPTAÇÃO DO MODO E DO MÉTODO DE ENSINAR SOB UM NOVO OLHAR E SOB A URGÊNCIA DE ADEQUAÇÃO EM PLENA PANDEMIA	727
Simone Paula Vesoloski	727
Luciano Alves dos Santos.....	727
RESUMOS GT 7 – CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS	728
AUDIÊNCIA VIRTUAL DE INSTRUÇÃO POR VÍDEO CONFERÊNCIA COMO FERRAMENTA A NÃO PARALISAÇÃO DO PROCESSO E EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL.....	729
Ariane Faverzani da Luz	729
Ivanio Formighieri Müller	729
Luis Angelo Dallacort	729
A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR NO ESPAÇO VIRTUAL: DA PRIVACIDADE À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA.....	731
Estéfani Luise Fernandes Teixeira.....	731
O COMBATE ÀS <i>FAKE NEWS</i> NO BRASIL E O TEMPO DO DIREITO	732
Patrícia da Luz Chiarello	732
RESUMOS GT 8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO.....	733
A IMPORTÂNCIA DA INDEPENDÊNCIA INSTITUCIONAL E DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS CONTRA A ASCENSÃO DO AUTORITARISMO	734
Eduardo Schneider Lersch	734

APRESENTAÇÃO

O presente livro é derivado de apoio financeiro advindo da FAPERGS, Edital 02/2020 – AOE, Termo 20/2551-0000239-0, a qual agradeço a concessão. Por meio do fomento de apoio à organização e eventos, foi possível, mesmo de que forma remota por conta da pandemia da Covid-19, realizar o IV Congresso Internacional de Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais, XI

Seminário Nacional de Defesa do Consumidor, VII Seminário Internacional de Defesa do Consumidor, III Encontro de Balcões do Consumidor, VIII Encontro Regional de Procons, IV Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, XVII Semana Acadêmica de Direito/Passo Fundo, X Simpósio Jurídico do Campus Sarandi, XVI Encontro Jurídico do Campus Carazinho, XVIII Jornada Jurídica Internacional/Soledade, XVII Semana Acadêmica da Faculdade de Direito/Casca, XXI Simpósio jurídico e XX Encontro Jurídico/Lagoa Vermelha.

O livro “Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais: Socioambientalismo e Políticas Públicas” é o resultado da socialização de pesquisas de alunos oriundos de diversas universidades brasileiras e estrangeiras, vinculados a inúmeros grupos de pesquisa, sempre na busca da difusão do conhecimento científico.

Os organizadores agradecem a todos e todas que contribuíram com seus excelentes trabalhos, os quais compõem essa obra por meio de artigos e resumos.

Liton Lanes Pilau Sobrinho¹

¹ Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US. -Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional ambiental, Direito Constitucional. CV: <http://lattes.cnpq.br/2413013286462855>. E-mail: litonlanes@gmail.com

ARTIGOS GT 1 – DIREITO ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE

O DIREITO SOCIAL À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E SUA EFICIÊNCIA PERANTE O SUS

Leonardo Tozzo Cominetti²

Karen Beltrame Becker Fritz³

INTRODUÇÃO

Com um PIB de R\$ 6,8 trilhões (dados de 2018), não há o que se questionar quanto à grandeza da economia brasileira. O mais importante desse dado, é salientar como parte desses 6,8 trilhões retornam à população brasileira na forma de políticas públicas. Neste texto, volta-se a atenção, especificamente, para como acontece o rateio de custas do Sistema Único de Saúde (SUS) entre os entes federativos e para como exigir eficiência de algo tão abrangente, com realidades distintas em vários lugares do país, abarcando em uma análise do Direito Social a Saúde, expresso no Artigo 6º, caput, da Constituição federal (CF) de 1988.

Com base também em uma análise da administração pública brasileira, de seu respaldo constitucional e de sua busca na firmamento de políticas públicas de qualidade, o texto aponta algumas alternativas para a modernização da gestão pública, por meio da terceirização, enfatizando seus limites; ainda, demonstra a impossibilidade da privatização da saúde brasileira, por conta de seu fundamento normativo, considerando uma breve análise do SUS, objetiva-se vislumbrar uma saída para a falta de eficiência e a morosidade no tratamento dos brasileiros.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E SUA ABRANGÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Tratando em uma síntese abrangente da Teoria Constitucional dos Direitos Fundamentais, é importante mencionar que a vida é considerada um direito fundamental de primeira geração, ou seja, emergiu ainda sobre o período do iluminismo clássico, principalmente nas escritas de John Locke. Já a saúde, vista no rol dos direitos sociais é considerada um direito fundamental de segunda dimensão, pós-iluminismo e já abarcando em um Estado de bem-estar social, o qual não abandona as liberdades propostas pelo iluminismo, mas associa-as a um dever positivo do Estado.

Antes de falarmos do Direito Social a Saúde, devemos nos direcionar ao Direito Fundamental à Vida (ART 5º, caput, da CF)⁴, esse que já contém resquícios implícitos de um direito fundamental à saúde, positivado no rol dos direitos fundamentais. Então, podemos considerar o direito à saúde um direito fundamental implícito, pois só haverá vida se houver saúde da população, sendo que é necessária a firmamento de políticas públicas eficientes e que busquem trazer uma maior qualidade de vida à sociedade, seja no plano preventivo ou no curativo de doenças.

Aqui assume relevância a noção de um mínimo existencial, ou seja, o Estado tem a obrigação de assegurar a todos as condições materiais mínimas para uma vida com dignidade, aspecto que também diz respeito as relações entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana (mas também aos

² Graduando em Direito (UPF). Bolsista Pivic.

³ Professora da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito (UPF). Pós-doutora em Direito (Universidade de Sevilha).

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

direitos sociais, dentre os quais o já referido direito a saúde), além de implicar obrigações positivas para o Estado relacionadas com a vida humana⁵

Quando falamos em obrigações positivas, adentramos no conceito objetivo do direito à vida, que serve como baliza e norte para a administração pública no que concerne aos objetivos essenciais dessa. O seu conceito objetivo deve servir como garantia de que será observado o texto constitucional, considerando que o direito à vida é uma garantia à população e será dever governamental desenvolver políticas públicas que englobem e levem à saúde pública e de qualidade a qualquer cidadão brasileiro em qualquer parte do país.

Assim, dentro dos cinco deveres do Estado para garantir o Direito à Vida, menciono o “dever de amparo financeiro”, o qual, para nós, tem mais valor em um estudo no plano da eficiência do aporte de recursos na saúde brasileira. Nesse, surge uma relação de reciprocidade entre o contribuinte e o Estado. Fundamentando-se no pagamento de impostos do contribuinte e na prestação de serviços do Estado, o que deve ser enfatizado, é que o governo brasileiro não vem deixando de prestar o serviço, porém oferta à população, em grande maioria dos casos, um serviço de saúde pouco eficiente e moroso, de modo que resta à população, em muitos casos, buscar a tutela judicial do direito fundamental à vida ou do direito social à saúde.

Por fim, falando especificamente no direito social à saúde, positivado no Artigo 6º, caput da CF⁶, os direitos citados nesse dispositivo são considerados o mínimo existencial, no que tange às prestações governamentais necessárias à população. Nesse ponto, entramos em um embate: qual a real função do Estado na garantia do direito à saúde, quais são os limites da requisição de recursos e quais as formas de materializar o direito à saúde?

De outra parte, também no que diz com tal tipo de prestações assumem relevo as objeções já apontadas em relação a eficácia dos direitos sociais como direitos subjetivos a prestações e, portanto, sua exigibilidade judicial, o que inclui o igualmente referido problema de gratuidade destas prestações e de garantia (como ocorre no caso de vários medicamentos e serviços na área da saúde) da sua continuidade, por mais que se trate de prestações que envolvem uma contraprestação por parte do beneficiário⁷

Sem dúvidas, há um dever do Estado de disponibilizar saúde pública a todo e qualquer cidadão que necessite e não tenha condições financeiras de custear o seu próprio tratamento. Além disso, não basta somente disponibilizar saúde pública, deve-se prestar um atendimento de saúde de qualidade, observando os padrões mínimo da Organização Mundial da Saúde (OMS), sempre buscando assegurar a eficácia das prestações e esse é o viés do SUS, tópico que veremos a seguir.

2. SUS: DE UM PLANO NORMATIVO A UMA POSITIVAÇÃO SOCIAL

No tópico supramencionado, não restou dúvidas acerca do dever positivo estatal em manter políticas públicas voltadas à promoção de saúde de forma igualitária, humana e eficiente. Tanto nos Direitos Fundamentais, como nos Direitos Sociais, encontramos dispositivos que garantem a saúde pública à população brasileira, e nesse ponto, passaremos a falar sobre políticas públicas na saúde, com destaque

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017: SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 408

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017: SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 636.

para o SUS.

Com o direito social à saúde positivado no texto constitucional e com o advento dos Direitos Humanos, fruto da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, se mostrou necessário criar políticas públicas voltadas à promoção da saúde. É com esse viés que, buscando sanar a disparidade do acesso à saúde no vasto território brasileiro, em 1988, surge o SUS, firmado constitucionalmente pelos Artigos 196º a 200º da Constituição federal (CF)⁸ e, ainda, pela Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990)⁹, a qual regula as ações e os serviços de saúde em todo território nacional.

Importante é mencionar o caráter social do ART 196º da CF¹⁰, no qual menciona-se o acesso universal e igualitário à saúde a todos os cidadãos brasileiros, lembramos ainda que o caráter universal, faz com que o SUS preste atendimento não só aos brasileiros como também a estrangeiros que visitam ou residem no país.

Ainda neste dispositivo, vemos a via de mão dupla do SUS, o qual não visa somente à via curativa do paciente, mas salienta, principalmente, um caráter preventivo, com diversos programas suplementares que acabam surtindo efeito na saúde da população brasileira, entre os quais é possível mencionar: o *fome zero*, que trouxe uma alimentação minimamente adequada à população de baixa renda brasileira; *Brasil sorridente*, que enfatizou a importância da saúde bucal da população, não só na busca de uma maior autoestima, mas também na prevenção de possíveis doenças propiciadas por uma má higiene bucal; *Farmácia Popular*, o qual possibilitou o tratamento de doenças a diversas pessoas, visto que, alguns medicamentos são proporcionados gratuitamente e outros têm seu valor de mercado reduzidos significativamente.

O ART 198º, I; II; III, da Constituição Federal¹¹ aponta as diretrizes organizativas do SUS. Diferentemente de qualquer outra política pública voltada à saúde aplicada antes de 1988, essas diretrizes garantem um sistema único regionalizado, hierarquizado e descentralizado, ainda, voltado para a racionalização de recursos e a resolução das doenças, tendo como peça-chave a participação da comunidade. Um ponto importante, que também é uma das diretrizes, é a complementariedade do setor privado na saúde pública, o que será tratado no tópico quarto deste texto.

A ideia de regionalização foi subtraída da Conferencia Internacional de Alma-Ata, a qual teve grande importância na fixação de diretrizes para os atendimentos primários na saúde mundial. Essa conferência foi promovida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1978, e enfatizou a necessidade urgente de os governos tomarem como rumo a criação de políticas públicas que visassem proporcionar saúde pública e de qualidade a todos os povos.

Trazer uma suplementação entre municípios próximos, sendo que um deve complementar o outro nas suas necessidades voltadas à saúde. Nessa perspectiva, a ideia do SUS foi de não se ter somente grandes polos de saúde na capital dos estados, e sim, partir-se de micropolos regionais, que proporcionem uma austeridade de tratamento para os municípios vizinhos. Essa é uma ideia importante que pode ser pensada em dois aspectos: o da facilitação do acesso à saúde e também o de representar uma tentativa de desafogar hospitais que são referência dentro de um estado.

Quanto mais perto da população o tratamento estiver, maior será a capacidade de agir sanando não só o problema atual do paciente, mas prevenindo futuros. No entanto, para que haja a regionalização do

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

⁹ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União. 19 Set 1990.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

SUS, é necessário que gestores municipais se solidarizem com a população e deixem de lado diferenças políticas no intuito de convergirem para uma saúde pública de qualidade e eficiente.

Quando abordamos hierarquização, nos detemos a dois pontos, a prestação do serviço, ou seja, quem e onde irá prestar esse serviço, mas também, a como os serviços serão prestados. Partindo dessa breve síntese, temos, nessa diretriz, a função organizacional do SUS em si, prevendo que as ações de saúde funcionem de forma organizada e constituindo um sistema único de saúde.

Discutir quem e onde prestará o serviço de saúde traz certas peculiaridades do SUS, pois, em muitos casos, hospitais particulares prestam atendimento pelo SUS, e isso o torna, de certa forma, misto. O ponto crucial a ser tratado aqui, é que a hierarquização, em seu primeiro plano, complementa a regionalização.

O segundo ponto, determina como esse tratamento será ofertado, a hierarquização do SUS, mais especificamente, o Decreto 7.508/2011 prevê como formas de atendimento a atenção básica, a atenção de urgência e emergência e a atenção psicossocial¹².

Talvez, a descentralização seja, hoje, o ponto de inflexão do SUS para tornar-se eficiente e efetivo no trato do cidadão. A descentralização foi algo inovador, pois anteriormente ao SUS, o Ministério da Saúde, além de deter o recurso, delimitava a aplicação desse, o que tornava a aplicabilidade do dinheiro, na maioria dos casos, ineficiente e fazia com que não fosse atingido um resultado esperado, principalmente nas regiões mais distantes de Brasília, nas quais a realidade é inversa à da capital federal e de outras capitais dos principais estados da nação.

Com a descentralização, proposta pela Constituição federal, se deu início à municipalização da saúde no que tange à aplicabilidade de uma parte dos recursos; criou-se, de maneira correta, a ideia de que quanto mais perto do fato a decisão for tomada, mais próximo do acerto estar-se-á.

A racionalização de recursos não se confunde com cortes ou contingenciamentos, muito menos com a EC 95 de 2016 que criou um teto para gastos em Saúde e Educação por 20 anos¹³. A racionalização é uma forma de trazer eficiência para a saúde pública, sendo que se adquire, na forma de equipamentos, tratamentos ou até servidores, somente o que é necessário, conforme demanda populacional, evitando, assim, desperdício de dinheiro público. Ainda somado à racionalização, a resolução das doenças é considerada premissa básica do SUS, a máxima resolutividade de doenças ou ao menos a redução de seus efeitos sobre o paciente para trazer a esse o mínimo necessário de qualidade de vida.

A participação social é parte importante na aproximação Estado – População, e é uma importante engrenagem no motor do SUS. Além de estar previsto na Constituição a participação popular no SUS, também na Lei 8.142/90, ficou estabelecida a criação de Conselhos de Saúde e de Conferências de Saúde, nas três esferas de governo: União, estados e municípios.¹⁴ Isso influi em uma maior avaliação das políticas públicas, bem como em um maior entendimento da população quanto ao funcionamento, ao gasto e à busca por melhorias do SUS.

¹² BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília, DOU, 28 de junho de 2011.

¹³ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília, em 15 de dezembro de 2016.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União. 28 Dez 1990.

3. CUSTO SUS: ALTERNATIVAS PARA MELHORAR SUA EFICIÊNCIA COM ÊNFASE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para iniciarmos uma análise do custo SUS, é importante trazermos o gasto com a saúde pública brasileira em 2018: o custo total foi de 107 bilhões de reais¹⁵. Um valor exorbitante que enfatiza a grandeza de um programa piloto no mundo, mas, ao mesmo tempo, preocupa se considerarmos o montante gasto e a visível ineficiência que atinge 75% da população brasileira que não tem condições para contratar um plano de saúde privado¹⁶.

Não obstante, se analisarmos o investimento na saúde considerando o Produto Interno Bruto (PIB), o investimento brasileiro beira a casa dos 4%, já o investimento dos países europeus chega ao dobro, sendo que, em muitos deles, o seu PIB é menor que o brasileiro. Além de nosso investimento na saúde ser pequeno, a má gestão contribui para um serviço ineficiente, escasso e moroso.

Adentrando a questão do rateio de recursos, após a emenda constitucional 29/2000, houve significativa mudança no financiamento do SUS, a União comprometeu-se a investir um montante de 10% de seu orçamento, os Estados 12% e os municípios, por sua vez, 15%. A partir dessa emenda, a situação da disponibilidade de recursos no SUS deveria ter melhorado consideravelmente. Porém, o que constatamos é o contrário: o aumento da demanda não foi acompanhado pelo aumento de recursos, tão pouco o que foi proposto pela EC 29 é cumprindo¹⁷.

De acordo com o supracitado de que a União tem aplicado menos de 8% do seu orçamento na saúde pública¹⁸, assim ficando evidente que a via mais forte do pacto federativo não vem cumprindo com sua obrigação e sobrecarregando estados e municípios que já se encontram em situação complicada, proporcionada não só pela crise econômica, mas também por problemas com outros direitos sociais como educação e moradia.

Quando nos reportamos à situação dos estados, é ainda mais preocupante, considerando o estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, o investimento na saúde não passa de 7% do orçamento¹⁹. Não bastasse o baixo investimento, descumprindo a Constituição federal, atrasos mensais no repasse da saúde aos municípios tomam conta do noticiário, valores que deveriam estar entre os recursos para a saúde pública deixam de serem repassados para criar um fluxo de caixa fictício, em um Estado que só não se encontra em massa falida por não ser uma Pessoa Jurídica plena.

Chega a soar irônico falar que o ente federado com menor disponibilidade de recursos, com menor parcela no pacto federativo e com menor capacidade de tributar é o único que cumpre a constituição na aplicação de 15% de seu orçamento na saúde. Se há algum sucesso no SUS, o mérito deve ser atribuído aos municípios e seus administradores, que, além de enfrentarem um caixa reduzido, enfrentam ano a ano o

¹⁵ PROCURADORIA GERAL DA UNIÃO. **Portal da transparência**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2018>. Acesso em: 10 abr. 2020

¹⁶ FEDERAÇÃO BRASILEIRA de Hospitais; **CONFEDERAÇÃO NACIONAL da Saúde. Relatório da Situação dos Hospitais Privados no Brasil**. Maio, 2018. Disponível em: http://fbh.com.br/wp-content/uploads/2018/07/Relatorio-FBH-CNS_web.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹⁷ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000**. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília, 13 de setembro de 2000.

¹⁸ PROCURADORIA GERAL DA UNIÃO. **Portal da transparência**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2018>. Acesso em: 10 abr. 2020

¹⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Portal da transparência**. Disponível em: <http://www.transparencia.rs.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Transparencia.qvw&host=QVS%40QLVPRO06&anonymo us=true>. Acesso em: 12 abr. 2020.

Tribunal de Contas dos Estados, o qual fiscaliza o cumprimento da constituição o que também deveria ser feito no âmbito da União e dos estados, pelos órgãos competentes, porém qualquer tentativa nesse sentido tem se mostrado infrutífera.

É neste ponto do texto que chegamos aos desafios da administração pública municipal, a quem se atribuiu a maioria das tarefas, não só na firmação e no funcionamento do direito social à saúde, mas também de outros direitos já mencionados. Os gestores municipais têm enfrentado grandes embates na busca por uma modernização de sua administração que mesmo com reduzidos recursos disponíveis traga eficiência a seu governo e, conseqüentemente, leve uma maior qualidade de vida à população.

3.1 A PARTICIPAÇÃO PRIVADA NA SAÚDE PÚBLICA

Nossa constituição foi enfática ao admitir a participação privada na saúde pública (ART 199º, caput, da CF), sendo assim, fugimos de uma saúde totalmente prestada pelo Estado²⁰. A admissão de entidades privadas foi uma forma de sanar o déficit de hospitais e, principalmente, de leitos públicos no Brasil, os quais somam, aproximadamente, 151 mil; já, na iniciativa privada, contamos com cerca de 260 mil²¹. Isso evidencia a discrepância entre uma saúde privada estruturada e uma saúde pública sucateada.

Há uma forte diferença entre a saúde pública e a privada, a qual resulta na diferença populacional, cerca de 75% da população brasileira depende do SUS, enquanto 25% possui plano de saúde e acesso à saúde privada. As Parcerias Público Privadas (PPP), que ampliariam o acesso da maior parte da população ao serviço privado ainda estão em desenvolvimento, embora muito já se tenha avançado, ainda há poucos com muito e muitos com poucos, em vários sentidos, objetivos e subjetivos.

A Constituição federal admite a iniciativa privada, porém, estabelece limites. Em seu Artigo 199º, parágrafos 1º, 2º, 3º, vemos as condições para a participação privada na saúde pública brasileira, da forma que, por ser considerado um programa referência e que tem a função de manter o mínimo existencial no que tange ao direito à saúde no Brasil, buscou-se proteger ao máximo o SUS. Analisemos cada parágrafo em sua estrita normatividade²².

Em um primeiro plano, nossa Constituição permitiu a participação da iniciativa privada na saúde brasileira de modo complementar, mediante contrato direto ou convênio, tendo como preferência entidades filantrópicas e sem fins lucrativos. O modo complementar limita a instância em que o privado pode atuar, sendo admitido na assistência à saúde, ou seja, pode haver participação privada no atendimento ao paciente, no plano direto, não se admite, o privado, na gestão de recursos por exemplo. Sendo assim, pode haver iniciativa privada na prestação do serviço ao paciente, porém, não pode haver na administração e na gestão do SUS.

É vetado ainda, por nossa Constituição, a subvenção, por meio de destinação de recursos públicos para instituições privadas com fins lucrativos. Essa é uma máxima da qual a constituição não admite privatização da saúde brasileira, sendo que essa se daria por meio de repasses ao capital privado que prestaria o serviço total e direto à população. Portanto, não se admite privatização da saúde brasileira, na forma estrita da lei.

Por fim, a não participação de capital estrangeiro na saúde pública brasileira é uma forma de

²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

²¹ FEDERAÇÃO BRASILEIRA de Hospitais; **CONFEDERAÇÃO NACIONAL da Saúde. Relatório da Situação dos Hospitais Privados no Brasil**. Maio, 2018. Disponível em: http://fbh.com.br/wp-content/uploads/2018/07/Relatorio-FBH-CNS_web.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

controlar um serviço público essencial à população, sem o qual, não haveria a coexistência social, tão pouco se efetivaria o direito fundamental à vida e a integridade física.

3.2 A TERCEIRIZAÇÃO COMO FORMA DE TRAZER EFICIÊNCIA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E EFETIVAR O DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Tantas vezes mencionada nesse texto, a eficiência encontra respaldo no Artigo 37º, caput, da Constituição federal, o qual é dedicado aos princípios da administração, ou seja, o que todo administrador público deve respeitar e buscar durante seu mandato²³. Em tempos obscuros de corrupção, esse importante princípio tem sido deixado de lado e o resultado é o desamparo de grande parte dos brasileiros que dependem de serviços públicos.

Porém, em tempos de recursos escassos, difíceis são as saídas para uma administração pública eficiente e que respeite a Constituição federal. Respeitar a Lei máxima da nação é peça-chave para um prefeito que não queira receber uma glosa, fruto de um apontamento do TCE ou um processo de improbidade administrativa.

Há formas de fugir da mesmice administrativa, a qual tem se mostrado infrutífera, ou com poucos resultados positivos, um exemplo de inovar pode ser a terceirização. Já mencionamos que a Constituição federal não admite privatização da saúde, para tanto, a terceirização é uma saída legal e que tem mostrado resultado, para municípios que enfrentam problemas com o funcionalismo público.

A principal vantagem da terceirização tem relação com a eficiência administrativa, tendo em vista que a prestação de serviços instrumentais (atividades-meio) por empresa privada especializada permite que a administração concentre sua atenção na prestação de atividades-fim. Com o intuito de evitar que a terceirização seja um sucedâneo da regra do concurso público, a doutrina e o TCU têm entendido que a terceirização somente será legítima para atividades instrumentais (atividades-meio) da Administração. No tocante aos serviços relacionados às finalidades essenciais da Administração (atividades-fim), a terceirização é vedada.²⁴

A terceirização traz um barateamento da mão de obra, o agente de saúde, seja ele médico, enfermeiro ou dentista, passa a ter vínculo direto com o prestador do serviço, o qual possui vínculo com o município perante algum processo licitatório. Consequentemente, o barateamento da mão de obra traz um barateamento do serviço e uma maior elasticidade de investimento em outras áreas da saúde sempre respeitando o limite mínimo de investimento de 15% de seu orçamento.

Por tirar a estabilidade do funcionalismo público, a terceirização tem sido vista com maus olhos por setores retrógrafos da política brasileira, porém implantada em diversos municípios e tem mostrado resultados positivos, não somente na área da saúde. Porém, vale ressaltar que a terceirização encontra diversos limites normativos e um deles se encontra no Artigo 37º, II da CF, a vedação de terceirização de mão de obra, pois a contratação de pessoal deve se dar por concurso público²⁵, aí, então, a justificativa de se contratar um prestador de serviços e não se terceirizar diretamente um médico, destarte, terceirização não se confunde com contrato emergencial, que se configura como um contrato temporário.

Importantíssimo preceito trouxe o Decreto 9.507 de 2018, o qual ampliou a possibilidade de

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

²⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, **Curso de direito administrativo**, - 4. Ed. ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, 2016, p. 376.

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

terceirização no âmbito público²⁶. De certo modo, o que se admitia até então seria a terceirização de atividades meio, ou seja, atividades que, ou seja, atividades possíveis de execução indireta do ente público (coleta de lixo, limpeza, transporte, entre outros). Porém, com o novo preceito legal supramencionado, o leque de possibilidades amplia-se consideravelmente, pois, se disciplinou as circunstâncias em que não se pode terceirizar.

Nesse mesmo sentido, a referida lei foi clara ao disciplinar, que não serão objeto de execução indireta, ou seja, terceirização, na administração pública e suas autarquias:

a) Os serviços que envolvam tomada de decisões e que são considerados atividades fins, como áreas de planejamento e coordenação.

b) Os serviços que se considere estratégico, podendo comprometer o bom funcionamento da administração pública, como secretárias de governo e CCs.

c) Os serviços que tenham poder de polícia, e possam aplicar sanções, como Guarda municipal e Vigilância sanitária.

d) Os que configurem terceirização de mão de obra, que substituam o cargo de servidores e afrontem as regras constitucionais referente aos mesmos.

Contudo, um problema recorrente na terceirização é que muitos gestores públicos aproveitam-se dessa possibilidade para burlar, ou retardar concursos públicos, o que é ilegal e inconstitucional, pois não respeita as bases da administração pública. Conforme Luciano Ferraz “o grande problema surgido em torno da terceirização, principalmente a partir da vigência da atual Constituição, foi a sua utilização como válvula de escape à realização de concursos públicos, com vistas a contornar a regra do art. 37, II da Constituição”²⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta pela positivação do direito fundamental à saúde perdurou anos até se positivar no texto Constitucional de 1988. O SUS, como forma de política pública, tem se mostrado um grandioso programa no plano normativo, mas mediano na aplicação social e na satisfação dos usuários.

Passando por uma análise normativa de todo o projeto SUS, desdenhando sobre cada um de seus princípios, vemos que é um projeto ambicioso, que se legitimado por intermédio de outras políticas públicas e associado a novas condutas na administração pública pode conduzir o Brasil a outro patamar, elevando a qualidade de vida de sua população, bem como melhorando indicadores do país com o IDH.

Os desafios para as próximas décadas do SUS são aumentar a sua eficiência, para depois pensar em aumentar o aporte de recursos. É importante também, que se crie uma luta para que se cumpra o texto constitucional e que União, estados e municípios destinem, respectivamente, o que lhes é incumbido por lei à saúde pública brasileira.

Por fim, só teremos políticas públicas de qualidade, em qualquer âmbito, quando flexibilizarmos as possibilidades da administração do gestor público. Devemos permitir medidas que visem e tragam eficiência nos serviços públicos, medidas essas que, geralmente, reduzem a necessidade de recursos e que vão ao encontro da situação complicada de escassez de recursos que nossa nação passa.

²⁶ BRASIL. **Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018**. Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, 21 de setembro de 2018.

²⁷ FERRAZ, Luciano. **Lei de Responsabilidade Fiscal e terceirização de mão-de-obra no serviço público**. Revista Jurídica Administração Municipal, ano 6, nº 3, mar.2001. FERRAZ, Luciano, 2001, p. 24.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGUIAR, Zenaide Neto. **SUS. Sistema Único de Saúde**. 2ª. ed. São Paulo: Martinari, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília, DOU, 28 de junho de 2011.

BRASIL. **Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018**. Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, 21 de setembro de 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000**. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília, 13 de setembro de 2000.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília, em 15 de dezembro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União. 19 Set 1990.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União. 28 Dez 1990.

BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Diário Oficial da União. 13 Jan 2012.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA de Hospitais; CONFEDERAÇÃO NACIONAL da Saúde. **Relatório da Situação dos Hospitais Privados no Brasil**. Maio, 2018. Disponível em: http://fbh.com.br/wp-content/uploads/2018/07/Relatorio-FBH-CNS_web.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

FERRAZ, Luciano. Lei de Responsabilidade Fiscal e terceirização de mão-de-obra no serviço público. Revista Jurídica Administração Municipal, ano 6, nº 3, mar.2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, **Curso de direito administrativo**, - 4. Ed. ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016.

PROCURADORIA GERAL DA UNIÃO. **Portal da transparência**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2018>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Portal da transparência**. Disponível em:

<http://www.transparencia.rs.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Transparencia.qvw&host=QVS%40QLVPRO06&anonymous=true>. Acesso em: 12 abr. 2020.

UMA BREVE IDEIA DE JUSTIÇA DO ORDENAMENTO SOCIAL: UM OLHAR SOBRE A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Paulo Rogério Bueno da Silva¹

Syrio Junior Cavagnoli Moreira²

Karen Beltrame Becker Fritz³

INTRODUÇÃO

Vive-se hoje em um modelo de mundo em que há a necessidade de mediar os conflitos próprios da existência humana. O homem, fecundado com uma estrutura frágil, naturalmente concebida para ser finita, convive em uma sociedade hostil, e nela terá de fazer sua caminhada. Por ser difícil essa jornada sente a necessidade de dividir o projeto de sua existência com outros seres humanos. Mas, paradoxalmente, o ser humano igualmente sente-se autônomo, único e eterno.

Percebendo essa realidade multifária e complexa, a raça humana sentiu a necessidade de engendrar normas voltadas para mediar essa conflitividade, como a religião, a moral, a estética, dentre outras. Contudo, nenhuma dessas classes de normas foi suficiente para mantê-lo razoavelmente equilibrado na sua tentativa de iteração social. Foi necessário erigir normas mais fortes, dotadas de uma cogência absoluta, que seriam as normas jurídicas e, para eficacizá-las, criou o Estado, a instanciação política do ser do homem. Em verdade, o Estado aparecerá como resultado da incapacidade de os homens poderem viver fraternalmente com seus semelhantes sem uma ordem heterônoma e dominadora.⁴

Trata-se de um “jogo político” em que o Estado exerce, de forma limitada, o monopólio da coação, seja física, seja cultural ou seja econômica, sobre cada indivíduo ou sobre grupos sociais em um dado território. O Estado, por meio da política, exerce seu poder onde quer que exista um agrupamento social.

Para que o Estado exerça o poder é preciso que haja uma identificação razoável entre o pretendente ao poder e o povo que o elege, afinal está-se aqui diante de um sistema democrático. Daí, então pode-se falar em poder legítimo, isto é, porque é aceito e acatado pela maioria.⁵

Esse fenômeno, portanto, nos permite entender a legitimidade do Estado em interferir na vida das pessoas, cobrar impostos, dividir renda, implantar programas sociais, imputar penas.

Assentada a ideia de legitimação do poder do Estado, através da política, temos que ter a noção de quão grande é o Estado brasileiro, e o quanto nossa Constituição Federal busca implantar um estado de

¹Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (1992); Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela IMED Passo Fundo (2016); Especialista em Direito Tributário pela UNISINOS; Atuou como Professor da Graduação em Direito na UPF e na URI, Mestrando em Direito pelo programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo; e-mail 181032@upf.br

²Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF (2017), mestrando em Direito na linha de pesquisa: Relações Sociais e Dimensões de Poder. Porto Alegre. Rio Grande Do Sul. E-mail: junior_cavagnoli@hotmail.com.

³Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Sevilla (US). Professora Permanente do Programa Pós-Graduação, Mestrado em Direito, da Universidade de Passo Fundo (UPF). Professora Titular II da Faculdade de Direito (UPF). E-mail: karenfritz@upf.br.

⁴SERPA, José Hermílio Ribeiro. **A Política, o Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais. Um reexame fenomenológico**. Editora Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 2002, p. 21.

⁵SERPA, José Hermílio Ribeiro. **A Política, o Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais. Um reexame fenomenológico**, pp. 22-23.

bem-estar social.

Toda essa preocupação constitucional faz parte da ideia de justiça que subjaz na nossa moderna sociedade brasileira, em que busca ser aberta, democrática, pluralista e regada pelo Direito. Na conformação constitucional de justiça à brasileira vê-se a necessidade de satisfação dos anseios e interesses das pessoas menos favorecidas em contraste com o respeito aos direitos e liberdades individuais e coletivos de cada pessoa em nosso vasto território nacional.

Dessa sorte, é objetivo desse trabalho abordar a importância da Análise Econômica do Direito para a consecução dos fins constitucionais, que tem como cerne a intenção política de atenção às crianças, aos idosos, a um serviço de saúde universal e uma educação básica universal. Porém, antes é necessária uma abordagem breve sobre as concepções filosóficas de John Rawls e de Amartya Sen. Desenvolveu-se a pesquisa com a adoção do método dialético, justificando-se pela possibilidade de argumentação técnicas, com avaliações e considerações pessoais sobre as aceções existentes, viabilizando um posicionamento científico acerca da matéria.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CONCEPÇÕES FILOSÓFICAS DE JOHN RAWLS E AMARTYA SEN

Como expoente do liberalismo-igualitário, John Rawls explica que a justiça é a primeira virtude das instituições, como a verdade o é dos sistemas do pensamento, ou seja, para o referido filósofo, as leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se injustas. Por essa razão uma teoria de justiça deve negar que a perda de liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos por uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto, numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis. Para Rawls, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis.⁶

A teoria de Rawls tem nítida base contratualista e anti-utilitarista. Contudo, o contratualismo pensado por Rawls é diferente do contratualismo de Hobbes, Rousseau e Locke. Para Rawls, o sentido moral de um contrato social hipotético existe para que seja possível conciliar a *liberdade individual e a igualdade*. Esse contrato remete a um livre acordo de vontades em que os proponentes buscam um arranjo social baseado na justiça, na boa vontade das pessoas, na noção de que todos são diferentes, e que, portanto, para uma vida boa é necessário um imparcial arranjo institucional e uma igual oportunidade às pessoas – equidade.⁷

A ideia de justiça deste Filósofo não tem o condão de resolver os problemas do cotidiano das pessoas, mas sim, estabelecer o que se pode chamar de estrutura básica da sociedade, ou melhor colocando, o modo como as instituições sociais mais importantes (constituição política, proteção legal da liberdade de pensamento e de consciência, os mercados competitivos, a propriedade particular no âmbito dos meios de produção e a família monogâmica e as principais disposições econômicas e sociais) distribuem direitos e deveres fundamentais, e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social.⁸

A igualdade na distribuição de bens primários entre todas as pessoas é marca indelével na sua ideia

⁶ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 1ª ed., p. 3. 2000.

⁷GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls**. Ed. Martins Fontes. 1ª ed. 2008, p. 14-18.

⁸GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls**, p. 19.

de justiça. É uma justiça distributiva, equitativa, e que pode ser adotada por todas as pessoas e todas as sociedades. Para que sua teoria possa ter esse caráter de universalidade ele teorizou o problema e chegou à seguinte conclusão: para que todos possam aceitar a distribuição igualitária de todos os bens primários, ninguém poderá saber qual a sua posição futura nesta sociedade. Ou seja, deve-se definir as normas e princípios antes de saber a quem elas serão aplicáveis e independente de saber qual seu resultado. Definem-se, também, os princípios de justiça sem saber as posições políticas, econômicas, culturais, religiosas, etc., das pessoas nesta sociedade. Isso as obriga a pensar com justiça e equidade, antes da distribuição dos bens primários, antes de estabelecer as normas e princípios que irão reger determinada sociedade. A essa situação Rawls chamou de *posição original*, em que as pessoas estão cobertas pelo véu da ignorância.⁹

Assim, a justiça é uma virtude, cuja concepção mais racional todos aceitariam se estivessem em condições de igualdade uns para com os outros, competindo ao Estado (guiado por princípios de justiça) se preocupar com a distribuição de bens indispensáveis para que um cidadão viva com dignidade. Logo, a justiça é definida como a primeira virtude para instituições sociais.¹⁰

A teoria de Rawls, portanto, tem suas bases em três princípios: 1. Princípio da Liberdade, em que os direitos individuais são inegociáveis; 2. Princípio da igualdade, pois uma sociedade justa é aquela que permite oportunidade igual para todos; 3. Princípio da diferença, em que se admite eventual desigualdade entre as pessoas, desde que os menos favorecidos estejam em situação de melhor aquinhoamento do que estariam em uma posição original. Para alguns seria o princípio ou critério do maxi-mínimo.¹¹

Assentes esses princípios, já é possível ser elaborada a constituição de determinado país, que na teoria de Rawls será justa e promotora de igualdades e protetora das liberdades e suas restrições. Em sequência, poderá ser definido um sistema legislativo, judiciário e administrativo.

Por outro lado, para Amartya Sen o acerto de uma teoria de justiça estaria não exatamente na igualdade na distribuição dos bens primários, como propõe Rawls. Dadas as diferenças humanas, em que as necessidades são tão díspares, há necessidade de haver uma variável focal. Sen analisa, portanto, a ideia de igualdade a partir das diversidades e das diferentes situações, isto é, a partir da multiplicidade de variáveis em que pode ser avaliada a noção de bem estar das pessoas.¹²

Quer dizer, a análise da igualdade deve levar em conta as diferenças das pessoas nos aspectos espaciais. Por isso, Sen questiona a ideia de igualdade trazida nas mais diversas teorias da justiça do ordenamento social. Qualquer teoria da justiça baseada em uma ética social necessariamente deve implicar no foco da igualdade. Mas, dependendo do espaço em que ela é focada, aquilo que seria uma ideia de igualdade pode gerar desigualdades em outros espaços.¹³

O valor da igualdade tem conteúdo político, no sentido de que seu conteúdo deva ser imperativo, uma exigência social. Visões distintas de onde será aplicado o princípio dependerá do contexto social e das ideias ali valorizadas.

No entanto, Sen não deixa de afirmar que a igualdade em um ou outro espaço terá implicações sobre os padrões distributivos em outros espaços. Essa variação, como dito alhures, decorre das

⁹RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, p. 13.

¹⁰OUTEIRO, Gabriel Moraes de, OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar, DE NASCIMENTO, Durbens Martins do. A Justiça Como Equidade de Rawls e a Igualdade de Amartya Sen: Uma Releitura na Construção de um Sistema de Proteção de Direitos Fundamentais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.11, n.º 2, 2016, p. 51.

¹¹RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, p. 16.

¹²SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 29.

¹³SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**, p. 31.

diversidades pessoais de converter bens primários, como no exemplo da renda, em realizações de bem-estar.¹⁴

Com relação à distribuição de renda, bem-estar e liberdade, está claro que as diversidades humanas são desconsideradas no momento em que se avaliam as desigualdades. No entanto, a extensão da desigualdade real de oportunidades com que as pessoas se defrontam não pode ser apenas apontada pela desigualdade de rendas, pois o que é possível ou não fazer, o que é possível ou não realizar, não depende somente da renda auferida pelas pessoas, mas também da variedade de características físicas, sociais, intelectuais e etc., que afetam a vida dos seres humanos e fazem das pessoas o que elas são. O bem-estar social, portanto, pode estar desvinculado da renda de uma determinada pessoa.¹⁵

Sen analisa, na primeira parte de sua obra, a igualdade dos homens, tratada pelas teorias de ética e normatividade social, porém, não descuida de abordar a questão da liberdade (de escolha) para se buscar o bem-estar. Ou seja, a posição de uma pessoa, num ordenamento social, pode ser julgada por duas perspectivas diferentes que são: (a) a realização de fato conseguida; e (b) a liberdade para realizar.

A realização liga-se ao que as pessoas conseguem fazer ou alcançar, e a liberdade liga-se à oportunidade real que as pessoas têm para fazer ou alcançar aquilo que valorizam. Então, para uma correta avaliação é necessário discernir primeiro, do resultado efetivamente obtido, com determinada ação e, segundo, da liberdade que a pessoa tem para escolher e obter o resultado desejado.

Diferentemente da doutrina rawlsiana, cuja base está na distribuição equânime de bens primários – forma de distribuição da riqueza – propõe o autor focar na liberdade que tem a pessoa para poder ou não realizar as coisas que podem trazer bem-estar. Daí o caráter liberal e igualitário da sua teoria de justiça.

Os recursos que uma pessoa dispõe nem sempre são indicadores adequados da liberdade que ela realmente desfruta, para fazer o que almeja. As características pessoais e sociais podem diferir enormemente e implicar variações interpessoais substanciais na conversão de recursos e bens primários em realizações. O termo realizações pode ser entendido como objetivos de vida alcançados. É a partir deste contexto que Sen defende a utilização de uma nova variável focal da igualdade para promover, de forma livre, objetivos que se valoriza. Portanto, de acordo com essa teoria deve-se tentar buscar a igualdade na capacidade de realizar funcionamentos.¹⁶

Funcionamentos são estados e ações relevantes que podem variar desde coisas elementares, como estar nutrido, gozar de boa saúde e até realizar ações mais complexas, como ser feliz, ter respeito próprio, participar da comunidade, etc. Obviamente, que os funcionamentos que cada pessoa valoriza formam um conjunto muito amplo e diverso de necessidades. Porém é correto afirmar que existe um conjunto de funcionamentos que são básicos, ou seja, a combinação de inúmeros funcionamentos que uma pessoa pode realizar. A esse conjunto de funcionamentos básicos que Sen deu o nome de capacidade. Esse conjunto capacitário de uma pessoa é o leque de capacidades que ela dispõe para seguir a vida que valoriza, realizando funcionamentos. Então, para o autor está relacionada com a noção de funcionamento a noção de capacidade para realizar esses funcionamentos - é a famosa expressão inglesa *capability* -. A capacidade é, portanto, o conjunto de funcionamentos, e, por sua vez, a *capability* reflete na liberdade da pessoa, que possui os funcionamentos, de escolher e seguir a vida que valoriza, dentre as várias possíveis.¹⁷

A relevância da capacidade de uma pessoa para seu bem-estar surge de duas considerações distintas, porém inter-relacionadas. Primeira, se os funcionamentos realizados constituem o bem-estar de

¹⁴SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**, p. 38-39.

¹⁵SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**, p. 60-62.

¹⁶SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**, p. 69.

¹⁷SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**, p. 79-82.

uma pessoa então a capacidade para realizar os funcionamentos (quer dizer, todas as combinações alternativas que uma pessoa pode escolher ter) constituirá a liberdade da pessoa - as oportunidades reais - para obter bem-estar. Esta liberdade de bem-estar pode ter relevância direta na análise ética e política. Por exemplo, ao se formar uma concepção de bondade do estado social, pode ser atribuída importância às liberdades que diferentes pessoas, respectivamente, disfrutam para realizar bem-estar. De forma alternativa, sem adotar o caminho da inclusão da liberdade de bem-estar na bondade do estado social, pode-se simplesmente considerar como correto que os indivíduos devam ter uma substancial liberdade de bem-estar. Ou seja, o autor sugere a ligação entre a *capability*, ou capacidade para realizar atos e ações que busquem seu bem-estar, com a noção de liberdade. Esta liberdade, que reflete as oportunidades de bem-estar de uma pessoa deve ser vista como importante para uma boa estrutura social. Segunda, a conexão entre bem-estar e capacidade consiste diretamente em fazer o próprio bem-estar realizado depender da capacidade para realizar funcionamentos.¹⁸

Qualquer dessas formas de abordagem da capacidade, diferem claramente e de modo crucial das abordagens mais tradicionais da avaliação individual e social baseadas em variáveis tais como bens primários (como no sistema de avaliação rawlsiana) recursos (como na análise social de Dworkin) e renda real (como nas análises que focalizam o PIB, PNB, vetores de bens nomeados). Essas variáveis tratam todas de instrumentos para realizar bem-estar ou outros objetivos que podem ser vistos como meios para a liberdade. Em contraste, os funcionamentos fazem parte dos elementos constituintes do bem-estar. A capacidade reflete a liberdade para buscar esses elementos constitutivos e pode ter um papel direto no próprio bem-estar, na medida em que decidir e escolher também são parte do viver.¹⁹

Funcionamentos são situações que constituem o estado de uma pessoa. A *capability*, é a capacidade de escolher quais funcionamentos são melhores para seu bem-estar. Portanto, possuindo a capacidade para escolher qual o funcionamento que levará ao bem-estar dizemos que há liberdade!

Sob a perspectiva do autor, cada sociedade tem a liberdade de escolher a capacidade ou o conjunto de funcionamentos que possam atender melhor às suas necessidades.

Tem-se, pois que a liberdade é uma das mais influentes ideias sociais, e sua relevância para a análise da igualdade e da justiça é forte e de grande alcance. Quando avalia-se ao redor do mundo as desigualdades para escapar de doenças que são evitáveis, ou escapar da fome que pode ser evitada, ou escapar da morte prematura de bebês, não está-se examinando apenas diferenças no bem-estar de uma pessoa, mas também está-se observando a possibilidade de escolha de liberdades básicas, que são valorizadas e apreciadas em quanto sociedade.²⁰

2. A CONFORMAÇÃO DO ORDENAMENTO SOCIAL E POLÍTICO NO BRASIL

As ideias produzidas desde a Revolução Francesa conformam o amálgama ideológico que subjaz nos mais diversos ordenamentos sociais democráticos e capitalistas do ocidente, isto é, a noção de um contrato social para harmonização da convivência pacífica das pessoas em determinado Estado e a ideia de uma sociedade liberal, em que a presença do Estado não conduza ao perfeccionismo ideológico dos seus cidadãos.

Atualmente, nada obstante, a igualdade é buscada em algum espaço considerado como seu papel central. Nesse sentido, como exemplo há teorias que em que a igualdade figura como elemento central,

¹⁸SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**, p. 79-82.

¹⁹SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**, p. 81-82.

²⁰SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**, p. 118.

dentre as quais destacam-se as de John Rawls (igual liberdade e igual distribuição de bens primários); as de Ronald Dworkin (tratamento igualitário e igualdade de recursos); bem como o utilitarismo que busca a igualdade no tratamento dos indivíduos no espaço de ganhos e perdas de utilidades. Por sua vez, Amartya Sen ressalta a necessidade de atenção à diversidade ínsita aos seres humanos, pois são diferentes em atributos externos como riquezas, cultura, ambientes sociais e naturais em que vivem; assim como são diversos em características pessoais como idade, sexo, propensão a doenças, aptidões físicas e mentais, dentre outras. Não perceber que a igualdade requer, por vezes, um tratamento desigual em favor dos indivíduos que estão em desvantagens pode gerar injustiça.²¹

A atual Constituição estabelece o Brasil como um Estado democrático de Direito, pois ampliou os direitos sociais e as atribuições do poder público. Instituiu uma ordem econômica tendo por base a função social da propriedade e a liberdade de iniciativa, limitada pelo intervencionismo estatal. Por meio de um regime democrático, busca garantir a participação popular no processo político, estabelecer uma sociedade livre, justa e solidária, em que todo o poder emana do povo, diretamente ou por representantes eleitos, respeitando a pluralidade de ideias, culturas e etnias, considerando o princípio da Soberania Popular como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.²²

Não há dúvidas de que a filosofia liberal e igualitária de Rawls e de Amartya Sen estão presentes na elaboração da nossa Constituição Federal, ainda que esta, nas palavras de Afonso da Silva, não faça a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais e pelo exercício de instrumentos que oferece à cidadania. Ou seja, a nossa Carta Institutiva possibilita concretizar as exigências de um Estado de Justiça Social fundado na dignidade humana e na liberdade.²³

3. A IMPORTÂNCIA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO CONTEXTO SOCIAL E JURÍDICO DO BRASIL

A sociedade moderna é, na dicção de Marcelo Neves²⁴, multicêntrica, formada de uma pluralidade de esferas de comunicação as quais possuem cada uma pretensão de autonomia. Essas esferas de comunicação seriam conflitantes entre si caso não houvesse mecanismos que possibilitassem vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca:

Sendo a Economia a ciência que estuda o processo de tomada de decisão para a alocação eficiente dos recursos escassos a fim de maximizar o bem-estar, e o direito pode ser descrito como um instrumento destinado a induzir ou a modelar o comportamento humano para fazer ou deixar de fazer algo, visando igualmente o bem-estar social, percebe-se a proximidade (acoplamento estrutural) entre a Economia e o Direito.²⁵

Direito e Economia são áreas do conhecimento e esferas de comunicação que possuem uma ligação muito forte e, portanto, tendem a se complementar. Nesse contexto surge a Análise Econômica do Direito – AED-. Na segunda metade do século XX, como uma forma interessante de “ponte de transição” entre o Direito e a Economia.

²¹NUNES DA SILVA, Maurício de Jesus. O exame da igualdade por Amartya Sen, o multiculturalismo da Constituição brasileira e as populações tradicionais; In: **Revista Jurídica da Presidência**. V. 19, n. 117. 2017. p. 175.

²²DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.119.

²³DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p.120.

²⁴NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Ed. Martinsfontes, São Paulo, 2012, p. 24-35.

²⁵QUEIROZ, Bruna Pamplona de et al. Organizadores: Everton das Neves Gonçalves, Lyza Anzanello de Azevedo, Jéssica Gonçalves. **Direito, justiça e economia: a influência dos parâmetros na esfera legal**. 1ª ed. Florianópolis, 2019. p. 7.

Direito e a Economia buscam ser interdisciplinares, pois ambos os sistemas interagem e assim como não é possível reduzir o mundo às categorias de entendimentos econômicos, também não é aconselhável, agora do ponto de vista dos operadores do direito, ignorar as consequências reais que as normas e decisões jurídicas geram na realidade social.²⁶

Dentro da concepção filosófica-constitucional, em que ideias plurais de liberdade e igualdade estão na base da nossa sociedade, a tomada de decisões, pelos centros de poder, passa pela perspectiva de maximização de seus resultados. Essa maximização de resultados deve ocorrer por meio de condutas eficientes sob o ponto de vista jurídico, econômico e social. Se toda ação implica em uma consequência econômica na realidade social, a AED empresta seus instrumentos para entender melhor seus efeitos e os impactos das decisões.

A AED parte da premissa de que os agentes econômicos se comportem de forma racional, reduzindo custos e maximizando seus benefícios líquidos, a fim de avaliar o impacto gerado por proposições legislativas, políticas públicas e para o Direito em geral. O objetivo do Direito, na ótica da AED, é o de analisar as normas jurídicas de modo a promover a eficiência, o que implica a maximização do bem-estar social. Leis, decisões judiciais ou políticas públicas mal elaboradas levam à insegurança jurídica, reduzindo o bem-estar.²⁷

Nessa quadra do pensamento, os economistas costumam empregar, dentre outras ferramentas, duas noções distintas de eficiência, a saber: a) o ótimo de Pareto; b) o critério de Kaldor-Hicks.

Sob o ponto de vista de Pareto, uma alocação será eficiente quando for possível melhorar a condição de um indivíduo sem que outros sujeitos tenham sua situação piorada. Se houver possibilidade de prejuízo, a melhora de uma das partes será ineficiente. Ou, ainda, se for possível melhorar a situação de alguém sem piorar a de outro, a manutenção do *status quo* será ineficiente. O denominado critério Kaldor-Hicks, por seu turno, implica na necessidade de que se considere a possível compensação daqueles que forem prejudicados pela melhora da situação de uma pessoa ou de um grupo. Nesse sentido, uma medida será eficiente se, após uma determinada realocação, aqueles que forem colocados em melhores condições puderem compensar os perdedores. Sob esta noção de eficiência, há a possibilidade de que em uma transação eficiente existam tanto ganhadores quanto perdedores, desde que potencialmente suprido o requisito segundo o qual o saldo desta equação seja positivo.²⁸

Não é objeto de dúvida que a introdução de uma norma jurídica (ou uma política pública) vai proporcionar benefícios para alguns e prejuízos para outros. Caso o benefício total seja maior que o custo total da introdução de determinada norma (ou política pública), essa é eficiente no sentido de Kaldor-Hicks. Assim, a noção de eficiência está intimamente relacionada à maximização de bem-estar da sociedade.²⁹

Um bom exemplo de como a AED é importante para o bem-estar social é a busca pela equidade no acesso à educação. Dentre os objetivos fundantes da sociedade brasileira encontram-se a redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza. Uma das formas empregadas para a redução das desigualdades e erradicação da pobreza no Brasil é o *Estatuto da Igualdade Racial*, instituído em 2010 pela Lei nº 12.288/2010.

²⁶CARVALHO, Cristiano; JOBIM, Eduardo. O Direito Tributário e a interpretação econômica do Direito: deveres instrumentais, custo de conformidade e custos de transação. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito & Economia.(Org.)**. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 240.

²⁷TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito. Proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, nº 205, p. 323-323. 2015.

²⁸CYRINO, André. O princípio constitucional da eficiência: interdisciplinaridade, análise econômica e método no direito administrativo brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). **A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ**. Belo Horizonte: Fórum, p. 580-581. 2018.

²⁹TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito. Proposições legislativas e políticas públicas, p. 324.

Pois bem, como programa de ação afirmativa prevista na referida lei encontra-se o denominado programa de cotas. Ela obriga as universidades, institutos e centros federais a reservarem 50% das vagas oferecidas em seus processos seletivos a candidatos cotistas.

Das vagas reservadas, metade deve ser designada a estudantes de escolas públicas com renda familiar mensal por pessoa igual ou menor a um salário mínimo e meio e a outra metade fica com alunos de escolas públicas com renda familiar mensal por pessoa superior a 1,5 salário mínimo. Em ambos os casos é necessário um percentual mínimo de reserva para pretos, pardos e indígenas, levando em consideração o último censo demográfico do Estado.

Esse sistema de ação afirmativa, para romper uma situação de gritante desigualdade econômica, social e racial no País, tem amparo na ideia de equidade como igualdade de oportunidades. Nota-se, facilmente, que as políticas de ação afirmativa se apoiam nas filosofias de Rawls e Amartya Sen na medida em que visam alocação de bens para grupos discriminados e vitimados pela exclusão social e racial.

Mas nem por isso, políticas públicas prescindem de serem analisadas em sua relação custo-benefício, no sentido de possibilitar a maximização na distribuição da riqueza com o menor custo agregado possível. Realmente, todo e qualquer direito ou liberdade é dispendioso, de modo que não é possível ser justo sem levar em consideração que a todo instante há escolhas alocativas de recursos escassos. Observa-se, destarte, que há uma concepção de justiça também decorrente da AED, pois propostas legislativas de políticas públicas que promovem a eficiência econômica maximizam o bem-estar social. A eficiência na produção de riqueza e na sua distribuição são ingredientes de uma *receita de justiça*.³⁰

Para além disso, a AED se faz presente em muitas decisões nas Cortes e Juízos do Brasil. Como exemplo cita-se o interessante Recurso Especial nº 962.934 - MS (2007/0145328-6), em que foi relator o Exmo. Sr. Ministro Herman Benjamin, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRECARIIDADE DAS CONDIÇÕES DO SISTEMA CARCERÁRIO ESTADUAL. SUPERLOTAÇÃO. INDENIZAÇÃO EM FAVOR DE DETENTO, POR DANO MORAL INDIVIDUAL. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. IDENTIDADE ENTRE CREDOR E DEVEDOR. CONFUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 421/STJ.

Ao assim decidir, a Corte Superior entendeu que os recursos devem ser alocados da forma mais eficiente possível. A pretensão indenizatória, quando muito, serviria tão-só para drenar e canalizar escassos recursos públicos, aplicando-os na simples mitigação do problema de um ou só de alguns, em vez de resolvê-lo, de uma vez por todas, em favor da coletividade dos prisioneiros. Deferir o pedido do autor seria pouco eficiente sob o ponto de vista econômico, gerando um custo social indesejado com o que denominou de "pedágio masmorra".

Ainda que hoje a questão tenha sido decidida de forma divergente pelo STF, em seu Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, resta evidente que a decisão supra foi tomada, ainda que de forma involuntária, sob o ponto de vista da AED, em especial do ótimo de Pareto. Com efeito, o ótimo de Pareto, visto alhures, é um estado em que os recursos estão alocados da forma mais eficiente possível. Qualquer realocação dos recursos para melhorar a situação de um indivíduo irá necessariamente piorar as condições de outro indivíduo. No entanto, para Pareto, ser eficiente não necessariamente é ser igualitário e, portanto, justo.³¹

³⁰CYRINO, André. O princípio constitucional da eficiência: interdisciplinaridade, análise econômica e método no direito administrativo brasileiro, p. 582-583.

³¹Disponível: Suno Research em Ótimo de Pareto e eficiência dos mercados - Suno Research. Acesso em 09/09/2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações tecidas no presente artigo, foi possível compreender que a interdisciplinaridade entre Direito e Economia, embora conhecida e de inegável importância, historicamente parece não ter recebido a devida e completa atenção dos juristas brasileiros. Sem ignorar a influência da ciência econômica nos campos do Direito Financeiro e Econômico, uma das poucas áreas que essa intersecção é patente, aos poucos começa a ganhar espaço no Brasil a chamada Análise Econômica do Direito, também conhecida como *Law & Economics*.

Trata-se do uso das ferramentas próprias da economia às normas jurídicas, reinterpretando o ordenamento jurídico em conformidade com as escolhas racionais para que se efetivamente compreenda os efeitos daquelas, assinalando também as consequências indesejáveis ou involuntárias que possam ocorrer. Assim, tenta-se “explicar e prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico, além de explicar a estrutura doutrinal, procedimental e institucional do sistema.

Portanto, é importante e desejável que a Análise Econômica do Direito avance no Brasil. Todavia, não se pode delegar a ela a determinação dos objetivos perseguidos pelo Direito para a realização de justiça (social), uma vez que em seu conteúdo está, naturalmente, a promoção mais eficaz e efetiva de um objetivo já pré-determinado.

Por isso, é imprescindível que previamente estejam bem posicionadas as peculiaridades que devem ser considerados, quais sejam, direitos e especificidades do caso, para que a *Law & Economics* auxilie posteriormente com a medida que concretize a justiça diante do caso concreto consoante esperado pela sociedade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CARVALHO, Cristiano; JOBIM, Eduardo. O Direito Tributário e a interpretação econômica do Direito: deveres instrumentais, custo de conformidade e custos de transação. *In*: TIMM, Luciano Benetti. **Direito & Economia.(Org.)**. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CYRINO, André. O princípio constitucional da eficiência: interdisciplinaridade, análise econômica e método no direito administrativo brasileiro. *In*: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). **A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERj**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DE QUEIROZ, Bruna Pamplona; *et al.* Organizadores: Everton das Neves Gonçalves, Lyza Anzanello de Azevedo, Jéssica Gonçalves. **Direito, justiça e economia: a influência dos parâmetros na esfera legal**. 1ª ed. Florianópolis, 2019.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls**. Ed. Martins Fontes, 2008. 1ª ed.

HAYEK, Friedrich August. **Os fundamentos da Liberdade**. Ed. Visão, 2014.

LIMA, Emanuel Marcos e REZENDE, Amaury José. Um estudo sobre a evolução da carga tributária no Brasil: uma análise a partir da Curva de Laffer. **REVISTA INTERAÇÕES**, Campo Grande, MS, v. 20, n. 1, p. 239-255, jan./mar. 2019. p. 239. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/inter/v20n1/1518-7012-inter-20-01-0239.pdf>. Acesso em 09/09/2020.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Ed. Martinsfontes, São Paulo, 2012.

NUNES DA SILVA, Maurício de Jesus. O exame da igualdade por Amartya Sen, o multiculturalismo da Constituição brasileira e as populações tradicionais; *In* **Revista Jurídica da Presidência**. V. 19, n. 117. 2017.

OLIVEIRA, André Silva de. **O paradoxo da regulação estatal do livre mercado em Karl Popper e Friedrich Hayek: o desafio da revitalização do liberalismo no mundo globalizado**. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/28398>. Acesso em 09/09/2020.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem da desigualdade**. Edição Eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em <http://www.jahr.org/>. Acesso em 09/09/2020.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. Edição Eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em <http://www.jahr.org/>. Acesso em 09/09/2020.

RUSSEL, Bertrand. **História da Filosofia Ocidental** – Livro 3: A filosofia Moderna. Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro. 1ª ed., 2015.

SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito. Proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, nº 205, 2015.

O ICMS E SUA APLICAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE

Andréia Tavares de Jesus ¹

Luiz Ernani Bonesso de Araújo ²

INTRODUÇÃO

No início do processo de desenvolvimento da economia de exploração e sua posterior industrialização, a consciência ambiental no Brasil, o qual tem uma enorme fonte de recursos, ainda não explorados, de valor inestimável, não foi aprimorada. Percebe-se, então, que é imperioso iniciar um processo de preocupação ecológica. Por isso, acredita-se que o direito é uma das formas de se repensar a relação entre o (ser humano) homem e a natureza.

Assim procura-se, inicialmente, neste estudo, examinar o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, seu conceito e natureza jurídica. Logo após, passa-se a analisar a extrafiscalidade e a Seletividade (Essencialidade) do tributo.

Na segunda parte, será abordado, primeiramente, o meio ambiente como um direito fundamental de terceira geração, cuja responsabilidade é compartilhada por todos (Estado e coletividade). Adiante, abordam-se alguns princípios do Direito Ambiental de maior importância na função de proteção do meio ambiente. Passa-se, logo após, ao exame detalhado da extrafiscalidade e da seletividade tributária via ICMS como um instrumento de auxílio à preservação ambiental, bem como a experiência do ICMS Ecológico no Brasil.

Para finalizar, o presente estudo não tem a pretensão de esgotar o problema, tarefa que se mostra impossível frente à complexidade do tema. Contudo, objetiva-se incitar a discussão e mencionar questões que poderão introduzir novos paradigmas na atual Sociedade Ambiental.

1. O IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL, INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO – ICMS

1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O ICMS é um imposto que incide sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e prestações se iniciem no exterior (CF, 1988).

¹ Advogada, Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo (2011). Pós-Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo (2015). Mestranda do curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade de Passo Fundo, vinculada à linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder. E-mail: andreiataj@hotmail.com.

² Professor Titular aposentado da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Professor no Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade – GPDS – UFSM.. E-mail: luiz.bonesso@gmail.com.

Em poucas palavras, que o ICMS incide sobre o valor agregado de cada produto presente em uma linha contínua de produção industrial ou de execução de um determinado serviço ou de uma atividade comercial, até completar-se este fluxo, no momento em que ocorre a venda do produto ao consumidor final ou finda a prestação do serviço.

O ICMS tem sua previsão genérica esboçada no artigo 155, II da Constituição Federal de 1988.

E, segundo o Código Tributário Nacional em seu art. 4º³, a natureza jurídica do Tributo é determinada por seu fato gerador, que nada mais é que a subsunção de um fato à norma prescrita em lei.

1.2 SELETIVIDADE E ESSENCIALIDADE

Aliomar Baleeiro⁴ define “seletividade” como discriminação ou sistema de alíquotas diferenciais por espécie de mercadorias. Assim, pelo princípio da seletividade, o tributo deve possuir uma alíquota maior ou menor, conforme a essencialidade⁵ do produto.

Segundo Carrazza⁶:

o princípio da seletividade é atendido adotando-se um processo de comparação de produtos industrializados (no caso do IPI) e de mercadorias ou serviços (no caso do ICMS). Nunca, evidentemente, discriminando-se contribuintes, em função de raça, sexo, ocupação profissional, local em que exercem suas atividades etc., que a isto obstam os arts. 5º, I, e 150, 11, ambos da CF. Evidentemente, o princípio da seletividade tem por escopo favorecer os consumidores finais, que são os que, de fato, suportam a carga econômica do IPI e do ICMS. Daí ser imperioso que sobre produtos, mercadorias e serviços essenciais haja tratamento fiscal mais brando, quando não total exoneração tributária, já que em relação a eles o adquirente, em rigor, não tem liberdade de escolha.”

A seletividade, portanto, é aplicada conforme a essencialidade do produto, que deve abranger não somente as necessidades biológicas (moradia, alimentação, tratamento médico), mas também as necessidades que sejam pressupostos de um padrão de vida mínimo decente.

A essencialidade, de acordo com Aliomar Baleeiro⁷,

refere-se à adequação do produto à vida do maior número dos habitantes do país. As mercadorias essenciais à existência civilizada devem ser tratadas mais suavemente ao passo que as maiores alíquotas devem ser reservadas aos produtos de consumo restrito, isto é, o supérfluo das classes de maior poder aquisitivo.

Em virtude disto, a seletividade confere aos tributos um caráter extrafiscal, pois serve como instrumento de intervenção estatal no domínio econômico e social. Nas palavras de Sacha Calmon Navarro Coelho: *“a extrafiscalidade se caracteriza justamente pelo uso e manejo dos tributos, com a finalidade de*

³ “Art. 4º. A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la”:

⁴ BALEEIRO, Aliomar: **Direito tributário brasileiro**. 10ª ed. revista e atualizada por NOVELLI, Flávio Bauer. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 156.

⁵ A relação da seletividade com a essencialidade passa pela relação de causa e efeito, onde a causa/motivo seria a essencialidade de algo e o efeito lógico, a seletividade. Ou seja, a seletividade não é sinônimo de essencialidade. Portanto, ser essencial é ser indispensável, necessário; e, com isso, fazer jus ao ato de ser selecionado, separado, escolhido, qualificado, eleito etc. (BALEEIRO, 1996, p. 157).

⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. São Paulo: Malheiros. 13ª edição, 2009, 373/374.

⁷ BALEEIRO, Aliomar: **Direito tributário brasileiro**. 10ª ed. revista e atualizada por NOVELLI, Flávio Bauer. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 157/158

*atingir alvos diferentes da simples arrecadação de dinheiro*⁸.

Isso se deve ao fato da seletividade levar em consideração a essencialidade das mercadorias/serviços sobre os quais o imposto incide, beneficiando, em consequência, aqueles que possuem menor capacidade econômica. E, por vias transversas, acaba por reforçar a busca pela igualdade material, cláusula constitucional pétrea.

No ICMS, o princípio da essencialidade encontra-se disciplinado no inciso III, do parágrafo 2º, do artigo 155 da CF/88. E, tendo em vista a redação de referidas norma, discute-se se sua aplicação é facultativa ou obrigatória.

Carrazza entende que a seletividade é de observância obrigatória:

O atual ICMS, pelo contrário, deve ser um instrumento de extrafiscalidade, portanto, a teor do art. 155, § 2º, III, da CF, “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.” Convém salientarmos, desde logo, que, a nosso ver, este singelo “poderá” equivale, na verdade, a um peremptório “deverá”. Não se está, aí, diante de uma mera faculdade do legislador, mas de uma norma cogente, de observância obrigatória⁹.

Esse também é o entendimento de Aroldo Gomes de Mattos¹⁰ defende que a aplicação do princípio da seletividade, subprincípio da capacidade contributiva, é obrigatório e não facultativo.

Dessa forma, a observância do princípio da seletividade no ICMS é obrigatória quando da fixação das alíquotas sobre a circulação de mercadorias e prestação de serviços. E, por ser seletivo, implica ter alíquotas diferenciadas, em razão do grau de essencialidade do produto/serviço.

1.3 EXTRAFISCALIDADE

Com o advento da Carta Magna de 1988, surgiu a possibilidade de utilização dos tributos com a finalidade extrafiscal, dentro dos limites legais, os quais buscam incentivar e/ou desincentivar determinados comportamentos.

Raimundo Bezerra Falcão conceitua extrafiscalidade como

a atividade financeira que o Estado exercita sem fim precípuo de obter recursos para seu erário, para o fisco, mas sim com vistas a ordenar ou reordenar a economia e as relações sociais.¹¹

Assim, a função extrafiscal do tributo, tem por objetivo “recomendar” ao cidadão/contribuinte ação ou omissão, por meio de benefícios fiscais, visando alterar comportamentos por intermédio da exação tributária.

Tanto que, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 151, inciso I¹², onde prevê a possibilidade

⁸ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 8a. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 89.

⁹ CARRAZZA, 2009, 374/375.

¹⁰ MATTOS, Aroldo Gomes de. ICMS - Comentários à Legislação Nacional. São Paulo: Dialética, 2006, p. 396.

¹¹ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e mudança social**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 48.

¹² Art. 151. É vedado à União:

I – instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País:

da concessão de incentivos fiscais que tenham como objetivo o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre os entes que compõem a federação brasileira, autorizando que os tributos possam ser instituídos com outros objetivos que não sejam o da mera arrecadação financeira.

O Prof. Dr. Roque Antonio Carraza, ensina:

Há extrafiscalidade quando o legislador, em nome do interesse coletivo, aumenta ou diminui as alíquotas e/ou as bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir os contribuintes a fazer ao a deixar de fazer alguma coisa. Por aí se vê que a extrafiscalidade nem sempre causa perda de numerário; antes, pode aumentá-lo, como, por exemplo, quando se exacerba a tributação sobre o consumo de cigarros¹³.

Para Meirelles:

A extrafiscalidade é a utilização do tributo como meio de fomento ou de desestímulo a atividades reputadas convenientes ou inconvenientes à comunidade. É ato de polícia fiscal, isto é, de ação de governo para o atingimento de fins sociais através da maior ou menor imposição tributária.

[...]

Modernamente, os tributos são usados como instrumento auxiliar do poder regulatório do Estado sobre a propriedade particular e as atividades privadas que tenham implicações com o bem-estar social. Até mesmo o Direito norte-americano, tão cioso das liberdades individuais, admite essa nova função extrafiscal dos tributos, para o incentivo ou repressão da conduta do particular.

[...]

Com efeito, através da agravação do imposto, podem-se afastar certas atividades ou modificar-se a atitude dos particulares, reputadas contrárias ao interesse público, como pelo abrandamento da tributação pode-se incentivar a conduta individual conveniente à comunidade¹⁴.

Portanto, a extrafiscalidade é o emprego dos meios tributários para fins não fiscais, ou seja, visa disciplinar comportamentos, onerando ou incentivando determinadas atividades, buscando a reforma social, o desenvolvimento nacional e a uma melhor distribuição da renda nacional.

Dessa forma, a extrafiscalidade é uma importante ferramenta para o desenvolvimento sustentável, pois, atinge o consumo e a produção por meio de graduação de alíquotas, a fim de desestimular comportamentos nocivos ao ambiente ou de estimular atividades busquem o desenvolvimento sustentável.

2. ICMS E SUA APLICAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE

2.1 MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A expressão “meio ambiente” (*milieu ambient*) foi, ao que parece, utilizada pela primeira vez pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire, na obra *Études progressives d'un naturaliste*, de 1835, tendo sido perfilhada por Augusto Comte, em seu *Curso de Filosofia Positiva*¹⁵).

¹³ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 27º ed., Malheiros: São Paulo, 2011, pp. 107/108.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 158.

¹⁵ PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 1 *apud* MILARÉ, 2001, p. 1 e p. 63.

O conceito de meio ambiente está definido no artigo 3º, inciso I¹⁶, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Enquanto que, o artigo 2º¹⁷ apresenta um rol de princípios que têm por objetivo a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Não obstante a isso, a Carta Magna, em seu artigo 225¹⁸, estabelece princípios que dizem respeito ao meio ambiente, determinando o controle e as penalizações sobre condutas e atividades que lhe causem prejuízos. Assim, nota-se que o direito ambiental é um direito humano fundamental.

Diante disso, destacam-se cinco importantes princípios: o princípio da cooperação, o princípio da precaução, o princípio da prevenção, o princípio do limite (controle) e o princípio do poluidor pagador.

Segundo Derani¹⁹:

O princípio da cooperação informa uma atuação conjunta do Estado e sociedade na escolha de propriedades e nos processos decisórios. Ele está na base dos instrumentos normativos criados com objetivos de aumento da informação e de ampliação de participação nos processos de decisões da política ambiental, bem como de estabilidade no relacionamento entre liberdade individual e necessidade social.

O princípio da cooperação reflete a ideia de que a sociedade, juntamente com o Estado, eleja prioridades ambientais, por meio de duas práticas sociais indispensáveis: a informação e a educação ambiental.

Já o princípio da precaução é aquele que propõe cuidado e cautela com o presente e com o futuro. Ou seja, é a garantia contra os riscos potenciais que ainda não podem ser identificados em decorrência do conhecimento atual.

¹⁶ Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

¹⁷ Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;

III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;

IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;

VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;

VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;

VIII - recuperação de áreas degradadas;

IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;

X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

¹⁸ 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.

¹⁹ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 157.

Nesse sentido, Modé20:

[...] o princípio da precaução põe em constante interrogação o conhecimento a respeito dos impactos de determinada atividade sobre o meio ambiente. Na aplicação desse princípio, o perigo de determinada atividade, assim como as incertezas científicas sobre a existência de algum perigo, ou mesmo da extensão do dano possível, são constantemente postos à prova. A atuação do princípio da precaução se dá, assim, no átimo existente entre a necessidade imediata de execução de determinada atividade e o atual estágio de desenvolvimento científico que permite avaliar a existência de perigo e sua extensão.

Assim,

“o princípio da precaução é ‘ambivalente’²¹, pois informa a necessidade de construir normas ambientais e de se afastar, no tempo e no espaço, o perigo potencial que determinada atividade possa proporcionar ao meio ambiente”. Ou seja, o princípio da precaução tem a mesma ideia presente no ditado: “melhor prevenir do que remediar”²².

Enquanto que o princípio da prevenção, apesar de estar muito próximo ao princípio da precaução, não deve ser confundido com este, pois aplica-se aos impactos ambientais já conhecidos, ou que tenham uma história de informações sobre eles²³.

Isto é, ao revés do princípio da precaução, que impede que certa atividade seja feita, por não haver provas de que ela possa causar danos ao meio ambiente, o princípio da prevenção visa impedir que um dano ambiental, já conhecido, ocorra por meio de determinada atividade ou conduta.

Já o princípio do limite (controle) tem por objetivo exigir que a Administração Pública estabeleça limites de poluição para manter um padrão de qualidade do meio ambiente e da saúde humana. E, se o limite estabelecido for ultrapassado deve ser sancionado, pelo excesso, o causador do dano.

Por fim, o princípio do poluidor pagador visa

“a internalização²⁴ dos custos relativos externos de deterioração ambiental e, como consequência, a um maior cuidado na busca de uma satisfatória qualidade do meio ambiente. Pela aplicação deste princípio, impõe-se ao ‘agente econômico’ (produtor, consumidor, transportador, comerciante), que nesta qualificação causar um problema ambiental, arcar com os custos da diminuição ou afastamento do dano”²⁵.

Dessa forma, o princípio do poluidor pagador tem por objetivo a alocação dos custos das medidas de prevenção e controle da poluição, servindo como meio de encorajar a utilização racional dos recursos ambientais. Ou seja, os custos destas medidas devem-se refletir no custo dos bens e serviços que poluam

²⁰ MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental**: a função do tributo na proteção do meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2004, p. 51.

²¹ “A ambivalência desse princípio reside em sua característica inevitável de obrigar a promoção de políticas públicas ambientais (marca do princípio do poluidor-pagador) com a exigência da responsabilidade de todos na preservação do meio ambiente (cooperação), pois, justamente por temer-se o risco ambiental de certa atividade, deverão ser estimuladas novas tecnologias menos agressivas ao meio ambiente.” (NUNES, 2005, p. 55-56).

²² NUNES, Cleucio Santos. **Direito tributário e meio ambiente**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 55.

²³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 37.

²⁴ Internalização é a influência direta sobre os preços, por meio da inserção dos custos ambientais nos custos privados, feita pelos agentes econômicos, incluídos no mercado, nas atividades de produção e consumo, ou seja, seria a contabilização dos custos, através de sua integração, no valor dos produtos e serviços colocados no comércio jurídico. (MODÉ, 2004, p. 63)

²⁵ MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental**: a função do tributo na proteção do meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2004, p. 63.

de alguma forma o meio ambiente.

2.2 A EXTRAFISCALIDADE COMO FORMA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

A extrafiscalidade em prol do meio ambiente é fato recorrente na história do Brasil, mas somente veio a ser realmente aplicada com o advento da Constituição Federal em 1988, pois nesta restou positivada a tutela do meio ambiente como princípio de direito econômico.

Tanto que no sistema tributário nacional está prevista uma tributação diferenciada sobre produtos considerados essenciais, sendo possível, portanto, a utilização do imposto como meio de impedir ou diminuir a exploração indiscriminada da natureza, por meio da utilização de seu caráter extrafiscal.

Pois, os tributos são uma forma de intervenção estatal na ordem social e seu caráter extrafiscal pode ser utilizado como instrumento para a proteção ambiental, já que as alíquotas dos tributos podem ser graduadas, fazendo com que os poluidores adotem medidas ambientalmente corretas.

Nesse sentido Regina Helena Costa²⁶ afirma:

[...] o emprego de instrumentos tributários para gerar os recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental (aspectos fiscal ou arrecadatória), bem como para orientar o comportamento dos contribuintes a proteção do meio ambiente (aspecto extrafiscal ou regulatório).

Enquanto que, para Ribeiro²⁷, a extrafiscalidade ambiental:

[...] pode ser entendida como o emprego de instrumentos tributários com duas finalidades: a geração de recursos para o custeio de serviços públicos de natureza ambiental e a orientação do comportamento do contribuinte para a preservação meio ambiental.

A extrafiscalidade ambiental possui vantagens em relação a outros instrumentos econômicos inibidores da destruição do meio ambiente, tais como o incentivo permanente e seu caráter flexível, além da aplicação de princípios de preservação e de socialização de responsabilidade sobre a preservação ambiental²⁸.

A extrafiscalidade ambiental tem como objetivos:

Minimizar o dano ambiental, internalizando seus custos, sem impedir o desenvolvimento industrial (do contrário poderia gerar efeitos prejudiciais ao desenvolvimento);

Influenciar a conduta do sujeito passivo de modo a reduzir sua atividade poluidora;

Constituir instrumentos de indenização para a sociedade;

Criar um incentivo para reduzir a quantidade de produtos poluentes, cujo êxito depende de um alto nível de informação à população e à existência de um ente arrecadador apto;

²⁶ COSTA, Regina Helena. Aparentamentos sobre a tribulação ambiental. In: TORRES, Heleno Taveira. (coord.). Direito tributário ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 313.

²⁷ RIBEIRO, Maria de Fátima. E FERREIRA, Jussara S. Assis Borges Nasser. O papel do Estado no desenvolvimento econômico sustentável: reflexões sobre a tributação ambiental como instrumento de política pública. In: TORRES, Heleno Taveira. (coord.). Direito tributário ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 665.

²⁸ MODÉ, 2004. p. 96.

Servir de fonte de financiamento do custo ambiental, por exemplo, utilizando a arrecadação para desenvolver dispositivos de segurança ou reduzir os custos do produto reciclado²⁹.

Portanto, a extrafiscalidade ambiental é de suma importância no Direito Tributário, tanto que na ECO-92 foi definido um quadro com os critérios essenciais³⁰ para sua implementação, pois os tributos são instrumentos inibidores e estimuladores de comportamentos.

2.3 A SELETIVIDADE NA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A Ementa Constitucional n. 42/2003 alterou o artigo 170 da CF, facultando ao Estado a implementação de incentivos fiscais que visem a promoção a proteção e preservação do meio ambiente.

Ademais, desde o advento da Constituição Federal de 1988, o Estado pode atuar na preservação ambiental através dos instrumentos de direção: econômicos (**indução**) e/ou de comando e controle (**direção**)³¹.

Clarice de Freitas Lima classifica estes instrumentos em **diretos** e **indiretos**: sendo os primeiros aqueles que ocorrem com a instituição de “tributos ambientais” cuja hipótese de incidência seria a utilização de recursos naturais ou um fato poluente; enquanto os instrumentos indiretos seriam incentivos fiscais que visem desenvolver comportamentos ecologicamente corretos.³²

Roque Carrazza defende a tributação ambiental pelo controle por indução, pois “[...] vale-se do mais sutil de influenciá-las, outorgando aos contribuintes subvenções, isenções, créditos presumidos, bonificações, etc”.³³ Ademais, a aplicação de forma indireta respeitaria à vedação de vinculação de receita (art. 167, IV, da CF)³⁴.

Portanto, se, antes, a seletividade (art. 155, § 2º, III, da CF) era aplicada às mercadorias e serviços essenciais (alimentação, vestuário, moradia, tratamento médico, etc), após, a EC 42/03, tornou possível a instituição de tratamento diferenciado para produtos e serviços de essência ambiental.

Grife-se que, a seletividade tem por finalidade onerar ou desonerar determinadas mercadorias ou serviços em decorrência de sua essencialidade. Esta essencialidade se remete à idéia de que se deve

²⁹ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *A efetividade e a eficiência ambiental dos instrumentos econômicos – financeiros e tributários*. In TORRES, Heleno Taveira. (coord.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 534.

³⁰ 1. Eficiência Ambiental: é a imposição tributária correta para que alcance os limites da preservação ambiental:

2. Eficiência Econômica: um tributo que reflita em baixo custo para economia, mas que consiga atingir o seu objetivo maior que o incentivo a comportamentos ambientalmente corretos;

3. Administração barata e simples: não poderá a tributação ambiental onerar ainda mais o Estado, com a implementação de políticas tributárias ambientais;

4. Ausência de efeitos nocivos ao comércio e à competitividade internacionais: que a tributação ambiental não provoque efeitos danosos na grade de consumo. Desse modo, o Estado deverá implementar um tributo que seja favorável ao meio ambiente, mas que não crie transtorno para seu próprio agente implementador, através de aumento de custo para máquina administrativa e não onere ainda mais a carga tributária do contribuinte, que já é exorbitante. (COSTA, Regina Helena. *Apontamentos sobre a tributação ambiental*. In: TORRES, Heleno Taveira. (coord.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 315-316).

³¹ BARCHELLO, Stefania Eugenia. ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. O tributo extrafiscal como meio de proteção ambiental. Fórum de Direito Urbano e Ambiental (FDUA). Belo Horizonte. ano 6. n. 34. jul-ago. 2007. p. 69.

³² LIMA, Clarice de Freitas. Tributos e meio ambiente [manuscrito]: avanços no Congresso Nacional nos últimos seis anos. Monografia (especialização) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Instituição e Processos Políticos do Legislativo, 2009. p. 27.

³³ CARRAZZA, 2011. p. 665.

³⁴ ARAÚJO, Cláudia Campos de... [et al] São Paulo: Editora Senac São Paulo. 2003. p. 36.

abranger, não apenas as mercadorias e serviços de necessidades biológicas, mas todos os fatores que contribuam e promovam “um padrão de vida mínimo decente”.³⁵

Tanto que, conforme defende Carrazza a seletividade ambiental é direito fundamental sua aplicação deveria ser imediata³⁶, pois o meio ambiente saudável é um direito fundamental (art. 225, da CF) e as medidas previstas para sua proteção e preservação devem ter aplicação imediata, conforme prescreve o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Portanto, o artigo 170, VI, da CF, não é mera faculdade do legislador, uma vez que prescreve uma ordem a ser incorporada nas políticas que buscam à proteção do meio ambiente.

Por fim, destaca-se que a essencialidade é critério essencial para a instituição do ICMS seletivo, nos termos do art. 155, § 2º, III, da CF. Tanto que, Ricardo Lobo Torres defende que a seletividade se trata de um subprincípio da capacidade contributiva, pois a incidência progressiva do ICMS deve ser inversamente proporcional a essencialidade do produto ou serviço³⁷.

Portanto, é plenamente cabível a implementação do ICMS seletivo, dentre os produtos não essenciais, em decorrência de sua essencialidade ambiental, no objetivo de estimular o consumo de produtos ecologicamente corretos, como forma de induzir determinados comportamentos.

2.4 A EXPERIÊNCIA DO ICMS ECOLÓGICO NO BRASIL

A tributação ambiental já é uma realidade em diversos países, tais como: Suécia, Dinamarca, Noruega, Finlândia, Itália, Reino Unido, Espanha, Portugal, etc. Porém, no Brasil, o único tributo ecológico existente, é o ICMS Ecológico³⁸, cujo benefício se dá pela redistribuição, do repasse aos Municípios, das receitas do produto de arrecadação do ICMS.

A distribuição de receitas do ICMS se dá entre o Estado (75% do total) e seus Municípios (25% restantes), sendo que desta quota, até um quarto serão repassados de acordo com o estabelecido em lei estadual (art. 158, parágrafo único, da Constituição da República) e, essa lacuna, criou o ICMS Ecológico.

Esta experiência culminou na edição do Decreto nº 4.339, de 23 de agosto de 2002, no qual o Governo se compromete a estimular a conservação da biodiversidade por meio do Imposto de Circulação Sobre Mercadorias e Serviços e incentivar a sua adoção em todos os Estados de Federação.

Entretanto, cumpre-se destacar que o ICMS Ecológico é matéria de direito financeiro, pois trata do repasse do produto de arrecadação do ICMS e, não de matéria tributária.

Assim, uma real tributação ambiental no Brasil, em conformidade com os dispositivos constitucionais, no ICMS deve ser pautado na extrafiscalidade, incentivando ou desestimulando atividades e comportamentos, por intermédio de graduações de alíquotas e bases de cálculo.

Portanto, a eficácia da tributação ambiental se dá pela oferta de incentivos fiscais a determinadas atividades ou progressividade de alíquotas e bases de cálculo (como forma de desestimular comportamentos), pois fica a critério do contribuinte optar ou se adequar as práticas comerciais que recebam incentivos econômicos ou arcar com uma carga tributária elevada.

Contudo, a instituição de benefícios fiscais em prol da proteção e preservação ambiental, pois o

³⁵ MELO, José Eduardo Soares de. ICMS: Teoria e Prática. 10 ed. São Paulo. Dialética. 2008. p. 264.

³⁶ CARRAZZA, 2011. p. 667.

³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 385.

³⁸ MENDES, Ana Stela Vieira. **O ICMS Ecológico como instrumento de preservação do Meio Ambiente: experiências nos Estados brasileiros e perspectivas de implementação no Ceará**. Monografia. Fortaleza: UFC, 2007.

Poder Público deve obedecer aos preceitos da “Lei de Responsabilidade Fiscal”, em especial, ao seu art. 14, que trata sobre a eventual renúncia de receita.³⁹

Ademais, em casos de incentivos fiscais ambientais com renúncia de receita, devem estar dentro das metas estimadas na lei orçamentária, bem como não podem não afetar, diretamente, as metas de resultados fiscais.

Todavia, tais incentivos, conforme ensinamento de Ricardo Berzosa Saliba, de regra, são benéficos ao Estado, pois:

a diminuição ou eliminação total da carga tributária neste tocante na verdade está garantindo a não ocorrência de futuros gastos pelo Poder Público, pois com isso vão os entes deixar de praticar despesas para manter ou recuperar danos de várias ordens ocorridos no meio ambiente por falta de um devido tratamento que nosso ordenamento acaba nos oferecendo.⁴⁰

Portanto, faz-se necessário que o Poder Público incentive uma mudança comportamental, por meio da implementação de uma política econômico-social, onde seu principal instrumento de atuação seja a extrafiscalidade tributária, pois ligada diretamente aos princípios de direito ambiental, uma vez que os tributos ambientais, não visam a receita financeira a ser auferida, e sim sobre o qual produto ou serviço que deve incidir uma maior graduação de alíquota e/ou base de cálculo, em busca do desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, a doutrina⁴¹, ao tratar de tributos ambientais, fala em incentivo e desestímulos por intermédio da extrafiscalidade tributária, que, conforme Paulo de Barros Carvalho⁴², consiste na “forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatários”.

Dessa forma, os tributos meramente arrecadatários e sem afetação ecológica podem ser utilizados

³⁹ “Art. 14.A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretriz orçamentárias e a pelo menos uma seguintes condições:

I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do artigo 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentais:

II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondem a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I – às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos inciso I, II, IV e V do artigo 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;

II – ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

⁴⁰ SALIBA, Ricardo Berzosa. *Fundamentos do Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 324.

⁴¹ A utilização extrafiscal do tributo visa, acima de tudo, induzir a conduta dos contribuintes. Ao contrário do que se almeja através da função tributária tradicional (obtenção de recursos para financiamento das atividades estatais), utilizando-se da extrafiscalidade o Estado busca, muitas vezes, uma ‘redução da arrecadação’ seja através da imposição de altas cargas tributárias às condutas que visa reduzir, seja através da concessão de incentivos fiscais àqueles que se adaptam à conduta almejada (TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação ambiental**: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120).

⁴² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva. 17ª edição, 2005, p. 228/229.

como instrumentos de política ambiental por meio da inserção de elementos indutivos em seu bojo, como ocorre, por exemplo, no ICMS Ecológico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação do homem sobre a natureza é tão antiga quanto sua própria evolução civilizatória⁴³. Todavia, a degradação dos domínios naturais, no último século, desencadeado pelo desenvolvimento econômico, tornou-se acelerada. Tanto que a CF/88, previu a preservação do meio ambiente (art. 225) por meio da intervenção estatal na economia (art. 170 e seguintes), podendo, esta, se dar de duas formas: a intervenção direta e indireta.

Dentre estes instrumentos de intervenção estatal na economia o que tem mais se destacado é a extrafiscalidade tributária, consubstanciada pela utilização deliberada do tributo, em ato de política fiscal⁴⁴.

Assim, extrafiscalidade tem função de auxiliar o poder regulatório do Estado, onerando a carga tributária de certas atividades ou comportamentos contrários ao interesse público, ou, de outra banda, estimulando, por meio de incentivos fiscais, as condutas convenientes à comunidade.

Dessa forma, torna-se possível a reeducação das escolhas públicas e privadas, por meio da variação da tributação, de atividades degradadoras do meio-ambiente, tornando-as pouco atrativas.

Enquanto que a seletividade “(...) onera diferentemente os bens sobre os quais incide”⁴⁵, “(...) em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços” (art. 155, § 2º, III, CFF). E, por meio desta, o legislador pode exercer a função extrafiscal, induzindo o contribuinte em adquirir determinados produtos, em detrimento de outros.

Assim, a seletividade e a extrafiscalidade tributária se revelam, sob a ótica da tutela ambiental, instrumentos indispensáveis para um desenvolvimento sustentável, pois permitem a redução de alíquota, isenções ou afins, a comportamentos ecologicamente corretos, bem como permitem a majoração de alíquotas, desencorajando atividades lesivas ao meio ambiente.

Atualmente, a única experiência, no Brasil, em tributação ambiental, está limitada ao ICMS Ecológico, que é instrumento de direito financeiro, e não de direito tributário.

Por todo o exposto, é cabível a aplicação tributação ambiental do ICMS, por meio de alíquotas seletivas, pois a essencialidade de determinada mercadoria ou serviço deve ser definida em conformidade com os princípios fundamentais da ordem econômica, estabelecidos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁴³ “No momento em que o homem surge na Terra, inicia-se um processo de transformação da natureza. Neste sentido, é possível afirmar que o processo de degradação ambiental se confunde com a origem do próprio ser humano” (OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. GUIMARÃES, Flávio Romero. *Direito, Meio Ambiente e Cidadania: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: Madras, 2004. P. 14.

⁴⁴ Nas palavras de Augusto Becker, “um instrumento de arrecadação de recursos para custeio de despesas públicas, mas a de um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada” (BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 536).

⁴⁵ MACHADO, Hugo de Brito. O ICMS no Fornecimento de Energia Elétrica: Questões da Seletividade e da Demanda Contratada. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n° 155, agosto-2008. p. 49

ARAÚJO, Cláudia de Rezende Machado de. Extrafiscalidade. **Revista de Informação Legislativa** n°, 132. Out/Dez de 1996, pp. 329/334.

ARAÚJO, Cláudia Campos de. [et. Al]. **Meio ambiente e sistema tributário: novas perspectivas**. São Paulo: Senac São Paulo, 2003.

ARAÚJO, Suely M. V. Guimarães de. **Tributação ambiental e reforma tributária**. Brasília: ago. 2003. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/303077.pdf> . Acesso em: 28 out. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BALEEIRO, Aliomar: **Direito tributário brasileiro**. 10ª ed. revista e atualizada por NOVELLI, Flávio Bauer. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado (atualizadora). **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BRASIL. Código Tributário Nacional e Constituição Federal. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito público do ambiente**. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. São Paulo: Malheiros. 13ª edição, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva. 17ª edição, 2005.

CASTELLO, Melissa Guimarães. A possibilidade de instituir tributos ambientais em face da Constituição de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 692, 28 mai. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6796/a-possibilidade-de-instituir-tributos-ambientais-em-face-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: 21 out. 2020.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8a. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário**. Rio de Janeiro: Forense. 2ª edição, 1990.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. A Seletividade do ICMS Incidente sobre Energia Elétrica e a Constitucionalidade da Gradação de Alíquotas segundo o Princípio da Capacidade Contributiva. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n° 141, junho-2007.

COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a Tributação Ambiental na Brasil. In. TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DERANI, Cristiane. Aplicação dos Princípios do Direito Ambiental para o Desenvolvimento Sustentável: In:

TORRES Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERNANDES, Rodrigo. A eficácia dos instrumentos econômicos para o desenvolvimento sustentável. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 589, 17 fev. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6342/a-eficacia-dos-instrumentos-economicos-para-o-desenvolvimento-sustentavel> . Acesso em: 21 out. 2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Direito ambiental tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FREITAS, Rômulo de Jesus Dieguez de. Imposto, uma perspectiva ecológica. **E-Gov UFSC - Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento**, Santa Catarina, abr. 1998. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/imposto-uma-perspectiva-ecol%C3%B3gica> . Acesso em: 21 out. 2020.

GRECO, Marco Aurélio e LORENZO, Ana Paola Zonari de. ICMS: materialidade e características constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2001.

JURAS, Ilidia da A. G. Martins; ARAÚJO, Suely M. V. Guimarães de. **Considerações sobre reforma tributária e meio ambiente**. Brasília: mai. 2003. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/relatoriosespeciais/tema13/pdf/2003_1325.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

LAROUSSE, Ática. **Dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: 2004.

LEÃO, Cristine Madeira Mariano. Trabalho apresentado no curso de especialização em direito tributário desenvolvido pela UNISINOS em 2001/2002.

MACHADO, Hugo de Brito. O ICMS no Fornecimento de Energia Elétrica: Questões da Seletividade e da Demanda Contratada. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n° 155, p, 48-56, agosto-2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARINS, James. **Tributação e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá. 2002.

MARTINS, Ives Gandra, e BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constitucional do Brasil**. 6° vol, tomo I, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATTOS, Aroldo Gomes de. **ICMS - Comentários à Legislação Nacional**. São Paulo: Dialética, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS - Teoria e Prática**. São Paulo: Dialética. 10ª edição, 2008.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental**: a função do tributo na proteção do meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2004.

MOTTA, Ronaldo Seroa da; OLIVEIRA, José Marcos Domingues de; MARGULIS, Sergio. **Proposta de tributação ambiental na atual reforma tributária**. Rio de Janeiro: IPEA, 2000.

NUNES, Cleucio Santos. **Direito tributário e meio ambiente**. São Paulo: Dialética, 2005.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário e meio ambiente**: proporcionalidade, tipicidade aberta e afetação de receita. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário** – capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 1998, p. 38.

ORLANDO, Breno Ladeira Kingma; GUDINO, Daniel Mariz; TROUW, Ernesto Johanness. **Direito tributário ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. Porto Alegre: Livraria dos Advogados; ESMAFE, 11ª Edição, 2009.

PIRES, Éderson. Icms ecológico. Aspectos pontuais. Legislação comparada. **E-Gov UFSC - Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento**, Santa Catarina, nov. 2001. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/icms-ecol%C3%B3gico-aspectos-pontuais-legisla%C3%A7%C3%A3o-comparada>. Acesso em: 21 out. 2020.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Questões de Direito Tributário ambiental em debate: In: TÔRRES Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

RIBEIRO, Maria de Fátima. E FERREIRA. Jussara S. Assis Borges Nasser. O papel do Estado no Desenvolvimento econômico sustentável: reflexões sobre a tributação ambiental como instrumento de política pública. In. TÔRRES, Heleno Taveira. (Org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROSENBLATT, Paulo. Limitações constitucionais à instituição de contribuição de intervenção ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, ano 9, nº 36, out-dez de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 169.

SALIBA, Ricardo Berzosa. **Fundamentos do direito tributário ambiental**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e Política Pública: O ICMS Ecológico. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 10, nº 38, p. 99-120, abr-jun 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação ambiental**: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ZEOLA, Senize Freire Chacha. ICMS – Instrumento de proteção e conservação do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, ano 8, nº 30, abr-jun de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 179-197.

DIREITO E ECONOMIA: PARÂMETROS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Karen Beltrame Fritz¹

Lucas Parizzi Bernardi²

Matheus Cardoso³

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a Constituição ganhou maior força normativa e efetividade. Alguns direitos, outrora apenas presentes como integrantes do mais importante documento Republicano, agora passaram a ter um olhar mais direto e imediato do Poder Judiciário. Nessa perspectiva, temas relevantes surgem com veemência em meio ao cenário político do país, entre eles, o processo de judicialização da saúde.

A saúde é uma obrigação direta do Estado que o força a garantir políticas, tanto sociais quanto econômicas, em decorrência do art. 196 da Constituição Federal. E, é justamente nessa obrigação que reside o principal fator para a crescente intervenção do Judiciário referente a demandas que envolvam o direito à saúde, sob a ótica de que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

É fundamental entender que a judicialização em si não é um fenômeno negativo sob o prisma do Estado Democrático. Ora, é possível vislumbrar uma revolução dos direitos no âmbito social, graças ao entendimento da população sobre as garantias constitucionais legais que lhes devem ser fornecidos. Ademais, uma maior receptividade de juízes e tribunais sobre as demandas sociais vigentes, possibilitam a real efetividade da Constituição bem como uma fiscalização da administração pública, um dos objetivos da própria Tripartição dos Poderes e do sistema de *checks and balances*.

Contudo, quando esse processo se torna excessivo, tem-se uma sensação menos auspiciosa do quadro. Infelizmente, ocorrem situações pouco confortáveis, que devem ser observadas com muito cuidado. Veja-se que por mais justo que tais demandas soem, intromissões excessivas do Poder Judiciário no Poder Executivo, poderia se falar no rompimento da independência deste com relação aquele. Além do mais, uma vez que direitos não estejam imunes a princípios de outras áreas como os da economia, questões orçamentárias também podem fornecer eventuais justificativas para a omissão estatal no fornecimento de sua obrigação, especialmente no que se refere a interpretação equivocada da reserva do possível.

O estudo que segue procura desenvolver uma reflexão importante sobre um tema repleto de complexidades e sutilezas. Seu maior propósito é contribuir para o entendimento e racionalização do problema. Os Poderes têm de ser harmônicos, andarem juntos no intuito de garantir a efetividade da Constituição. Sim, é fato que existem nuances nesse caminho, mas o que está em jogo aqui não é o direito de uns contra o de outros, ou a Constituição contra o orçamento do Estado. Na realidade, o que está em

¹ Pós Doutora em Direito. Professora Titular II da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS e do Programa de Pós Graduação Mestrado em Direito. E-mail: karenfritz@upf.br. <http://lattes.cnpq.br/3756677940179047>.

² Acadêmico do VI nível do curso de Direito na Universidade de Passo Fundo. Estagiário na 1ª Vara Judicial da Comarca de Marau/RS. E-mail: 170663@upf.br. <http://lattes.cnpq.br/1219948004003807>.

³ Acadêmico do V nível do curso de Direito na Universidade de Passo Fundo. Estagiário na 5ª Promotoria Cível da Comarca de Passo Fundo/RS. E-mail: 177521@upf.br.

jogo é a efetividade da Carta Republicana e a própria dignidade de cada cidadão.

1. O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

A Constituição pode ser entendida como a manifestação de um poder que decide a respeito da forma de ser de um Estado. Nas palavras de Michel Temer⁴, “o direito corporificador da sociedade estatal instala-se em um documento denominado Constituição. Nela encontram-se os preceitos identificadores do Estado.” Desse modo, neste documento são encontrados todos os preceitos ordenadores do Estado-soberano.

Neste sentido, o Poder Constituinte, que vocaliza a vontade popular para a elaboração e construção de uma nova ordem constitucional, está umbilicalmente ligado à teoria tridimensional do direito, formulada por Miguel Reale⁵: os fatos havidos no nicho social e histórico de uma determinada sociedade (fato) tornam-se tão relevantes e preponderantes (valor), a ponto de serem normatizados e garantidos pelo Estado através da lei maior (norma). E é com base nestes fatores sociológicos preponderantes que nascem os direitos, sejam eles para limitar o poder estatal ou para fomentarem o assistencialismo estatal.

Veja-se que para Norberto Bobbio⁶, os direitos fundamentais nascem “de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”, justamente porque os fatos relevantes da sociedade variam com o passar do tempo. Assim, os direitos são garantidos pela ordem jurídica quando devem ou podem nascer, de sorte que, sem embargos da necessidade de sua proteção unitária, são divididos em dimensões ou gerações.

A primeira geração de direitos garante a proteção e a liberdade dos cidadãos contra as arbitrariedades do Estado, como a proteção da vida, liberdade, propriedade e participação política. Já na segunda geração, o Estado passa a ter um papel executor para a concretização de um ideal de vida digno, de sorte que estão ligados ao valor da igualdade. É o caso do direito à moradia, alimentação, saúde, lazer e transporte.

Dito isso, em que pese hoje temos que o direito à vida é corolário lógico do direito à saúde, a garantia constitucional ao acesso igualitário, universal e gratuito à saúde, somente foi positivada com a Constituinte de 1988, justamente pelo fato dos preceitos sociais estarem condicionados à realidade de seu tempo⁷ e por indicarem, de certo modo, o contexto histórico e o valor fundante do pacto social. Neste diapasão, entendeu o legislador constituinte de 1988, vocalizando a vontade popular, que a saúde é indissociável do direito à vida, e merece receber a tutela protetiva estatal, através de políticas públicas efetivas, as quais devem garantir a sua proteção, prevenção e recuperação. Assim, determina o artigo 196 da Constituição que a saúde é um direito de todos, a ser garantido pelo Estado (*lato sensu*), e regido pelos princípios da universalidade, igualdade e atendimento integral.

Ao referir que a saúde é um direito de todos, a Carta Política consagrou-o como um direito subjetivo inalienável, assegurado à generalidade das pessoas, pelo qual o Poder Público deve garantir o acesso universal (a qualquer pessoa). Em outras palavras, não pode o Estado desviar-se de sua obrigação político-constitucional de assegurar a integridade física e psíquica dos cidadãos, alegando a Constituição preconizou mera norma programática, incapaz de produzir efeitos. Isso porque, ao ser elevado ao patamar

⁴ MICHEL, T. **Elementos de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 31.

⁵ REALE, M. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

⁶ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

⁷ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 94.

constitucional de direito social fundamental, o direito à saúde está subordinado a autoaplicabilidade prevista no art. 5º, § 1º da Carta da República⁸ e, por este motivo, legitima a atuação da tutela jurisdicional para que seja integralmente respeitado e garantido, de sorte a não transmudar-se “em promessa constitucional inconsequente”⁹.

Portanto, cumpre ao Estado-paternalista garantir o acesso universal e igualitário a todos os brasileiros às políticas públicas desenvolvidas na área da saúde, inclusive contemplando todas as necessidades humanas¹⁰, com fulcro no princípio do atendimento integral (art. 198, II, CF).

Neste viés, a responsabilidade dos Entes federados no cumprimento das obrigações impostas pelo artigo 196 da Constituição é solidária. Tal entendimento embasa-se, substancialmente, no artigo 23, inciso II, da Carta Política, o qual determina que é de competência comum de todos os entes federados “cuidar da saúde e assistência pública”. Inclusive, com recente manifestação da Corte Suprema nesse sentido, ao julgar o Tema 793.

Assim sendo, os usuários têm direito à uma prestação solidária dos entes federados, em decorrência da competência comum estabelecida pela Carta Magna. Posto que, negado ou postergado o direito à saúde na esfera administrativa, poderá o indivíduo demandar judicialmente contra qualquer um dos entes públicos, para ampliar a garantia no cumprimento da obrigação estatal e o tratamento ser efetivo.

Veja-se que, diante de todo o exposto, a Constituição Federal garante, de maneira salutar, não só o direito à saúde, mas também o direito de exigir dos entes estatais o efetivo cumprimento da sua obrigação, através de uma ação judicial, por exemplo, quando negado o cumprimento na via administrativa. A tutela jurisdicional, contudo, conforme analisar-se-á em linhas posteriores, deve zelar pela efetividade do texto legal, observando as peculiaridades de cada caso, a fim de que o acesso universal e igualitário seja, de fato, garantido a todo e qualquer indivíduo e as normas preconizadas no louvável e inovador Título VIII, Capítulo II, Seção II da Carta Política não sejam meramente programáticas, a fim de, teleologicamente, negar a própria força normativa da Constituição e, axiologicamente, a vontade popular emanada através do Poder Constituinte originário.

2. O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO

A dicotomia presente nas relações entre Estado e a efetiva prestação dos direitos sociais é facilmente diagnosticada no tocante a garantia e fornecimento do direito à saúde. Ora, não obstante essa obrigação, é justamente na ausência de seu cumprimento que se expressa o seu processo de judicialização, apesar de que, como outrora já descrevera Norberto Bobbio¹¹, o problema de sua realização não é filosófico, nem moral, tampouco jurídico. Os problemas da efetividade na prestação estatal nos serviços de saúde não se encontram, propriamente, em situações de caráter teleológico, nem nas linhas de um código, doutrina, jurisprudência, ou da própria Constituição; e sim nas situações concretas onde nem tudo o que é desejável e merecedor de ser perseguido é realizável. Para a realização dos direitos, são frequentemente necessárias condições objetivas que não dependem da boa vontade nem das boas disposições dos que os proclamam¹².

⁸ MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 225.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8**. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator. Min. Celso de Mello. Brasília: 12 set. 2000. Segunda Turma.

¹⁰ MARTINS, F. **Curso de direito constitucional**. p. 751.

¹¹ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. p. 24.

¹² BOBBIO, N. **A era dos direitos**. p. 25.

Devido ao reconhecimento das forças normativas presentes em nosso ordenamento, que passaram a ter uma aplicabilidade definitiva, o Poder Judiciário passou a ser provocado para buscar a solução de conflitos referentes a administração pública e assistência à saúde. Esse fenômeno, do ponto de vista de um Estado de Direito, jamais poderia ser considerado negativo, justamente por ratificar a recepção do Judiciário frente as indagações dos direitos sociais, bem como uma maior consciência da população acerca de suas garantias constitucionais.

Infelizmente, há uma outra face dessa moeda. As consequências desse processo podem ser desinteressantes, não somente para as pessoas e entidades envolvidas nos processos particulares, mas para todo um corpo social que tem de arcar com os gastos e a imprevisibilidade da prestação jurisdicional, frutos da proliferação de decisões que não parecem encontrar balizas eficientes para sua padronização.

Ora, essas inconsistências oferecem um risco direto a continuidade da prestação assistencial da jurisdição, uma vez que desorganizam a atividade administrativa, pois interferem diretamente nas decisões inerentes ao processo da alocação dos recursos. Na realidade, o fenômeno da judicialização pode transparecer a existência de um sistema onde decisões do judiciário usurpam competências de tal maneira, que tais sentenças são tidas como invasoras de subsistemas ou epitetadas como típicas decisões que “judicializam a política”¹³.

Outro fator a ser ponderado é que, em todas as situações em que a Constituição tenha recepcionado ou criado direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração, ela de fato estabeleceu instruções normativas diretas que devem ser exigíveis frente ao Poder Público por meio de caminhos eficazes, como por exemplo, as ações constitucionais ou infraconstitucionais. Nessa senda, numa perspectiva positivista, frente a qualquer uma dessas ações que eventualmente possam ser intentadas, é obrigação do judiciário, observando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ter papel ativo quando provocado para que a norma tenha real eficácia, pois dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, visto que, na metodologia positivista, sua vigência está no campo do dever ser e não do ser em si¹⁴.

Acontece que, superado o entendimento positivista como exclusivo, a doutrina pós-positivista leva em conta outros fenômenos, como por exemplo, a colisão entre normas e princípios. Dessa feita, em se tratando especificamente dessa judicialização excessiva, é possível perceber que ela está envolta a uma série de princípios e normas (direitos) que podem ser conflituosos em certos cenários. Veja-se, como exemplo, a separação dos poderes, que é princípio fundamental para o jogo democrático; além deste, o direito à saúde e o direito à vida que, por sua vez, são corolários de um princípio ainda mais fundamental, que é o da dignidade da pessoa humana, que se trata de mandamento de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas¹⁵. Tal situação, nos propõe analisar e atuar frente a uma dicotomia entre esses direitos e princípios para o processo de judicialização.

Nesse diapasão, destaca-se que por mais fundamentais e sociais que determinados direitos possam parecer e, fundamentalmente, o direito à saúde configura-se como um desses, sua efetividade e cumprimento é terrivelmente complicado, pois o consenso geral quanto aos direitos humanos induz a crer que tenham um valor absoluto¹⁶, valor esse que não é encontrado, pois sempre pode haver outra regra ou outro princípio que, eventualmente, possa chocar-se com ele, criando um conflito que deverá ser resolvido,

¹³ STRECK, L. L. **A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição Brasileira e o papel da jurisdição constitucional**: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica, n. 39 p. 1-623. Bauru: Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2004. p. 80.

¹⁴ KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 8.

¹⁵ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

¹⁶ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. p. 24.

como a questão orçamentária.

Ademais, percebe-se que justamente a partir dessa possibilidade de relativização ou ponderação, é que surgem as dificuldades de estabelecer as balizas necessárias para sua efetivação, sendo o processo de judicialização o fruto justamente do distanciamento entre o direito vigente na ordem constitucional e o direito que de fato é vivenciado por um número enorme de pessoas em todo o país.

3. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Todos os direitos possuem um custo para o Estado. Para Cass Sunstein e Stephen Holmes¹⁷, até mesmo os direitos fundamentais de primeira geração possuem uma natureza positiva. Isso se deve ao fato de o Estado executar políticas públicas para a garantia de todo e qualquer direito entabulado pela Constituição. Logo, não seria diferente com o direito à saúde, até porque faz parte da segunda geração de direitos fundamentais.

Desse modo, incumbe ao Poder Público realocar os recursos de acordo com a análise de custos e benefícios para a tutela dos direitos. Tal análise, invariavelmente, espelha-se na valoração que a sociedade atribui aos direitos¹⁸. E, neste ponto, enfatiza-se a ideia valorativa da Constituição (norma), formulada por Miguel Reale. Ora, tal fato explica porque o direito à saúde exige uma prestação do Estado, enquanto o direito à moradia, apesar de garantido, não obriga, diretamente, o Estado à construção de casas aos desabrigados. A sociedade brasileira, representada pelo Poder Constituinte, valorou mormente o direito à saúde em detrimento dos demais direitos sociais, pois entenderam que saúde seria prioridade, tanto que incorporaram, pela primeira vez, um capítulo exclusivo dedicado a este direito social na Constituição Federal. Não obstante, Sunstein e Holmes¹⁹ pregam que, em razão de terem um custo para serem efetivados, os direitos fundamentais e sociais não podem ser considerados absolutos. E, é neste vértice, que a teoria da reserva do possível mostra-se como uma escusa do Estado para desviar-se da imposição Constitucional do dever de prestar saúde na maior parte das demandas judiciais.

A teoria da reserva do possível surgiu no Tribunal Constitucional da Alemanha, na década de 1950, quando aquela Corte admitiu a flexibilização dos direitos fundamentais, caso fossem contra os interesses da comunidade²⁰. Na demanda alemã, alguns estudantes questionaram o fato de não terem sido aceitos na Universidade, em razão do limitado número de vagas. Contudo, ao ser introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria ganhou um escopo totalmente orçamentário. Para os adeptos da reserva do possível, o Estado poderia desviar-se de suas obrigações sociais constitucionais fundamentais, alegando a escassez de recursos e a sua baixa capacidade financeira. Nas palavras de Di Pietro²¹: “os deveres estatais, impostos pelo ordenamento jurídico, devem ser cumpridos na medida em que o permitam os recursos públicos disponíveis.”

Nessa senda, a reserva do possível sustenta que, comprovada a incapacidade financeira objetiva do Estado, deste não se poderá razoavelmente exigir a obrigação constitucional positiva, em razão do referido limite material. Portanto, para que o cidadão obtenha a prestação estatal, é necessário que esta seja

¹⁷ HOLMES, S; SUNSTEIN, C. **The Cost of Rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

¹⁸ GALDINO, F. O custo dos Direitos. In: BARCELLOS, A. P. et. al. **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 196.

¹⁹ HOLMES, S; SUNSTEIN, C. **The Cost of Rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 123.

²⁰ COUTO, R. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 113.

²¹ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 957.

razoável e existam recursos financeiros estatais disponíveis²². Porém, a captação de tributos nunca cessa, de sorte que os recursos estatais jamais serão totalmente exauridos, ou seja, não há um limite material para os recursos públicos. No entanto, há um limite legal: o orçamento público. Assim, em verdade, o que ocorre não é a exaustão do dinheiro público, mas a opção política do legislador/administrador em não tutelar determinado direito através do sistema orçamentário²³. Para Regis Oliveira²⁴, a decisão de como gastar os recursos do governo é uma decisão fundamentalmente política, tendo em vista que o administrador elaborará um plano de ação, o descreverá no orçamento, apontará quais os meios disponíveis para a execução e efetuará o gasto.

Neste íterim, tem-se que o orçamento público é um documento de conteúdo econômico e político, o qual se materializa através de uma lei originária do Poder Executivo e, posteriormente, aprovada pelo Poder Legislativo²⁵. Por esse motivo, e em respeito ao princípio da legalidade da despesa pública, o administrador deve observar as autorizações e limites das leis orçamentárias, sob pena de incorrer em crime de responsabilidade²⁶.

Fato é que o legislador, atento ao ideal político das leis orçamentárias, estabeleceu um piso mínimo a ser despendido pelas três esferas federativas com a área da saúde, dada a sua relevância no plano Constitucional. Inicialmente, a Emenda Constitucional n. 29 vinculou as receitas de impostos da União, Estados e Municípios para o financiamento do direito à saúde e possibilitou a intervenção da União nos Estados e/ou dos Estados nos Municípios em caso de não aplicação do mínimo²⁷. Contudo, os percentuais definidos pela emenda somente foram válidos até 2004.

Em 13 de janeiro de 2012, entrou em vigor a Lei Complementar nº 141, que determinou um investimento mínimo de 12% dos impostos arrecadados aos Estados e 15%, aos Municípios. As disposições referentes à União não estabeleciam nenhum percentual e resguardava eventuais recuos do PIB. Não obstante, com a promulgação da Emenda Constitucional 86/2015, o texto constitucional passou a prever expressamente em seu artigo 198, § 2º, inciso I, a vinculação de, no mínimo 15% da receita corrente líquida da União para o financiamento de políticas voltadas à saúde.

Contudo, mesmo vinculando parte do orçamento, verifica-se que os recursos aplicados não são suficientes para a alta demandado Sistema Único de Saúde. Para a concretização efetiva do direito à saúde, ainda é necessário ao contribuinte dispender toda a sua paciência e força de vontade ajuizando uma demanda judicial, que, reconhecerá (ou ao menos deveria reconhecer) o direito pleiteado, pois se trata de dever máximo do Estado. Neste viés, para Leny Pereira da Silva²⁸, a lei orçamentária não impede o Poder Judiciário de ordenar que o Poder Executivo realize determinada despesa para fazer valer determinado direito constitucional. Inclusive, o julgador, entre fazer prevalecer um interesse orçamentário e secundário

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: 29 abr. 2004.

²³ GALDINO, F. **O custo dos Direitos**. p. 213.

²⁴ OLIVEIRA, R. F. de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 243.

²⁵ ABRAHAM, M. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 283.

²⁶ MÂNICA, F. B. Teoria Da Reserva Do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, Salvador, n. 21, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=426>. Acesso em: 15 ago. 2020. p. 4.

²⁷ CAMPELLI, M. G. R.; CALVO, M. C. M. O cumprimento da Emenda Constitucional no. 29 no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, vol. 23, n. 7. p. 1613-1623, jul. 2007.

²⁸ SILVA, L. P. **Direito à Saúde e o Princípio da Reserva Do Possível**. Monografia (Pós-Graduação em Direito Público). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acesso em: 16 ago. 2020. p. 18.

do Estado, e o direito à vida e à saúde, deve fazer prevalecer o último, por questão ético-jurídica²⁹.

Logo, por vias de evitar o procedimento moroso e custoso da tutela jurisdicional, exigir-se-ia apenas a vontade política do legislador e administrador em remanejar o orçamento àquilo que é determinado pelos preceitos da Carta Política, por fins de tutelar o direito à saúde de forma integral já na própria esfera administrativa, ou, caso contrário, o Estado-juiz, independentemente de qualquer escusa orçamentária, o reconhecerá através de uma sentença condenatória. Veja-se que não está a se negar uma eventual incapacidade financeira do Estado em suportar todas as demandas que a Constituição lhe impõe, mas sim está-se a afirmar que a força valorativa da Constituição não permite a invocação da reserva do possível para eximir o Estado do seu dever primordial em assegurar a saúde e, conseqüentemente, a vida.

Nas palavras de Duciran Farena³⁰, não se pode deixar que a reserva do possível se converta “em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, 30 na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais”. Se os cidadãos financiam a atividade estatal, é da máxima obrigação do Estado ofertar políticas públicas essenciais ao povo, por meio da adequada gestão orçamentária, tendo em vista que o poder existe para os direitos fundamentais, e não o contrário.

4. RESPONSABILIDADE ESTATAL POR OMISSÃO NO SERVIÇO DE SAÚDE

O contrato social, celebrado para a ratificação da sociedade civil e criação do Estado, surge, segundo John Locke³¹, na união dos indivíduos para a mútua conservação de suas vidas, liberdades e bens. Tal concepção, gize-se, é bem definida pelo art. 37, §6 da Carta da República, onde gravita a ideia da responsabilidade civil estatal frente aos seus cidadãos, de maneira a responsabilizar o Estado pelas ações ou omissões que, eventualmente, violem o pacto para o qual fora criado. Nessa concepção, não seria possível que o ente estatal buscasse se imiscuir de sua responsabilidade quanto a efetivação do direito à saúde, dada a força normativa constitucional que lhe cabe. Inclusive, as decisões nos tribunais do país vêm no sentido de afirmar que hipóteses e teorias como a da reserva do possível, não podem ser usadas para dificultar ou negligenciar a implementação de ações políticas definidas pela própria Constituição.

Vejam, por exemplo, o julgamento de Ação Civil proposta no STF, onde o Ministro Ricardo Lewandowski³² afirmou que, salvo os casos em que há justo motivo, ideias como a reserva do possível não podem ser invocadas, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, pois poderiam resultar aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Noutro caso, em decisão proferida pelo Ministro Herman Benjamin³³ consignou-se que, infelizmente, muitas vezes a escusa da limitação de recursos orçamentários serve de biombo para esconder a vontade do administrador em optar pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade.

De tal maneira, por mais que possam parecer válidas as alegações acerca das restrições no

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 938.642**. Agravante: União. Agravado: Estado do Paraná e Ministério Público Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: 17 mai. 2016. Segunda Turma.

³⁰ FARENA, D. V. M. A Saúde na Constituição Federal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública**, n. 4, 1997, p. 12-14. p. 12.

³¹ LOCKE, J. **Dois Tratados sobre o Governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 491.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 685531**. Recorrente: Município de Rio Branco. Recorrido: Ministério Público do Estado do Acre. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília: 04 fev. 2013.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.068.731**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido : Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília: 17 fev. 2011. Segunda Turma.

orçamento, as normas constitucionais estão no plano do ser, e não apenas no dever-ser. Portanto, não é facultado ao agente estatal a possibilidade ou não de garantir materialmente a eficácia do direito à saúde, visto que, se isso ocorresse, estar-se-ia negando a efetividade da norma fundamental, solapando garantias que são dever do Estado.

Aliás, considerando a dimensão política da jurisdição constitucional, não poderiam as cortes se eximirem de sua responsabilidade de tornar efetivos os direitos sociais que se identificam com as liberdades positivas ou concretas. D contrário, restaria comprometida toda a eficácia da ordem constitucional, bem como sua integridade, motivada por inaceitável escusa governamental no cumprimento de suas prestações.

Efetividade significa realizar o Direito, fazendo prevalecer os valores por ele tutelados³⁴. O intérprete constitucional precisa observar a indutibilidade daquilo que fora positivado pelo legislador na Carta da República, tendo compromisso com sua eficácia e realização. Nesse sentido, entre interpretações alternativas e plausíveis, deve o intérprete prestigiar a que permita uma atuação da vontade constitucional sobre questões cujo o argumento seja da não-auto-aplicabilidade da norma ou omissões do legislador. Nesse diapasão, não é aceitável qualquer ação ou omissão estatal que implique em retrocesso frente aos direitos sociais conquistados. O próprio princípio da proibição do retrocesso veda esse tipo de ação, pois traz em seu âmago a ideia de estabelecer níveis que, uma vez atingidos, não podem ser ulteriormente reduzidos ou esquecidos pelo Estado.

Para Canotilho³⁵, por mais verdadeira que seja a ideia de que o princípio do não retrocesso nada pode fazer frente as situações econômicas, também é verdade que ele limita a possibilidade de reversibilidade de direitos já adquiridos. Portanto, seriam inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, não efetuando a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, acabam se traduzindo na prática numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. Por fim, não se pode olvidar do chamado “mínimo existencial”. Essa noção, oriunda de preceitos constitucionais positivados no art. 1º, III e 3º, III, compreende um complexo de prerrogativas asseguradas à pessoa, que são capazes de garantir uma existência digna principalmente no que tange as prestações positivas delegadas ao Estado.

Os direitos sociais de cunho prestacional encontram-se a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade a um mínimo existencial para assegurar uma vida com dignidade³⁶. Por isso, somente depois de atendido o mínimo existencial é que se pode cogitar a efetivação de outros gastos.

Portanto, há uma responsabilidade direta do Estado frente a efetivação de direitos sociais fundamentais. Alegar, simplesmente, obstáculos materiais para o cumprimento da obrigação prestacional não é suficiente. O planejamento feito com a verba pública deve observar com primazia direitos sociais para fornecer a eles efetividade necessária, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana, visto que sua mera existência no texto constitucional não faz sentido senão para que sejam respeitados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível compreender as principais ideias no que diz respeito ao direito social fundamental a saúde, bem como o processo de judicialização a ele ligado, e o dever estatal de cumprir com

³⁴ BARROSO, L R. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 374.

³⁵ CANOTILHO, J.J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Almedina, 1998, p. 320.

³⁶ SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 110.

o mandamento constitucional. De tal modo que, uma vez sendo mandamento de aplicabilidade imediata, deve ser garantida por meio de políticas públicas que assegurem sua efetivação.

Infelizmente, é nas constantes faltas ou omissões do Poder Público que ocorre um aumento crescente na demanda judicial por esse direito. A ausência de diretrizes específicas sobre o direito à saúde, permite a interferência do Judiciário frente a essas questões, atuando forte no intuito de fazer valer o texto constitucional.

Acontece que, além de escancarar as falhas do sistema, esse processo de judicialização acarreta em situações mais complexas que podem, muitas vezes, escapar dos olhos dos Magistrados. O Judiciário, por ocasião de sua atuação, recebe críticas devido ao entendimento equivocado de alguns, que estaria havendo um ativismo judicial demasiado, usurpando competências do Poder Executivo e violando sua independência. Ao mesmo passo, o Executivo, por vezes, busca justificar a falta da efetivação do direito à saúde por meio de argumentos orçamentários que, por óbvio devem ser considerados, mas não de modo a livrá-lo das responsabilidades inerentes ao ente estatal.

Nesse ínterim, é fundamental uma união entre Judiciário e Executivo, para estabelecer parâmetros eficazes capazes de frear esse processo de judicialização. Assim, por parte do judiciário, seria fulcral a conscientização da lógica dos programas e políticas para a alocação de recursos disponíveis na saúde, para que o direito de uns não acabe solapando o direito de outros. Já ao Executivo, parece ser fundamental uma maior transparência, efetividade e responsabilidade com o contribuinte, para que um direito tão fundamental seja oferecido ao menos com um padrão suficiente para fornecer dignidade ao cidadão.

Portanto, o caminho para se chegar em uma decisão justa passa, sem dúvida, por um Judiciário forte na observância da Constituição, buscando efetivar direitos, mas sem permitir que acabem por solapar outros, ao passo de um Executivo centrado, firme na garantia de condições dignas para seus cidadãos. Do contrário, corre-se o risco de um processo tão necessário para o estado de direito, tornar-se irreversivelmente excessivo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRAHAM, M. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, L R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, L R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, L R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, D. C. L.; UGA, M. A. D. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, Jan. 2010.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.068.731**. Recorrente : Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido : Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília: 17

fev. 2011. Segunda Turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8**. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator. Min. Celso de Mello. Brasília: 12 set. 2000. Segunda Turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 938.642**. Agravante: União. Agravado: Estado do Paraná e Ministério Público Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: 17 mai. 2016. Segunda Turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: 29 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 685531**. Recorrente: Município de Rio Branco. Recorrido: Ministério Público do Estado do Acre. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília: 04 fev. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada 238**. Autor: Município de Palmas/TO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília: 28 nov. 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 70033303207**. Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza. Porto Alegre: 16 nov. 2009. Vigésima Segunda Câmara Cível.

CAMPELLI, M. G. R.; CALVO, M. C. M. O cumprimento da Emenda Constitucional nº. 29 no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, vol. 23, n. 7. p. 1613-1623, jul. 2007

CANOTILHO, J.J. G. Direito constitucional e teoria da constituição. 2. ed. Almedina, 1998.

COUTO, R. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FARENA, D. V. M. A Saúde na Constituição Federal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública**, n. 4, 1997, p. 12-14.

GALDINO, F. O custo dos Direitos. In: BARCELLOS, A. P. et. al. **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 139-222.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, J. **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MÂNICA, F. B. Teoria Da Reserva Do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, Salvador, n. 21, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=426>. Acesso em: 15 ago. 2020.

MARTINS, F. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva

Educação, 2019.

MICHEL, T. **Elementos de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

REALE, M. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

SARLET, I. W. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO D. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, L. P. **Direito à Saúde e o Princípio da Reserva Do Possível**. Monografia (Pós-Graduação em Direito Público). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acesso em: 16 ago. 2020.

STRECK, L. L. A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição Brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão Jurídica, n. 39 p. 1-623. Bauru: Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2004.

TSUTIYA, A. M. **Curso de direito da seguridade social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RACIONALIDADE AMBIENTAL E DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE: O DIREITO AMBIENTAL FRENTE A APROPRIAÇÃO INDEVIDA DOS RECURSOS NATURAIS NA FLORESTA AMAZÔNICA

Gabriel Lima Mendes¹

Cassiane Fortes²

Luiz Ernani Bonesso de Araújo³

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de estudar sobre a racionalidade ambiental e as dimensões da sustentabilidade associadas à apropriação capitalista e indevida dos recursos naturais ocasionada pelo incentivo do consumo exacerbado impulsionado pelas grandes corporações na Floresta Amazônica diante de uma análise do período do último ano.

Dessa forma, pretende-se responder a seguinte problemática: em que medida o direito ambiental por meio da racionalidade ambiental pode garantir um meio ecologicamente equilibrado frente a cultura do consumismo exacerbado dos recursos naturais na Amazônia?

Para enfrentar esse questionamento, o presente estudo tem por objetivo demonstrar o papel das multidimensões da sustentabilidade em detrimento da dicotomia entre a racionalidade ambiental dos recursos naturais frente a apropriação capitalista exacerbada dos recursos da floresta Amazônica. O presente estudo tem como teoria de base a matriz epistemológica Sistêmico-Complexa, pois visa romper as barreiras disciplinares e desenvolver uma pesquisa embasada num conhecimento científico transdisciplinar. Visa-se comunicar, assim, as diversas áreas de conhecimento em sinergia com diferentes sistemas, tais como: o direito, a economia, a política, a ecologia e a sociologia e a biologia. Para tanto, este presente trabalho tem como base o método dialético, uma vez que visa trabalhar com o contraponto gerado pela busca da racionalidade ambiental dos recursos frente a apropriação capitalista exacerbada dos recursos naturais da Amazônia. A partir disso, quanto ao método de procedimento a ser utilizado será a pesquisa bibliográfica, com ênfase na utilização da análise documental, livros e periódicos. Por último, no que se refere às técnicas de pesquisa serão utilizadas em conjunto através do emprego de resumos e fichamentos.

O presente artigo divide-se em três seções. Na primeira, realizar-se-á uma breve análise sobre os conceitos do direito ambiental da biodiversidade e da racionalidade ambiental. Na segunda, confrontar-se-á o primeiro capítulo com intuito de apresentar os aspectos negativos do esgotamento de recursos naturais na floresta amazônica ocasionado pelo incentivo das grandes empresas no consumo desenfreado. Na última, verificar-se-á o resultado gerado da confrontação das duas primeiras seções: demonstrar o papel e

¹ Discente do Programa de Pós-Graduação (stricto sensu, mestrado) em Direito da Universidade Federal de Santa Maria/RS (UFSM). Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade (GPPIC), vinculado a Universidade Federal de Santa Maria/RS (UFSM). Advogado inscrito na OAB/RS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: gabrielmendes.advocacia@gmail.com.

² Discente do Programa de Pós-Graduação (stricto sensu, mestrado) em Direito da Universidade Federal de Santa Maria/RS (UFSM). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade da UFSM. E-mail: cassianefortes08@gmail.com.

³ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1997). Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF - RS. Professor Titular aposentado da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM - RS. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade - GPDS - UFSM. E-mail: luiz.bonesso@gmail.com.

a importância da das multidimensões da sustentabilidade diante do enfrentamento dessa relação dicotômica.

1. CONCEITOS DE UM MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E O PAPEL DA BIODIVERSIDADE NA BUSCA PELA RACIONALIDADE AMBIENTAL

O presente capítulo tem o escopo de analisar o caminho até se chegar na racionalidade ambiental e para isso abordará primeiro a proteção legal do direito ambiental, chegando até os aspectos que tangem à variedade da vida no planeta, pautando-se para as questões que tangem à manutenção da biodiversidade com ênfase na floresta amazônica. Ademais, nesta seção há de se detalhar como tese deste estudo, firmar os conceitos acima citados, bem como salientar a sua importância para a manutenção do equilíbrio do meio ambiente.

Nesse enfoque, importante contextualizar o seguinte cenário atualmente acometido nos últimos anos na floresta amazônica. Depreende-se, analisar o fato de que as atividades antrópicas no meio, seja o modo de vida não ecológico usufruído pela sociedade, a forma de exploração predatória, a derrubada de florestas nativas, queimadas, perda de espécies de fauna e flora, hábitos de consumo selvagem, que incentivam cada vez mais a exportação de madeira ilegal, o uso irracional da água, a poluição e o desmatamento são alguns exemplos de condutas humanas que vêm impactando negativamente no meio ambiente na floresta amazônica, permeados pelas atividades econômicas e que, conseqüentemente, irão acarretar no esgotamento de recursos.

Com isso, passa-se a questionar a problemática sistêmica envolvida dada, também, a sua complexidade. Em outras palavras, “todas as atividades econômicas causam impacto sobre a sociedade e o meio ambiente e, portanto, geram custos sociais e ecológicos. A economia convencional trata esses, por mais volumosos que sejam, como circunstâncias exteriores”⁴.

Esses custos sociais e ecológicos acabam, na maioria das vezes, sendo automaticamente repassados pelo sistema para a população em geral, para o ambiente e para as gerações futuras. Mais do que isso, esses avanços, ocasionalmente, são comprometidos pela devastação ambiental, ocasionando severos prejuízos à natureza. Isso tudo, por conseguinte, afeta as questões que envolvem o equilíbrio do meio, assim como impactando diretamente nas questões que tangem à sociobiodiversidade, e à diversidade biológica na floresta amazônica.

Desse modo, passa-se a detalhar e conceituar os institutos do direito ambiental. Édis Milaré ensina que esse ramo do direito “é um complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do meio-ambiente em sua dimensão global, visando a sustentabilidade para as presentes e futuras gerações”⁵.

Com a atual situação acerca dos desafios que o direito possa enfrentar em relação à manutenção equilibrada e sustentável da natureza frente a apropriação indevida capitalista dos recursos naturais na Amazônia, observa-se a influência econômica e política que vem permeando a seara jurídica (portanto, trata-se de um problema sistêmico), fazendo com que haja necessidade de um efetivo diálogo de saberes, utilizando-se de mecanismos que evitem impactos lesivos à natureza.

A Carta Magna, nesse sentido, demonstra a proteção ao meio ambiente em muitos dos seus dispositivos. O artigo 23 da Constituição Federal trata da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a saber: “VI - proteger o meio-ambiente e combater a poluição em

⁴ CALLENBACH, Ernest. et al. **Gerenciamento ecológico**. São Paulo: Cultrix, 1995, p. 39.

⁵ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 109.

qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; [...]”. Dentre muitos outros aparatos constitucionais sobre o meio ambiente, destaca-se o artigo 225, dispondo da seguinte forma: “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”⁶.

Assim, após necessária análise jurídica realizada, evidenciam-se que os dispositivos constitucionais positivados não bastam para a garantia de um meio ambiente equilibrado e sadio, mas sim, o que se denota na prática é o contrário disso. Desse modo, demonstra necessário antes analisar questões conceituais a respeito da biodiversidade, uma vez que ao compreender esses elementos, bem como a sua devida importância para o meio, facilitará a busca pela defesa de se visar uma maior proteção ambiental, ou melhor, para se traçar um caminho efetivo na caminhada para uma nova racionalidade ambiental.

A sustentabilidade almejada, logo, não visa apenas o benéfico do meio ambiente, mas da sociedade como um todo. O desenvolvimento sustentável não implica apenas em minimizar os danos que os empreendimentos humanos geram no meio ambiente. Mas provoca, certas vezes, em se tomar a decisão política de se impedir ou limitar um empreendimento (leia-se exploração e exportação ilegal de madeira na Amazônia), em nome da proteção solidária do bem-estar presente e futuro. Nessa perspectiva, segundo Coelho:

Em suma: a sustentabilidade não implica apenas em minimizar os danos que os empreendimentos humanos geram no meio ambiente; implica, certas vezes, em se tomar a decisão política de se impedir ou limitar um empreendimento, em nome da proteção solidária do bem-estar presente e futuro. Como já foi dito a sustentabilidade não visa apenas o benéfico do meio ambiente. Na verdade, o meio benefício de ações sustentáveis para a Constituição Federal é o próprio ser humano⁷.

Dessa forma, torna-se imprescindível não só uma proteção jurídica acerca das questões que envolvam o meio ambiente ecológico e sustentável, mas também buscar novas ações sustentáveis por meio de novas estratégias de reapropriação da natureza, buscando abrandar as práticas de consumismo exacerbado, que afetam diretamente no esgotamento de recursos naturais. Mais do que isso, busca-se compreender esses fatores por meio da sustentação de uma nova racionalidade ambiental, como propõe Henrique Leff, com o propósito de se pensar novas possibilidades para uma técnica jurídico-ambiental e uma ecologia política eficientes e capazes de perceber a necessária multidimensionalidade presente no conceito de sustentabilidade, bem como novas formas de impactar na sociedade no sentido de reduzir esses custos ecológicos.

Nesse sentido, Henrique Leff explana a racionalidade ambiental, conceitualmente, como sendo aposta em uma política da diferença está levando à reinvenção de identidades culturais e à elaboração de novas estratégias de reapropriação da natureza, assim, nas suas palavras, corrobora-se o seguinte:

A diversidade que rompe a hegemonia de uma lógica unitária e vai mais além de uma estratégia de inclusão e participação de visões alternativas e racionalidades diversas, cujas diferenças seriam canalizadas por uma racionalidade comunicativa para fazê-las convergir em um "futuro comum". Nesse

⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 dez. 2020.

⁷ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. **A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social**: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 39: 261-291, de 2011. Disponível em: <http://www.revista.fadir.ufu.br/viewissue.php?id=7>. Acesso em: 07 out. 2020, p. 271.

sentido, a aposta em urna política da diferença está levando à reinvenção de identidades culturais e à elaboração de novas estratégias de reapropriação da natureza ⁸.

Vale mencionar, diante desse pretexto que visa buscar a manutenção da sustentabilidade, bem como à proteção da biodiversidade através do papel racionalidade ambiental, denotar, nesse contexto, que a diversidade biológica tem que ser encarada como um recurso global que deve ser defendido e preservado. Nesse mesmo caminho, explana Wilson, que trabalha a situação atual da diversidade biológica em sua obra, nos seguintes termos:

A diversidade biológica tem que se ser tratada mais seriamente como um recurso global, para ser registrada, usada e, acima de tudo, preservada (...). (...) Grande parte da diversidade está se perdendo irreversivelmente através da extinção causada pela destruição de habitats naturais, também de forma mais acentuada nos trópicos. De maneira geral, estamos presos numa corrida. Temos que nos apressar em adquirir o conhecimento sobre o qual basear uma política sábia de conservação e desenvolvimento para os séculos que estão por vir ⁹.

Dessa forma, fica evidente que a questão ambiental deve inaugurar uma nova racionalidade, qual seja: pautar-se por uma racionalidade ambiental que não seja uma ecologização do pensamento nem um conjunto de normas e instrumentos para o controle da natureza e da sociedade, e sim, para uma eficaz administração do ambiente. A racionalidade ambiental, dessa forma, orienta uma práxis a partir da subversão dos princípios que ordenaram e legitimaram a racionalidade teórica e instrumental da modernidade¹⁰.

Diante desse cenário, pensar em uma nova racionalidade ambiental com propósito de abordar a problemática ambiental como sistêmico-complexa, por meio também do diálogo de saberes com outras áreas do conhecimento se urge necessária. Todavia, essa tese acima denotada se defronta em colisão com dicotomia de se primar pela manutenção do meio ambiente sustentável frente a relação das grandes empresas que propulsionam um consumo exacerbado, fazendo com que o a sociedade tenha uma visão mecanicista da natureza.

2. A APROPRIAÇÃO INDEVIDA DOS RECURSOS NATURAIS NA FLORESTA AMAZÔNICA DIANTE DA VISÃO MECANICISTA DA NATUREZA POR CONTA DAS GRANDES CORPORações

No presente capítulo, após relacionarmos a importância do meio ambiente sustentável e equilibrado, pautado pela importância da manutenção da biodiversidade e de uma nova racionalidade ambiental. No entanto, diante do cenário preocupante retratado do esgotamento de recursos naturais, perante as diversas condutas antrópicas irracionais citadas na floresta amazônica, somada à perda da biodiversidade ocasionada por esses fatores é que se chega no objeto deste segundo capítulo.

A presente antítese desta seção visa trabalhar o aspecto denotado pelas grandes corporações que muito contribuem para a propulsão do esgotamento dos recursos naturais na floresta amazônica, bem como atrelam o meio ambiente sob o aspecto de uma visão mecanicista sob a ótica de recursos ilimitados.

⁸ LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental**: a reapropriação social da natureza. Trad. Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 376.

⁹ WILSON, Edward O. **A Criação**: como salvar a vida na terra. Trad. Isa Mara Lando. São Paulo, Companhia das Letras, 2008, p. 3.

¹⁰ LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental**: a reapropriação social da natureza. Trad. Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 388.

Diante do evidente cenário de perda de biodiversidade no planeta, muito justificada pela forma com que a sociedade atual vem se utilizando de modo irracional dos recursos naturais, da forma de vida insustentável, da exploração predatória, queimadas e exportação ilegal de madeira da floresta Amazônica, chega-se na questão dicotômica de um paradigma conflitante acerca da biodiversidade. Nesse sentido, Vandana Shiva explica o padrão acima retratado de forma preocupante nos seguintes termos:

Existem dois paradigmas conflitantes da biodiversidade. O primeiro é mantido pelas comunidades locais, cuja sobrevivência e sustentabilidade estão ligadas ao uso e conservação da biodiversidade. O segundo é mantido pelos interesses comerciais, cujos lucros estão ligados à utilização da biodiversidade global como insumos de sistemas de produção globais, centralizados e homogêneos ¹¹.

Dessa forma, importa destacar o contexto atual retratado da Floresta Amazônica diante de todo esse cenário retratado anteriormente, pautando-se pelo aspecto de como o homem e as grandes corporações estão agindo a favor da degradação dos recursos naturais. Nesse contexto, a área desmatada na Amazônia foi de 11.088 km² entre agosto de 2019 e julho de 2020, de acordo com números oficiais do governo federal divulgados, em 30 de novembro de 2020, pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE). De acordo com o INPE, trata-se de um aumento de 9,5% em relação ao período anterior (agosto de 2018 a julho de 2019), que registrou 10.129 km² de área desmatada ¹².

Diante desse lamentável cenário, a diversidade das plantas está diminuindo, espécies tanto da fauna e flora estão drasticamente sendo perdidas. Nesse mesmo raciocínio, Junges, da mesma forma, assevera que as questões que tangem à redução da biodiversidade, bem como associa isso com o modo irracional de consumo, atrelado ao desenvolvimento econômico selvagem, denotam que diminuição da diversidade biológica é proporcional à diminuição da diversidade cultural. Por isso, nas palavras do autor acima referenciado “é necessário fazer a mediação entre sistemas ecológicos e socioculturais, estudando a compatibilidade entre conservação da biodiversidade e formas sustentáveis de desenvolvimento econômico-social” ¹³.

Diante essa relação já evidente neste segundo capítulo, insta mencionar, de plano, para os aspectos que norteiam o funcionamento dessas grandes empresas, bem como a forma mecanicista dessas corporações enxergarem os recursos naturais, com propósito claramente econômicos. Mais adiante, a fim de que se possa chegar a uma nova tese na terceira seção, com o escopo de buscar uma possível medida ou forma de amenizar os contornos insustentáveis denunciados nesta seção. Dessa forma, urge salientar acerca das ações praticadas pelas grandes empresas no caminho da destruição ambiental, já retratadas na realidade atual que a floresta amazônica se depara, segundo o Atlas do Agronegócio:

Apesar do seu poder abrangente, até agora os gigantes do complexo agroindustrial prestaram pouca atenção ao impacto das suas ações no resto do mundo. Eles precisam começar a tratar de questões como a fome, as mudanças climáticas, o desperdício, a sustentabilidade, a saúde e as doenças, o bem-estar animal, bem como da justiça socioambiental. Atualmente estas organizações e instituições exercem mais pressão do que nunca nas corporações globais, exigindo mudanças nos modos de produção, as abordagens de marketing e nas operações de aquisição, que têm sido utilizadas nos últimos 150 anos ¹⁴.

¹¹ SHIVA, Vandana. **Biopirataria: A pilhagem da natureza e do conhecimento**. Rio de Janeiro: Vozes, 2001, p. 146.

¹² DANTAS, Carolina. Desmatamento na Amazônia cresce 9,5% em um ano e passa de 11 mil km², aponta Inpe. g1-globo. Brasília. 30 nov. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2020/11/30/amazonia-teve-11-mil-km-de-desmatamento-entre-agosto-de-2019-e-julho-de-2020-aponta-inpe.shtml>. Acesso em: 03 dez. 2020.

¹³ JUNGES, José Roque. **(Bio) Ética Ambiental**. Editora UNISINOS, São Leopoldo, 2010, p. 53.

¹⁴ FUNDAÇÃO HEINRICH BÖLL; FUNDAÇÃO ROSA LUXEMBURGO. **Altas do agronegócio: fatos e números sobre as corporações que controlam o que comemos**. Maureen Santos, Verena Glass, organizadoras. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2018, p. 11.

Nesse cenário, com o propósito de contrastarmos esses aspectos que retratam o consumo desenfreado pela lógica estritamente de mercado frente a racionalidade ambiental como ponto de fuga, vale destacar que essas grandes corporações propulsionam o desmatamento na floresta amazônica, bem como coadunam com as práticas de exploração e exportação de madeira ilegal.

Nesse contexto, nas palavras de Bakan acerca dessas gigantes industriais, “é improvável que a corporação seja a primeira instituição dominante que desafia a história. Ela não conseguiu resolver, e na verdade agravou, alguns dos problemas mais prementes do mundo: a pobreza, a guerra, a destruição do meio ambiente, as doenças (...)”¹⁵.

Nesse sentido, importante antes de relacionarmos os aspectos do consumo desenfreado, bem como ao que tange à ligação da apropriação indevida dos recursos naturais por parte das grandes corporações na floresta Amazônica, convém trabalhar conceitualmente o significado do termo “consumir” a fim de demonstrar melhor a relação que se busca explicar. Nas suas palavras, Canclini aduz que consumir costuma estar associado a gastos inúteis e com pulsões irracionais, a saber:

Uma zona propícia para comprovar que o senso comum não coincide com o bom senso é o consumo. Na linguagem corriqueira, consumir costuma ser associado a gastos inúteis e com pulsões irracionais. Esta desqualificação moral e intelectual se apoia em outros lugares comuns sobre a onipotência dos meios de massa, que iniciaram as massas a se lançarem irrefletidamente sobre os bens¹⁶.

Assim, perceber-se que o consumo é o conjunto de processos socioculturais em que se realizam a apropriação e os usos dos produtos. Essa caracterização ajuda a enxergar os atos pelos quais consumimos como algo mais do que simples exercícios de gostos, caprichos e compras irrefletidas, segundo os julgamentos moralistas, ou atitudes individuais, tal como costumam ser explorados pelas pesquisas de mercado, ou melhor, o consumo é compreendido sobretudo pela sua racionalidade econômica¹⁷.

Desse modo, a partir da construção da percepção de que os atuais padrões de consumo estão nas raízes da crise ambiental tanto os hábitos consumistas irracionais, retratados pelo desejo social de consumir de modo insustentável e descartável, quanto ao incentivo das grandes empresas em ofertar produtos oriundos de exploração ilegal, auxiliam na degradação do ambiente, com a conseqüente devastação da natureza com um todo. Tudo isso, na verdade, está diretamente relacionado com a visão mecanicistas dos recursos naturais e, também, é visto como um símbolo da performance bem-sucedida das economias capitalistas modernas, que só corroboram com o esgotamento dos recursos naturais, em especial, com a destruição que vem ocorrendo na floresta Amazônica.

Nesse mesmo contexto evidenciado, importa mencionar as sábias palavras de Portilho, que vão justamente ao encontro do exposto denunciado acima no sentido de que os padrões de consumo estão nas raízes da crise ambiental:

A abundância dos bens de consumo continuamente produzidos pelo sistema industrial é considerada, frequentemente, um símbolo da performance bem-sucedida das economias capitalistas modernas. No entanto, esta abundância passou a receber uma conotação negativa sendo objeto de críticas que consideram o consumismo um dos principais problemas das sociedades industriais modernas. A partir

¹⁵ BAKAN, Joel. **A corporação**: a busca patológica por lucro e poder. Tradução Camila Werner - São Paulo. Novo Conceito Editora. 2008, p. 169.

¹⁶ CANCLINI, Néstor G. **Consumidores e cidadãos**: conflitos multiculturais da globalização. Tradução: Maurício Santana Dias. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006, p. 59.

¹⁷ CANCLINI, Néstor G. **Consumidores e cidadãos**: conflitos multiculturais da globalização. Tradução: Maurício Santana Dias. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006, p. 61-62.

da construção da percepção de que os atuais padrões de consumo estão nas raízes da crise ambiental¹⁸.

Vale lembrar o pensamento que ratifica o que já foi evidenciado até o presente momento, nas palavras de Capra, que também caminha no mesmo sentido das reflexões abordadas nesta seção. Assim, mais uma vez, a associação entre o desenvolvimento econômico, o incentivo da indústria comercial ao consumo exacerbado, todo isso acarreta diretamente no e esgotamento de recursos naturais do globo terrestre, em específico na Amazônia. Do mesmo modo, o referido autor acima sintetiza o seguinte:

Além de ser adotada por juristas e advogados, a visão de mundo mecanicista da modernidade ainda prevalece entre líderes empresariais e políticos. Em particular, eles buscam implacavelmente a persistente ilusão de eterno desenvolvimento econômico em um planeta de recursos limitados, promovendo um consumo excessivo e uma economia descartável, que faz uso intensivo de energia e recursos e, ao fazê-lo, gera desperdício, poluição e esgotamento dos recursos naturais da Terra¹⁹.

Portanto, diante do entendimento da existência de uma visão mecanicista por parte da sociedade e das grandes corporações ao que tangem os recursos naturais, forma essa de ver o mundo que propulsiona na conseqüente perda da fauna e flora com o acarretamento da redução da biodiversidade do bioma amazônico. Destarte, importante se elucidar para a transformação do pensamento anterior em uma visão que paute para se pensar nos aspectos das dimensões da sustentabilidade, que será demonstrada na próxima seção.

3. AS MULTIDIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE COMO PROPULSORAS DO EQUILÍBRIO AMBIENTAL DIANTE DA VISÃO MECANICISTA DOS RECURSOS NATURAIS

Feitas as considerações acerca da proteção legal do direito ambiental, chegando até os aspectos que tangem à racionalidade ambiental, no primeiro capítulo. Por outro lado, na segunda seção, levou-se em conta o preocupante retrato do esgotamento de recursos naturais na floresta Amazônica, diante das diversas condutas antrópicas irracionais levantadas, embasadas por meio de uma visão mecanicista do meio ambiente. Diante das teses dicotômicas lembradas acima, as quais resultam no objeto deste terceiro capítulo, o qual caminha com o propósito de responder a seguinte questão: em que medida o direito ambiental por meio da racionalidade ambiental pode garantir um meio ecologicamente equilibrado frente a cultura do consumismo exacerbado dos recursos naturais na Amazônia?

Para enfrentar esse questionamento, o alerta problematizado acima é concatenado nas seguintes palavras de Spínola:

O modelo de progresso difundido atualmente, que estimula um consumo exagerado e que mercantiliza os recursos naturais é insustentável e precisa ser revisto. Esse modelo de desenvolvimento excessivamente consumista é altamente impactante tanto do ponto de vista social como ambiental. É por isso que a grande questão que se coloca hoje em dia é a busca de um novo modelo de desenvolvimento e de consumo que não cause tantos impactos no meio ambiente, que seja ecologicamente sustentável e que promova uma melhor distribuição da riqueza no mundo. Para adotar a ética da vida sustentável, os consumidores deverão reexaminar seus valores e alterar seu comportamento. A sociedade deverá estimular os

¹⁸ PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, consumo e cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005, p. 67.

¹⁹ CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. Tradução Jeferson Luiz Camargo – São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p. 13.

valores que apoiem esta ética e desencorajar aqueles incompatíveis com um modo de vida sustentável ²⁰.

Assim, nas palavras de Leff, a crise ambiental foi associada ao fracionamento do conhecimento. Dessa maneira, a compreensão do mundo atual reclamou um pensamento da complexidade para reintegrar os membros mutilados ao corpo da ciência. A interdisciplinaridade e a teoria de sistemas emergem como dispositivos metodológicos para a constituição de um saber holístico. Esses novos enfoques procuram reintegrar as partes fragmentadas de um todo de conhecimento ²¹.

Nesse sentido, têm-se avançado significativamente os estudos acerca da importância de produzir o desenvolvimento realmente integrado, isto é, social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político, a fim de se chegar nas várias dimensões sustentabilidade, ou melhor, de modo sistêmico. Dessa maneira Sachs explana:

Não se nega a importância da questão ambiental, mesmo porque, como visto, foi o principal ponto de partida para chegarmos ao atual conceito de sustentabilidade, porém, o desenvolvimento sustentável não se restringe a aspectos puramente ambientais, mas sim constitui-se em longo processo histórico de assimilação pelos povos frente aos próprios direitos humanos, abarcando, pois, os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos coletivos ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à cidade ²².

Nessa mesma linha, “o que faz sentido é produzir o desenvolvimento realmente integrado, isto é, social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político”²³, sendo que o respeito pela biodiversidade e a responsabilidade pela manutenção da diversidade marcam o desenvolvimento sustentável como um ideal ético. Dessa forma, torna-se imprescindível não só a proteção jurídica acerca das questões que envolvam o meio ambiente ecológico e sustentável como também pensar no meio ambiente de forma sistêmica, buscando por um desenvolvimento integrado por meio das multidimensões da sustentabilidade, visando uma maior proteção ecológica da floresta amazônica.

Dessa forma, a manutenção da sustentabilidade implica em um conceito multidimensional, que, em outras palavras, conceitua-se: “os seus objetivos são sempre sociais e éticos (solidariedade sincrônica). Ele contém uma condicionalidade ambiental explícita (solidariedade diacrônica com as gerações futuras, o crescimento econômico tem um valor apenas instrumental)” ²⁴.

Nesse viés propõe-se pensar novas possibilidades para uma técnica jurídico-ambiental e uma ecologia política eficiente, por meio de atitudes reflexivas acerca de uma nova sustentabilidade multidimensional. Assim, Tybusch, em suas palavras aduz que:

A América Latina é território pulsante para atitudes reflexivas acerca de uma sustentabilidade multidimensional. Nesse viés propõe-se pensar novas possibilidades para uma técnica jurídico-ambiental e uma ecologia política eficientes e capazes de perceber a necessária multidimensionalidade presente no conceito de sustentabilidade, promovendo o prequestionamento de decisões que,

²⁰ SPÍNOLA, Ana Luíza S. Consumo Sustentável: o alto custo ambiental dos produtos que consumimos. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 24, 2001, p. 213.

²¹ LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza**. Trad. Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 374.

²² SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Org. Paula Yone Stroh e tradução Tradução de José Lins Albuquerque Filho. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 65-66.

²³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 304.

²⁴ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008

sofrendo fortes interferências do sistema econômico, privilegiem exclusivamente o aspecto desenvolvimentista tradicional de aceleração do crescimento ²⁵.

Assim, conclui-se que a grande questão atual que deve ser posta em voga é uma busca de um novo modelo de desenvolvimento e de consumo que não cause tantos impactos no meio ambiente, que seja ecologicamente sustentável. Portanto, para adotar a ética da vida sustentável, propõe-se pensar novas possibilidades para uma técnica jurídico-ambiental e uma ecologia política eficiente e capaz de perceber a necessária multidimensionalidade presente no conceito de sustentabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve o escopo de estudar sobre a racionalidade ambiental e as dimensões da sustentabilidade associadas à apropriação capitalista e indevida dos recursos naturais na Floresta Amazônica. Dessa forma, pretendeu-se responder a seguinte problemática: em que medida o direito ambiental por meio da racionalidade ambiental pode garantir um meio ecologicamente equilibrado frente a cultura do consumismo exacerbado dos recursos naturais na Amazônia?

Para enfrentar esse questionamento, o presente estudo teve por objetivo demonstrar o papel das dimensões da sustentabilidade em detrimento da dicotomia entre a racionalidade ambiental dos recursos naturais frente a apropriação capitalista exacerbada dos recursos na floresta Amazônica.

A partir disso, o presente artigo dividiu-se em três seções. Na primeira, realizou-se uma breve análise sobre os conceitos do direito ambiental e da racionalidade ambiental. Na segunda, confrontou-se o primeiro capítulo com intuito de apresentar os aspectos negativos do esgotamento de recursos naturais na floresta amazônica. Na última, verificou-se o resultado gerado da confrontação das duas primeiras seções.

Destarte, mediando o exposto nas seções 1, 2 e 3 do presente estudo foi possível responder o questionamento inicial de modo que se conclui que o direito ambiental por meio da racionalidade ambiental pode garantir um meio ecologicamente mais equilibrado na medida em que buscar por um novo modelo de desenvolvimento e de consumo que não cause tantos impactos no meio ambiente, que seja ecologicamente sustentável e que promova uma melhor distribuição da riqueza no mundo. Assim, pensar na importância de produzir o desenvolvimento realmente integrado, isto é, social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político, até se chegar nas várias dimensões sustentabilidade, ou melhor, pensar as questões ambientais pela perspectiva do modelo sistêmico-complexo, aliado ao diálogo de saberes e da racionalidade ambiental urge como necessário.

Portanto, para adotar a ética da vida sustentável, os consumidores deverão reexaminar seus valores e alterar seu comportamento. A sociedade deverá estimular os valores que apoiem essa ética e desencorajar aqueles incompatíveis com um modo de vida sustentável. Propondo, ainda, pensar novas possibilidades para uma técnica jurídico-ambiental e uma ecologia política eficientes e capazes de perceber a necessária multidimensionalidade presente no conceito de sustentabilidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAKAN, Joel. **A corporação**: a busca patológica por lucro e poder. Tradução Camila Werner - São Paulo. Novo Conceito Editora. 2008.

²⁵ TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Sustentabilidade Multidimensional Como Ação Reflexiva para uma Ecologia Política Pós-Colonial. In: **América Latina e Caribe na encruzilhada ambiental**: dimensões política, jurídica e estratégica (org.) Fernando Estensoso – Ijuí: Unijuí, 2011, p. 298.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 dez. 2020.

CALLENBACH, Ernest. et al. **Gerenciamento ecológico**. São Paulo: Cultrix, 1995.

CANCLINI, Néstor G. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização**. Tradução: Maurício Santana Dias. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. Tradução Jeferson Luiz Camargo – São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 39: 261-291, de 2011. Disponível em: <http://www.revista.fadir.ufu.br/viewissue.php?id=7>. Acesso em: 07 out. 2020.

DANTAS, Carolina. Desmatamento na Amazônia cresce 9,5% em um ano e passa de 11 mil km², aponta Inpe. G1-GLOBO. Brasília. 30 nov. 2020.

Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2020/11/30/amazonia-teve-11-mil-km-de-desmatamento-entre-agosto-de-2019-e-julho-de-2020-aponta-inpe.ghtml>. Acesso em: 03 dez. 2020.

FUNDAÇÃO HEINRICH BÖLL; FUNDAÇÃO ROSA LUXEMBURGO. **Altas do agronegócio: fatos e números sobre as corporações que controlam o que comemos**. Maureen Santos, Verena Glass, organizadoras. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2018.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUNGES, José Roque. **(Bio) Ética Ambiental**. Editora UNISINOS, São Leopoldo, 2010.

LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza**. Trad. Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, consumo e cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Org. Paula Yone Stroh e tradução Tradução de José Lins Albuquerque Filho. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SHIVA, Vandana. **Biopirataria: A pilhagem da natureza e do conhecimento**. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

SPÍNOLA, Ana Luíza S. Consumo Sustentável: o alto custo ambiental dos produtos que consumimos. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 24, 2001.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Sustentabilidade Multidimensional Como Ação Reflexiva para uma Ecologia Política Pós-Colonial. In: **América Latina e Caribe na encruzilhada ambiental: dimensões política, jurídica e estratégica (org.)** Fernando Estensoso – Ijuí: Unijuí, 2011.

WILSON, Edward O. **A Criação**: como salvar a vida na terra. Trad. Isa Mara Lando. São Paulo, Companhia das Letras, 2008.

O CAPITALISMO HUMANISTA COMO ECONOMIA DE MERCADO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Giana Pante¹

Laís Franciele de Assumpção Wagner²

INTRODUÇÃO

O presente ensaio pretende demonstrar a importância das questões atinentes à efetivação dos direitos humanos fundamentais em uma sociedade formada pelo sistema capitalista. Também, visa questionar se nesse atual sistema, há possibilidade de se falar em uma economia humanista de mercado, que efetive a dignidade da pessoa humana e não crie abismos econômicos, políticos, sociais e culturais entre as pessoas.

Justifica-se a presente pesquisa pela sua relevância temática, pois ela contribuirá para a expansão do entendimento sobre o sistema capitalista, trabalhando o assunto em meio acadêmico, permitindo uma reflexão histórica, sociológica, filosófica, jurídica e econômica.

Também, se revela pertinente ao passo que impulsiona ao debate de ideais, no intuito de constituir um panorama geral e crítico sobre o assunto. Tal abordagem de igual maneira colabora com o cenário globalizado atual, ao passo que reflete se o sistema capitalista seria um mal necessário.

O presente trabalho é relevante, pois contribuirá para a expansão do entendimento sobre o sistema capitalista, trabalhando o assunto em meio acadêmico, permitindo uma reflexão além de um capitalismo predatório que hoje impera, especialmente na sociedade ocidental.

Revela-se pertinente ao passo que impulsiona ao debate de ideais, no intuito de constituir um panorama geral e crítico sobre o assunto. Tal abordagem também colabora com o social, eis que reflete sobre a forma que o sistema capitalista em uma economia globalizada acaba por gerar desigualdades e não garantir a efetivação de direitos fundamentais.

Para a investigação do tema será utilizado o método indutivo, cuja lógica investigatória será analisar o sistema capitalista e as formas pelas quais poderá se efetivar os direitos humanos e afastar desigualdades. Assim, será possível reunir, na doutrina, através da pesquisa bibliográfica, os elementos necessários para o trabalho, que será preponderantemente descritiva.

¹Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Bolsista UPF. Integrante da linha de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera Uniderp –. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Endereço Eletrônico: gipante@hotmail.com

²Advogada. Mestranda em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista UPF. Integrante da Linha de Pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder. Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC. Especialista em Direito Tributário e Empresarial pela IMED. Endereço eletrônico: laisfranciele.a.w@gmail.com

1. A ECONOMIA DE MERCADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS NUANCES DO CAPITALISMO HUMANISTA

A questão colocada neste trabalho gira em torno de como alcançar esse duplo desafio: como garantir o crescimento econômico trazido pelo capitalismo e pela globalização, sem gerar tamanha desigualdade, sobretudo com valorização do ser humano e efetivando os direitos fundamentais por parte do Estado, destacando-o como papel fundamental neste processo a necessidade da segurança jurídica ou da questão do mínimo legal para a manutenção do "status quo".

É sabido que o ser humano contribui para a formação do capitalismo na medida em que se insere no processo industrial, principalmente, com sua força de trabalho. E por despende esforço físico no labor recebe como contrapartida, do empresário, um importe em moeda corrente que custeia as despesas com sua sobrevivência e de sua família.

A história demonstra que o trabalho humano sempre foi o modelo de desenvolvimento mundial, em face da acentuada dimensão contributiva. E assim, porque avançamos contrariamente, já que a desigualdade é um dos maiores desafios mundial da atualidade na medida em que nem todos os países conseguem se desenvolver e suprir as necessidades de seus povos mesmo que as mais básicas como acontecem no Sudeste de Ásia e África.

Esse processo na sociedade mundial de contenção de um capitalismo humanista, não se modificará do dia para a noite, mas felizmente, há um freio moralmente defendido em âmbito mundial, no sentido de que se pondere e afaste qualquer processo civilizatório que leve o ser humano a situações degradantes, desumanas e de sofrimento.

A dignidade da pessoa humana encontra estatuída no art. 1.º, III, da CF/1988, como princípio fundamental do Estado, e é formado como um valor basilar para todo o sistema. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como a dignidade da pessoa humana foram citados no texto constitucional, especialmente, quando elencados como princípios da ordem econômica, no artigo 170³ da CF/88.

Com estes princípios que fundamentam a ordem econômica e de mercado no Brasil, o direito passa a ter uma nova concepção, pois, acaba embarcando questões da vida social, deixando de lado um formalismo próprio do direito, para tomar a configuração de uma estrutura intervencionista, ou seja, passa

³ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**, 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em dez/2020

a ser um meio de atuação na sociedade, através de um sistema de normas repressivas e permissivas⁴.

Através da análise do art. 170 da CF torna-se possível perceber que, dentre os princípios da ordem econômica nele elencados, dois deles se apresentam como verdadeiros objetivos da ordem econômica, tais como o da redução das desigualdades regionais e sociais, bem como a busca do pleno emprego.

Nesse cenário, é imperioso referir que as normas estatuídas nas Constituições estatais nada mais são do que reflexos socioideológicos de seus sistemas internos para com a sociedade.

Assim, se torna importante tecer a diferença entre os chamados estados liberais e o estado social intervencionista. No primeiro caso tem-se como verdadeira restrição dos fins do estado, o qual adveio principalmente em decorrência da Declaração de direitos do homem, em que veda o arbítrio de poder do estado em face das liberdades individuais, ou seja, é um verdadeiro estatuto negativo. Já o Estado social intervencionista nada mais é do que a permissão de intervenção estatal para amenizar as injustiças econômicas e sociais que se desenvolveram as sombras do liberalismo⁵.

Diante disso, da análise dos princípios específicos do art. 170, o qual ao declarar que ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, nada mais está dizendo do que a economia de mercado, no Brasil, detém índole capitalista. Todavia, não exclui a preocupação com o bem estar social, haja vista as demais disposições da carta magna, tais como direitos fundamentais.

Daí dizer que a Constituição Federal brasileira acaba responsabilizando o Estado pela transformação social adequada da sociedade⁶. Ou, em outras palavras, impõe ao Estado o dever de atuar em prol da igualdade e da justiça social, atuando de forma intervencionista para garantir a liberdade econômica e a igualdade social.

É notória, pois, a prioridade que a Constituição Federal confere à ordem econômica através dos valores do trabalho humano. E, isso representa a orientação constitucional da forma com que a intervenção estatal se dará na economia. Veja-se que o objetivo primordial desta orientação é dar força aos valores sociais do trabalho, que, concomitantemente à livre iniciativa, representa um dos fundamentos não apenas da ordem econômica, mas inclusive da própria República Federativa do Brasil⁷, nos termos do art. 1º, IV e do art. 219, ambos da CF⁸.

Percebe-se que dentro do contexto constitucional em que há a preocupação com a justiça social, a liberdade imposta à iniciativa privada e a economia de mercado, não pode justificar atos que desrespeitem as liberdades individuais. Daí que os limites impostos pelo poder público caminham no sentido de assegurar a realização de uma justiça social, através do sistema econômico adotado pelo Brasil, o capitalismo.

⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007. p. 538

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 787.

⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito constitucional...**, 2007, p. 445

⁷ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 709

⁸ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

[...]

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal” **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**, 1988

Assim, é possível afirmar que a livre iniciativa econômica será legítima apenas quando for exercida dentro dos parâmetros constitucionais e que respeitem os interesses da justiça social, assegurando a todos uma vida digna. E, será ilegítimo quando objetivas apenas a maximização dos lucros e a realização pessoal do próprio empresário⁹.

Constata-se, portanto, que a Constituição Federal adotou de certa forma, características típicas de um estado liberal, mas também aspectos próprios de um estado social intervencionista, ao passo que garante a liberdade econômica, sem deixar de lado as liberdades individuais, atuando através de medidas intervencionista, nas mais diversas áreas para o fim de possibilitar a igualdade social.

Isso porque a Constituição Federal estabelece princípios e garantias fundamentais que, nada mais são do que a conquista advindas com a ascensão dos direitos humanos e com o estado de bem estar social.

Nesse sentido, importa referir que os Direitos Humanos, na verdade, integram a própria concepção de justiça, pois parte do ponto de vista do indivíduo, que carrega consigo toda a cultura antropocêntrica de um mundo moderno. Ou seja, a própria concepção de um mundo moderno, em relação aos Direitos Fundamentais acaba se relacionando às ideias que nascem em suas próprias raízes, dentro de um determinado momento histórico. Dito de outro modo, só podem ser concebidas a partir de um determinado momento histórico, jurídico e cultural, como a título de exemplo os direitos de liberdade e igualdade.¹⁰

Daí que se torna possível afirmar que as questões históricas acabam sendo imprescindíveis à compreensão da quebra do paradigma filosófico que gira em torno do tema. Assim, com a mudança desta mentalidade mais humanista passa-se a ter uma compreensão filosófica em torno do ser humano, como verdadeiro detentor de dignidade.

Já no que tange à questão axiológica, a teoria tridimensional dos Direitos Fundamentais de Peces-Barba refere que esta dimensão está relacionada a uma pretensão moral justificadora, que objetiva facilitar a autonomia do homem, através de uma filosofia moral, política e liberal, democrática e socialista, dentro de uma reflexão racional moderna¹¹.

Essa visão ética, dentro desta teoria dos direitos fundamentais, pode ser considerada a principal argumentação teórica da razão dos direitos fundamentais. Em outras palavras, algo que por ventura venha a ser contrária a dignidade da pessoa, não poderá ser reconhecido como um direito fundamental futuramente¹².

Um ponto de suma importância dentro desta teoria dos direitos fundamentais é que esta pretensão moral justificadora caso não seja positivada, poderia, mesmo assim ser considerada um direito natural. Todavia, não se pode afastar a importância da positivação desta moral justificadora, o que transforma esse mero direito natural em um direito fundamental¹³, isso porque, é só a partir de sua positivação é que se torna obrigacional.

Daí se extrai a importância do princípio da dignidade da pessoa humana para a fundamentação dos

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 2007, p. 794.

¹⁰ MARTÍNES, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos M. de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 105; 113-114.

¹¹ MARTÍNES, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales Teoría General**, 1995, p. 109.

¹² GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba**. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. *Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008 - p. 189-209, 2008. p. 198.

¹³ GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba**, 2008. p. 198.

direitos fundamentais. E, por esta razão que as diretrizes constitucionais estatuídas nos princípios que fundamentam a ordem econômica devem primar pelo trabalho humano e vida digna.

É dentro deste cenário que surge a teoria do capitalismo humanista, desenvolvida por Ricardo Sayeg e Wagner Balera, cujos argumentos que fundamentam sua teoria merecem ser transcritos em suas próprias palavras:

[...] ajustado à lei natural da fraternidade, o capitalismo deve ser indutor do exercício do direito subjetivo natural de propriedade, com o fim de concretização dos direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensões, para a satisfação universal do direito objetivo de dignidade do homem todo e de todos os homens da presente e das futuras gerações: um liberalismo econômico renovado pelo humanismo antropofílico e delineado a partir da situação concreta de cada país, quanto à economia de mercado, conforme a realidade político-econômico-social e a cultura local-global.

[...] Garantido o modo de vida das pessoas, cumpre ao regime jus-econômico, insuflado pelo humanismo antropofílico e inserido numa economia de mercado, assegurar a todos ao mesmo tempo o mínimo necessário à vida para a satisfação da dignidade humana [...] e consecução de um planeta digna: livre, pacífico, sustentado e desenvolvido.¹⁴

Extraí-se do texto acima que na concepção da teoria do capitalismo humanista, o capitalismo deve ser utilizado como um sistema econômico de mercado voltado à garantia dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, traduzidos nos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesta senda, é relevante ressaltar que embora não conste expressamente na Carta Magna brasileira a expressão “capitalismo humanista”, de fato, partindo-se de uma interpretação sistêmica das diretrizes constitucionais, é possível extrair que a observância dos direitos humanos deve reger a ordem econômica. Como referido pelo Papa João Paulo II, no ano de 1985, a Declaração dos Direitos do Homem “é um verdadeiro marco no caminho do progresso mundial para a humanidade”.¹⁵

O maior passo conquistado pela Declaração dos Direitos do Homem está na consagração das diversas perspectivas do direito ao desenvolvimento, o qual prevê o direito de participação de toda pessoa no desenvolvimento não apenas social e humano, mas também nas esferas cultural, econômica, científica, ambiental e política, enaltecendo o indivíduo como um verdadeiro sujeito de direitos¹⁶, como um fim em si mesmo, como já advertia Kant.

O professor de Sevilla Davi Sanchez Rubio, salienta que graças à burguesia que se manifestou na

[...] luta pela liberdade e igualdade contra um sistema que lhe era adverso, há que se projetar outras práticas sociais e outros coletivos em esquemas análogos ou diferentes de luta por direitos que considere os novos contextos e os distintos princípios reivindicados. Daí a importância que possui uma concepção de direitos humanos que traga em si sua rica complexidade. É necessário ser estabelecida

¹⁴ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner, apud PESSOA, Flávia Moreira Guimarães Pessoa; SANTOS, Mariana Farias. O capitalismo humanista como um elemento para o desenvolvimento: um regime econômico em consonância com os direitos humanos. *In Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Curitiba, v. 2 n. 2, p. 204 - 220 | Jul/Dez. 2016., p. 212.

¹⁵ MONSALVE, Juan David Velásquez. El derecho natural en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. *In Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 43, No. 119 / p. 735-772. Medellín - Colombia. Enero-Junio de 2013, p. 740.

No original: “El camino para llegar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos ciertamente no fue fácil. Quizá el recuerdo fresco de los innumerables horrores de la Segunda Guerra Mundial resultó ser la motivación última para que en muchos creciera la convicción de que una Declaración de este tipo se imponía como urgencia muy necesaria. No cabe la menor duda de que fue un triunfo para la humanidad que los gobernantes de tantos países del mundo descubrieran la premura de tipificar un elenco básico de derechos humanos. Como dijera el Papa Juan Pablo II (1985), este documento es “un verdadero hito en el camino del progreso mundial de la humanidad”.

¹⁶ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães Pessoa; SANTOS, Mariana Farias. **O capitalismo humanista como um elemento para o desenvolvimento**, 2016, p. 214.

sua relação com os múltiplos processos dinâmicos de confrontação de interesses que desejam ver reconhecidas suas propostas partindo de diferentes posições de poder e distintos horizontes de sentido. Não há que abstrair nem os conflitos nem as circunstâncias espaço-temporais. Além de que, os direitos humanos compreendidos como práticas sociais, como expressões axiológica, normativa e institucional que em cada contexto abre e consolida espaços de luta por expressões múltiplas de dignidade humana, não se reduzem a um único momento histórico e uma única dimensão jurídico procedimental e formal¹⁷.

As contribuições acima são importantes para a compreensão da necessidade de encarar os direitos humanos e, por conseguinte, os direitos fundamentais dentro de um determinado parâmetro histórico-cultural, não devendo ser esquecido estes novos paradigmas que advieram com a Declaração dos Direitos do Homem. Nesse sentido, o capitalismo humanista deve contribuir para o desenvolvimento e não se cingindo apenas a acumulação de patrimônio.

Nesse sentido, importante a contribuição de Amartya Sen¹⁸ o qual aborda em sua obra a diferenciação entre desenvolvimento e acumulação de patrimônio, sendo que o desenvolvimento está intimamente relacionado com a melhoria de vida das pessoas, a qual se dá pela liberdade. Em outras palavras, o desenvolvimento é dependente da liberdade para existir e, a garantia dos direitos humanos é essencial para atingir esta liberdade e, conseqüentemente, o desenvolvimento.

Amartya Sen traz uma importante visão do desenvolvimento humano, muito mais amplo, ao defender que se deve ir além do crescimento econômico para entender todas as exigências completas em busca do bem-estar social. Dito de outro modo, se deve priorizar a democracia, os direitos políticos e os civis que reforçam as demais liberdades do indivíduo. O êxito da democracia, para o autor, é primordial para a prevenção das fomes coletivas, na promoção da segurança humana, entre outros.¹⁹

Quando se deparamos com a palavra “desenvolvimento”, quase que em sua esmagadora das vezes remete-se à dimensão econômica. No entanto, o desenvolvimento, para o capitalismo humanista vai além do que o mero desenvolvimento econômico, pois engloba a dimensão do desenvolvimento humano, pois só desta maneira se torna passível de evolução de todas as áreas de desenvolvimento de um Estado.

Isso porque, não se concebe a possibilidade do Estado crescer economicamente, enquanto que a maior parte dos cidadãos não consegue se desenvolver, pelas amarras do capitalismo, na mesma proporcionalidade que os empreendedores. Daí a importância em se trabalhar mais abertamente o capitalismo humanista.

Mas, infelizmente, não se pode ignorar a existência de um capitalismo predatório, principalmente porque coloca o desenvolvimento econômico na frente do desenvolvimento humano. E este fato ocorre através do que muitos autores chamam de razão neoliberal, a qual está aos poucos acabando com a possibilidade de humanização do processo capitalista.

Pois a razão neoliberal anula silenciosamente os elementos básicos da democracia²⁰, que como visto por Amartya Sen, a democracia é fator predominante para a garantia das liberdades individuais, essenciais ao desenvolvimento humano.

Para Wendy Brown²¹, o *homo politicus* é a perda mais importante ocasionada pelo domínio da razão

¹⁷ RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Livraria do Advogado Ed., 2014, p. 97-98.

¹⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 29-56.

¹⁹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Edição eletrônica. São Paulo: Editora Schwarcz Ltda, 2009, p. 286.

²⁰ BROWN, Wendy. **El Pueblo sin atributos**: La secreta revolución del neoliberalismo. Barcelona: Malpaso Ediciones, S.L.U., 2015, s/p

²¹ BROWN, Wendy. **El Pueblo sin atributos**, 2015.

neoliberal, sobretudo porque sua forma democrática seria a principal arma contra a manifestação desta razão (neoliberal) como racionalidade reitora, dando espaço para o nascimento e ascensão do *homo oeconomicus*.

Nas próprias palavras da autora:

Este sujeto, el *homo politicus*, conforme la sustancia y la legitimidad de lo que sea que pueda significar la democracia más allá de asegurar el abastecimiento individual de fines individuales; este “más allá” incluye la igualdad y la libertad política, la representación, la soberanía popular y la deliberación y el juicio sobre el bien público y el común. No fue sino hacia finales del siglo XX que el *homo oeconomicus* (en su forma neoliberal particular) finalmente derrotó al *homo politicus*, usurpó su territorio, sus términos y objetos tanto en la figura de lo humano como en el sistema gubernamental. Si este proceso llegara a completarse, si en verdad se desvaneciera el *homo politicus*, oscurecería cualquier posibilidad en el orbe de un futuro democrático o de cualquier otro futuro justo.²²

Nesse sentido é possível perceber que o *homo oeconomicus* em sua razão neoliberal, é aquele que impõe fatores apenas econômicos ao invés do social. Em outras palavras, a autora refere que esta razão neoliberal ao priorizar a dimensão econômica do estado na frente do *homo politicus*, acaba com a própria democracia e a liberdade das pessoas em nome da riqueza que estará nas mãos apenas de pequena parte da população. E, é esta razão neoliberal que está matando aos poucos a democracia e qualquer possibilidade de desenvolvimento humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto acima é possível compreender que a novel teoria do capitalismo humanista traz a questão dos direitos humanos e fundamentais para dentro do sistema capitalista, levando-se em conta os princípios da liberdade, igualdade e, principalmente, fraternidade, corrobora com os objetivos de um Estado Democrático de Direito.

Percebeu-se que o capitalismo humanista é uma vertente do regime econômico baseada no humanismo e é uma possibilidade de ver a economia brasileira sob o viés dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração.

Isso só é possível, pois esta teoria possibilita que dentro do sistema capitalista de mercado haja o respeito à dignidade da pessoa humana e voltada para a efetivação dos direitos fundamentais dela decorrentes.

Como visto, embora o capitalismo humanista não esteja expressamente previsto na Constituição Federal, através de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, principalmente quando se analisa a garantia da dignidade da pessoa humana, e o próprio dispositivo acerca da ordem econômica qual prevê que a ordem econômica tem como objetivo a vida digna, pode-se extrair a constitucionalidade desta teoria.

Infelizmente a onda da racionalidade neoliberal é que está ceifando a possibilidade do desenvolvimento humano dentro do sistema capitalista (humanista). Pois, como visto, ela acaba com qualquer possibilidade de ascensão do *homo politicus*, primordial à efetivação democrática e, portanto, como visto em Amartya Sen, do próprio desenvolvimento humano.

É necessário implantação de consciência através de amplo debate na sociedade, acerca do tema. É imprescindível que haja mudança de mentalidade das pessoas, a fim de que possam entender os reais

²² BROWN, Wendy. *El Pueblo sin atributos*, 2015, s/p

valores que estão em xeque ao se falar em direitos humanos e fundamentais e de economia de mercado.

Por fim, considerando que o direito ao desenvolvimento humano enfrenta o desafio quanto a sua concreitude em razão da racionalidade neoliberal, a fortificação do capitalismo humanista, é caminho correto para garantir os meios para alcançar o desenvolvimento humano e econômico, eis que o regime capitalista, por si só é um caminho para o desenvolvimento, mas dele deve ser afastado os reflexos da racionalidade neoliberal para que seja possível alcanças os fins propostos pela nossa Carta Política.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL, **Constituição Federal**, 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em dez/2020

BROWN, Wendy. **El Pueblo sin atributos**: La secreta revolución del neoliberalismo. Barcelona: Malpaso Ediciones, S.L.U., 2015

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. *In*: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008 - p. 189-209, 2008

MARTÍNES, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos M. de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995

MONSALVE, Juan David Velásquez. El derecho natural en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. *In* **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**. Vol. 43, No. 119 / p. 735-772. Medellín - Colombia. Enero-Junio de 2013

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães Pessoa; SANTOS, Mariana Farias. O capitalismo humanista como um elemento para o desenvolvimento: um regime econômico em consonância com os direitos humanos. *In* **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Curitiba, v. 2 n. 2, p. 204 - 220 | Jul/Dez. 2016.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Livraria do Advogado Ed., 2014

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

**ARTIGOS GT 2 – TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO
LATINO-AMERICANO**

O FLUXO REVERSO ENTRE O SISTEMA DE PRECEDENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A EMANCIPAÇÃO PROPOSTA PELO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Talissa Truccolo Reato¹

INTRODUÇÃO

No Brasil, na condição de colônia de exploração, especialmente portuguesa, foi imposto, além de outros legados desta ocidentalização, um sistema jurídico embasado no direito romano, chamado Civil Law. Destarte, no Civil Law o principal fundamento são as leis, enquanto que no Common Law, que, por sua vez, tem origem anglo-saxã, o direito se desenvolve sobretudo por meio das decisões dos Tribunais, ou seja, pela jurisprudência.

A principal diferença entre os dois referidos sistemas é a fonte basilar do direito. Ocorre que, considerando o dever de integridade, coerência e o livre convencimento do juiz, o Brasil, desde o ano de 2015, a partir da edição do Novo Código de Processo Civil adotou o sistema de precedentes (o qual advém do Common Law), de maneira que a lei deixou de ser o único paradigma obrigatório que vincula a decisão de um julgador, de acordo com o que enuncia o inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489 do referido diploma legal, além dos artigos 926 e 927, que coroam esta implementação.

Pode-se dizer que o Brasil importou, ainda que não identicamente, práticas diferentes das que herdou do período da colonização. Os artigos supramencionados, inspirados na doutrina de Ronald Dworkin, já tem meia década de aplicação empírica no Brasil. Entretanto, ao mesmo tempo em que houve a instalação do sistema de precedentes pela Lei n. 13.105/2015, o Brasil participa de um movimento denominado Novo Constitucionalismo Latino-americano que, entre diversas premissas, atua no sentido de libertar a região das amarras coloniais, da exploração ainda vivenciada e também age com o intuito de promover a emancipação.

Neste viés, esta pesquisa questiona em que medida o Novo Constitucionalismo Latino-americano pode se afixar no Brasil se a legislação nacional, ao invés de buscar em suas individualidades as soluções, continua espelhando teorias externas, mesmo bem intencionadas, inclusive de países com sistemas jurídicos diversos. Sendo assim, uma das hipóteses advoga que o Brasil é incapaz de atingir o patamar alcançado pelo Equador e Bolívia (quanto ao pluralismo jurídico, por exemplo), por idolatrar o que é externo e por estar conformado com a submissão em relação aos países detentores do poder, enquanto que outra hipótese defende que o Brasil consegue avançar nas fases do Novo Constitucionalismo Latino-americano, contanto que seja avultado todo o pluralismo jurídico que existe no país, elaborando os seus próprios métodos, sem ficar dependente das criações exteriores, promovendo uma verdadeira emancipação.

Destarte, declara-se que o objetivo geral desta pesquisa é analisar a ocorrência do fluxo reverso entre o sistema de precedentes do Código de Processo Civil do Brasil e a emancipação proposta pelo Novo

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2019/). Bolsista Prosup/CAPES (2019/). Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2016/2018). Taxista Prosup/CAPES (2016/2018). Especialista em Direito Processual pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2014/2015). Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2014). Advogada (2014/) talissareato@hotmail.com

Constitucionalismo Latino-americano. Portanto, a investigação se fraciona em três partes, as quais coincidem com os três objetivos específicos. O primeiro momento é o que examina o sistema de precedentes presente na legislação pátria desde 2015, o histórico até a sua formulação, a sua inspiração na doutrina de Ronald Dworkin, a justificativa da necessidade de trazer uma fonte além da lei para garantir mais coerência nas decisões judiciais, entre outros elementos.

O segundo ato verifica o Novo Constitucionalismo Latino-americano, os motivos que culminaram em sua origem, seus ciclos, os países envolvidos, a posição do Brasil, etc. Por fim, estuda-se emancipação proposta pelo Novo Constitucionalismo Latino-americano comparando com a importação do mencionado sistema de precedentes do Common Law, de modo que é possível avaliar os embates existentes que prejudicam a firmação das convicções do Novo Constitucionalismo Latino-americano no Brasil e dos alicerces do pluralismo jurídico.

A presente pesquisa se justifica pela importância de verificar a postura do Brasil no Novo Constitucionalismo Latino-americano, o qual ainda é tímido em relação ao pluralismo, de modo que constitucionalmente somente dispõe do pluralismo político no inciso V do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, suprimindo os demais. Ademais, trata-se de um tema atual que merece ser discutido tanto pela ótica da necessidade e da efetividade do sistema de precedentes no Brasil, um país que tem como sistema jurídico o Civil Law, deveras distinto do anglo-saxão, mas que buscou em seu seio uma forma de evitar incoerências do Poder Judiciário, como também pela ótica da emancipação, tão pregada pelos movimentos da América Latina. A pesquisa é instigante porque visa discutir se a lei, como fonte principal do direito, não estava cumprindo sua função no Brasil, bem como debate se o pluralismo jurídico não seria capaz de oferecer soluções a partir do próprio território cultural brasileiro.

Em relação aos métodos de pesquisa, importa esclarecer que neste artigo a linguagem textual está posta via uma leitura sistemática. Usa-se o método hipotético-dedutivo porque se constroem conjecturas baseadas em hipóteses. Classifica-se esta pesquisa como básica (uma vez que gera conhecimentos de interesse universal). Ademais, trata-se de análise exploratória, dado que utiliza levantamento bibliográfico. Com relação aos procedimentos técnicos se trata de uma pesquisa bibliográfica.

1. O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL A PARTIR DA LEI 13.105/2015

Não se ignora que a processualística civil brasileira precisa ser constantemente refletida e atualizada a fim de que o Estado consiga cumprir a sua função de dizer o direito eficazmente, até mesmo por não se reconhecer legalmente o pluralismo jurídico no país. Fato é que o Código de Processo Civil do Brasil de 1973 continha algumas deformidades que precisavam ser sanadas. Sendo assim, no ano de 2015 adveio o Novo Código de Processo Civil (NCP) dotado de novidades (mas também repleto de críticas).

De forma bastante objetiva, pode-se dizer que o processo civil é o instrumento de concretização do direito material, de modo que o NCP visa resolver ineficiências que enfraquecem o sistema processual e intenta concretizar o princípio da efetividade, de tal maneira que ao diminuir a instabilidade das decisões judiciais tomadas pelas diferentes instâncias e Tribunais do país se está contribuindo para ampliar a solidez do Poder Judiciário.²

Entre as referidas alterações está a adesão das decisões judiciais vinculantes (o chamado sistema de precedentes). Em linhas gerais, adotou-se no Brasil desde 2015 um mecanismo de vinculação de precedentes, de forma que pontuadas decisões dos Tribunais Superiores e também de Tribunais de segunda instância se tornaram vinculantes para os Tribunais e para os Juízes de primeiro grau, àqueles

² PASCHOAL, Gustavo Henrique; ANDREOTTI, Paulo Antonio Brizzi. Considerações sobre o sistema de precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 03, n. 04, p.45-60, out./dez. 2018, p. 46.

vinculados.³ As determinações que os juízes e Tribunais devem observar estão presentes no artigo 927 do NCPC, porém, previamente, importa destacar os artigos 489, §1º, inciso VI e o artigo 926 do mencionado diploma legal, por serem prévios e conterem disposições fulcrais.

O artigo 489, §1º, inciso VI determina que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, de jurisprudência ou de precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Além disto, o artigo 926 *caput* designa que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”⁴

Outrossim, o artigo 927 estabelece que os juízes e os Tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, bem como os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em matéria infraconstitucional e, por fim, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.⁵

Dispostos os dispositivos legais do NCPC, cumpre informar que o sistema de precedentes não pertence genuinamente ao sistema jurídico brasileiro (Civil Law), o qual é uma herança da colonização portuguesa no país, porque mencionado sistema nasceu no Common Law, desenvolvido na Inglaterra, caracterizado pela conjugação do direito consuetudinário com o legislado, isto é, a lei é apenas uma dentre as fontes do direito, de modo que não se sobrepõe às demais, como o costume, a jurisprudência e os princípios gerais.⁶

Em outros termos, o sistema jurídico brasileiro (Civil Law), o qual tem origem romano-germânica, aproximou-se do sistema anglo-saxão (Common Law), sobretudo em uma revisão proativa e passou a reconhecer o valor da jurisprudência como fonte do direito.⁷ Neste sentido, observa-se também que atualmente há uma tendência global de aproximação entre os dois sistemas jurídicos. Ademais, verifica-se que este reconhecimento dos precedentes contribui para que os Tribunais “mantenham sua jurisprudência estável, íntegra e coerente.”⁸

Dentro desta perspectiva é possível entender que é inegável que “o sistema de precedentes judiciais racionaliza a administração da justiça, principalmente na solução de demandas repetitivas, assegurando maior isonomia e segurança jurídica.”⁹ Sendo assim, mencionado sistema é coerente com o

³ LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; BATISTA, Cristiano. Precedentes judiciais e o sistema jurídico brasileiro de tradição civil law. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**. Editora Unijuí. Ano XXVII. N. 50, jul./dez. 2018, p. 51.

⁴ BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 13 out. 2020.

⁵ BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 13 out. 2020.

⁶ LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; BATISTA, Cristiano. Precedentes judiciais e o sistema jurídico brasileiro de tradição civil law. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**. Editora Unijuí. Ano XXVII. N. 50, jul./dez. 2018, p. 51.

⁷ LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; SACONATO, Thais Estevão. **A teoria dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro: segurança jurídica e acesso à justiça**. Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, José Querino Tavares Neto, Camila Silva Nicácio. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 214.

⁸ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **O sistema de precedentes do novo Código de Processo Civil como vetor de proteção da segurança jurídica**. Publicado em: 06 mai. 2019. Justiça & Cidadania. Edição 225. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br> Acesso em: 13 out. 2020.

⁹ CATHARINA, Alexandre de Castro. Sistema de precedentes judiciais e sua compatibilidade com a democratização da justiça na formação da decisão judicial. **Redes - Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, vol. 2, n. 2, nov. 2014, p. 14.

dever de integridade, coerência e o livre convencimento do juiz.

Outrossim, importa evidenciar a relevância da teoria de Ronald Dworkin na questão dos precedentes, no sentido de que o Juiz, ao decidir, precisa considerar os princípios e os valores adotados “pelos precedentes judiciais já estabelecidos nos julgamentos que lhe antecederam, buscando decidir de uma forma harmônica com o sistema jurídico vigente e com a sua história.”¹⁰ Destarte, segundo Dworkin, é plausível a enunciação de que se deve “permitir que as decisões precedentes exerçam alguma influência sobre as decisões posteriores.”¹¹

Deste modo, é notório que os precedentes, se bem empregados, possuem um relevante potencial de “solucionar o problema de decisões tão conflitantes em casos tão semelhantes, concretizando-se decisões mais céleres e justas, transformando a jurisdição em uma atividade criativa da norma jurídica do caso concreto.”¹² Destarte, percebe-se a boa intenção legislativa ao mesclar sistemas e trazer para o Civil Law algo que pode contribuir para a evolução, estabilidade e harmonia da processualística cível brasileira.

Importa deixar claro que o sistema de precedentes do Brasil é uma adaptação, de modo que a aplicação no Brasil não é idêntica à utilizada no Common Law, em que pese a ideia seja análoga. Esta diferença reside no fato de que no sistema da Common Law, toda e qualquer decisão pode se tornar um precedente, enquanto que no Brasil apenas as decisões predestinadas por lei podem ser consideradas precedentes,¹³ que são as legalmente dispostas no Código de Processo Civil vigente no país, que foram verificadas previamente.

Isto é importante porque, afinal, a lei continua sendo a principal fonte do direito no Brasil, porém acompanhada de uma ideia renovada para fins de garantir uma maior segurança jurídica. Destarte, de modo algum o Brasil abandonou o Civil Law, imposto desde o período colonial, tão somente adaptou-o para conseguir solucionar de forma mais equânime as lides cíveis, garantindo mais estabilidade (e menos surpresas) no que diz respeito às decisões judiciais.

Sendo assim, importa ressaltar que o sistema de precedentes existe no Brasil com a finalidade de garantir mais coerência nas decisões judiciais, uma vez que um dos principais reveses do processo no país é a dispersão jurisprudencial, corroendo a credibilidade do Poder Judiciário. O sistema de precedentes adveio para aumentar a eficiência da prestação jurisdicional.¹⁴ Observa-se, por conseguinte, a importância da renovação de práticas para garantir maior efetividade ao direito. Isto posto, passa-se para o ato seguinte, o qual verifica a posição do Brasil no Novo Constitucionalismo Latino-americano, que também integra esta afluência por inovações.

2. O BRASIL NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Desde o ano de 1988, com a promulgação da Constituição Federal em vigor, o Brasil integra o

¹⁰ STAATS, Sabrina Daiane; MORAIS, Fausto Santos de. **Compreendendo os precedentes no NCPD com base no romance em cadeia de Ronald Dworkin.** Mostra de iniciação científica IMED 2015, p. 09. Disponível em: <https://soac.imed.edu.br/index.php/mic/xmic/paper/viewFile/325/146> Acesso em: 13 out. 2020.

¹¹ DWORKIN, Ronald. Dworkin. **O império do direito.** Tradução: Jeferson Luis Camargo. São Paulo. Martins Fontes, 1999, p. 154.

¹² LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; SACONATO, Thais Estevão. **A teoria dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro:** segurança jurídica e acesso à justiça. Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, José Querino Tavares Neto, Camila Silva Nicácio. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 223-224.

¹³ PASCHOAL, Gustavo Henrique; ANDREOTTI, Paulo Antonio Brizzi. Considerações sobre o sistema de precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 03, n. 04, p.45-60, out./dez. 2018, p. 48.

¹⁴ PASCHOAL, Gustavo Henrique; ANDREOTTI, Paulo Antonio Brizzi. Considerações sobre o sistema de precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 03, n. 04, p.45-60, out./dez. 2018, p. 50-51.

movimento chamado Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Isto significa que o NCP, diferentemente do CPC de 1973, que tinha sido recepcionado pela ordem jurídica brasileira, foi elaborado em um contexto em que a Carta Política do Brasil coaduna com o processo de redemocratização e com renovados valores e princípios, de modo que a Constituição Federal, ao servir como parâmetro de validade para outras normas, influencia a concepção e o desenvolvimento das leis criadas na sua vigência, incluindo a normatização da processualística cível.

Sabe-se que a Constituição Federal do Brasil de 1988 integra o movimento do Novo Constitucionalismo Latino-americano (NCLA). Sobre este movimento importa referir que desde meados dos anos de 1980 a América Latina vivencia um processo produzido a partir da abolição dos regimes militares na região, especialmente em meio às demandas de movimentos populares, que foram aprofundadas por transformações institucionais, as quais acompanharam o surgimento de renovadas forças políticas.¹⁵ Nota-se que o referido NCLA “propõe uma nova interdependência e a criação de um Estado (plurinacional) plural, participativo e efetivamente democrático.”¹⁶ Destarte, cumpre dizer que o NCLA pode ser observado em três ciclos, de acordo com Raquel Yrigoyen Fajardo.

Sendo assim, o primeiro ciclo é o do Constitucionalismo Multicultural, que está marcado pelo surgimento do multiculturalismo e pelas novas demandas indígenas. É importante lembrar que neste ciclo inicial as Constituições não chegam a fazer um reconhecimento explícito do pluralismo jurídico. Entre as Cartas desta etapa está a do Canadá (1982), da Guatemala (1985), da Nicarágua (1987) e a do Brasil (1988). Ocorre que a Constituição brasileira antecede em um ano a adoção da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os direitos indígenas, estando, por conseguinte, no limiar do ciclo seguinte.¹⁷

A segunda fase de reformas constitucionais é chamada de Constitucionalismo Pluricultural. Neste ciclo as constituições afirmam o direito (individual e coletivo) a identidade e a diversidade cultural, já introduzido, e ainda desenvolvem conceitos de “nação multiétnica” e de “Estado pluricultural”, qualificando a natureza da população e avançando para uma redefinição do caráter do Estado. Nesta etapa estão as Cartas da Colômbia (1991), México (1992), Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia (1994), no mesmo ano da Argentina (1994), Equador (1996 e 1998) e Venezuela (1999).¹⁸

No terceiro momento, em um horizonte pluralista, está o Constitucionalismo Plurinacional, que é formado pelas Constituições da Bolívia (2006-2009) e do Equador (2008). Estas Cartas propõem uma refundação do Estado a partir do reconhecimento explícito das raízes milenares dos povos originários, até então ignorados. Referidas Constituições possuem um amplo projeto descolonizador e afirmam o princípio do pluralismo jurídico, tal qual a dignidade dos povos e a interculturalidade.¹⁹

Isto posto, percebe-se que a América Latina, além de visar um processo de democratização dos Estados, anseia por uma verdadeira descolonização, de forma que a emancipação e o pluralismo jurídico

¹⁵ OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: el estado moderno en contextos pluralistas. *Panor. Braz. law* - Year 4 - Numbers 5 and 6 – 2016, p. 377.

¹⁶ ALVES, Marina Vitória. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-Americano: características e distinções. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, V. 19, N. 34, Agosto de 2012, p. 143.

¹⁷ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coordinador) *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 141-142.

¹⁸ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coordinador) *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 142-143.

¹⁹ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coordinador) *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 149-150.

são elementos fundamentais para atingir este fim, tanto que isto consta na principal lei dos ordenamentos jurídicos de alguns dos países que conformam esta região, refletindo nas demais leis. Assim, acerca do pluralismo jurídico (pluralismo no direito), verifica-se que esta ideia tende a demonstrar que o poder do Estado não é fonte exclusiva de todo o direito, ampliando o escopo para a produção e aplicação normativa “centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários.”²⁰

Além do pluralismo jurídico, outro elemento basilar do NCLA é a questão sobre a emancipação. Os movimentos envolvem interesses que confirmam a necessidade de abandonar a posição de sujeitos passivos na relação social com os poderes, sendo fundamental converter o modelo colonial de nação em instância emancipatória.²¹ De tal modo, nota-se que a “a direção que aponta este novo constitucionalismo insurgente na América Latina é pela introdução e consolidação de princípios, pontuados no pluralismo, emancipação, interculturalidade e bem viver com dignidade.”²²

Pelo exposto, observa-se que o Brasil, apesar de contemplar o movimento do NCLA, não detém em seu texto o pluralismo jurídico e o caráter emancipatório que estão explicitamente colocados e que foram difundidos no terceiro ciclo, porém, isto não impede que sejam observados como objetivos em um contexto geral do NCLA. Portanto, ao se analisar o NCLA como um todo, o pluralismo jurídico e a emancipação estão presentes, de modo que o Brasil, ao introduzir o sistema de precedentes advindo do Common Law pode debilitar o que está sendo construído na América Latina para se libertar das amarras externas que, conscientemente ou não, diminuem o potencial da América Latina de se firmar como região unida e desimpedida das forças alheias.

3. A EMANCIPAÇÃO PROPOSTA PELO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A IMPORTAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES DO COMMON LAW NO BRASIL

Como se observa, o Brasil pertence ao movimento do NCLA, em que pese em seu texto não esteja declaradamente disposta a bandeira em prol da emancipação e o reconhecimento do pluralismo jurídico. Ressalta-se que as Constituições que trazem em seu teor estes ânimos foram elaboradas vinte anos após a promulgação da Carta do Brasil, de modo que podem ser fonte inspiradora para mudanças comportamentais futuras no país em comento.

Entretanto, ao se apreciar o NCLA como um movimento único e contínuo e, além do mais, estando o Brasil presente nele, pode-se dizer que há intenção de avultar também no Brasil a emancipação e o pluralismo jurídico (estando reconhecido no texto constitucional do mencionado país apenas o pluralismo político, no inciso V do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.)²³

Ocorre que, no momento em que um país que pretende se libertar dos liames coloniais que atravancam o seu progresso (uma vez que o Brasil é visto como fonte de matéria-prima para a

²⁰ WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011, p. 374.

²¹ WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011, p. 395.

²² WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011, p. 405.

²³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: V - o pluralismo político. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

industrialização ocidental), encontra em outros ordenamentos jurídicos elementos para resolver questões internas (no caso em apreço se trata de problemas com segurança jurídica decorrentes da instabilidade jurisprudencial dos Tribunais do Estado), interpela-se em que medida se está avançando para uma real emancipação. Ademais, esta situação enfraquece a ideia do pluralismo jurídico como uma das soluções para melhorar a prestação jurisdicional no país.

É importante esclarecer que não se condena buscar as qualidades do sistema jurídico alheio, uma vez que agregar o que se pode aplicar de um sistema no outro é relevante “para um mundo jurídico farto do ineditismo, onde a resolução das questões fático-jurídicas se tornam cada vez mais complexas.”²⁴ Contudo, buscar soluções no outro (Common Law), sobretudo quando este outro é amplamente diverso do sistema jurídico vigente no Brasil (Civil Law), antes de procurar em si possíveis alternativas, demonstra uma fragilidade que é prejudicialmente leviana ao Brasil que, de maneira decorrente, afeta a projeção do que foi conquistado na América Latina em termos de descolonização.

Sendo assim, é temerário para a emancipação do Brasil implementar opções utilizadas pelos países que o colonizaram, de maneira que é muito mais questionável fazer adaptações de Estados com sistemas jurídicos com origens distintas. O Brasil é formado por uma sociedade estratificada, hierárquica, a qual marginalizou populações indígenas e escravizou descendentes de africanos,²⁵ teve o sistema jurídico imposto e recentemente trouxe elementos do Common Law para a processualística civil para fins de garantir mais uniformidade nas decisões e segurança jurídica para as partes, de modo que referida importação, por um lado, é aparentemente profícua, mas por outro demonstra como o brasileiro realmente duvida do seu próprio potencial criativo e regenerador.

O pluralismo jurídico existe no Brasil, mas não é reconhecido, de modo que no momento atual o direito estatal não dialoga com outros direitos. Destarte, é possível que ocorrendo a admissão houvesse maior garantia social de acesso à justiça e maior garantia da efetividade do direito. Isto não significa dizer que o pluralismo do direito seria mais eficaz que o sistema de precedentes (até mesmo porque são situações singulares), porém visa demonstrar que o Brasil ainda tem dificuldades de verificar em si próprio as aptidões para amenizar a gama de processos que assolam cada vez mais o Poder Judiciário, uma vez que constantemente busca em outros países (inclusive com sistemas jurídicos diversos) soluções para os seus problemas, reconhecendo a preferência pelo que é externo.

Referida predileção faz com que o Brasil tenha dificuldade de se impor e afasta ainda mais as chances de emancipação. Destarte, é inegável o mérito do sistema de precedentes em seu intuito de gerar estabilidade das relações jurídicas por meio de decisões coesas e uniformes, tanto é que a crítica circunda o fato de que ao importar, com adaptações, o sistema de precedentes do Common Law, o Brasil obstrui, ainda que parcialmente, a virtude da emancipação instigada pelo NCLA.

Destarte, o Brasil é capaz de alcançar o que está firmado no terceiro ciclo do NCLA porque é composto por diversas nações e tem força para concretizar este novo paradigma, porém precisa caminhar no sentido de conceder voz aos que foram encobertos pela ocidentalização (sobretudo as populações originárias), aproximando a produção do direito do seu povo.

Nos dias de hoje, a preocupação com o grau de eficácia das regulamentações sociais e com o modelo normativo vigente é grande, uma vez que muitos modelos se encontram em crise (tanto é que foi possível mesclar Common Law e Civil Law). Neste sentido, no Brasil, o monismo do direito é insuficiente para atender as demandas da sociedade (tanto é que socorre-se em sistemas jurídicos alheios). O direito

²⁴ CARDOSO, Gleisson Lucas. Stare Decisis vs o sistema de precedentes no brasil com face ao novo código de processo civil. **RJLB**, Ano 2, N. 3, 2016, p. 703.

²⁵ OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: el estado moderno en contextos pluralistas. **Panor. Braz. law** - Year 4 - Numbers 5 and 6 – 2016, p. 377.

estatal é, muitas vezes, impotente, de modo que a proposta pluralista reconhece a diversidade (não nega o Estado), além de permitir a elaboração de métodos mais apropriados para determinadas lides e de independer de criações exteriores, promovendo a verdadeira emancipação pregoada pelo NCLA.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil possui um potencial, consideravelmente incisivo, capaz de trazer à tona o pluralismo jurídico do país e fomentar a emancipação bradada pelo NCLA, especialmente a partir de determinados movimentos sociais, visto que detém riquezas culturais que precisam ter suas vozes escutadas e seus ensinamentos percebidos e reproduzidos, em detrimento da exaltação de referências advindas do exterior.

Não se afasta o mérito da doutrina de Ronald Dworkin ou a importância do sistema de precedentes para a estabilidade e uniformidade das decisões judiciais no Brasil, entretanto, o debate circunda o fato de que se ignoram as possibilidades de buscar mecanismos internos para solucionar os problemas (que no caso em apreço é a dispersão jurisprudencial), sendo que tal cenário prejudica o trabalho emancipatório proposto pelo NCLA, uma vez que faz parecer que os brasileiros são imperitos e, por sua vez, incapazes de edificar meios para solver os seus próprios óbices.

A importação de expedientes na lei processual cível, os quais sequer integram o Civil Law, somado ao fato de que o Brasil participa do NCLA, que tem como premissa basilar a autonomia da região, a libertação das amarras coloniais e o fortalecimento do pluralismo jurídico, demonstra que existe um fluxo reverso, uma incompatibilidade, entre o sistema de precedentes do NCPC brasileiro e a emancipação proposta pelo NCLA, de maneira que é necessária uma mudança de mentalidade, vontade e postura para afixar no Brasil as premissas que foram fixadas pelo último ciclo do NCLA.

Além disso, afastar o fluxo reverso entre as importações jurídicas alheias e a emancipação proposta pelo NCPC é fundamental para impossibilitar que a introdução de dogmas externos se torne uma prática comum e reiterada no Brasil, de modo que mencionado distanciamento valoriza a cultura nacional.

A partir da consagração do pluralismo jurídico no Brasil será possível tornar a justiça mais eficaz e também mais célere, compartilhando o dever do Estado de dizer o direito com outras ordens que respeitem os Direitos Humanos Fundamentais e os Direitos da Natureza, o que pode tornar desnecessária a busca de soluções em outros sistemas jurídicos para problemas internos, uma vez que o Estado conseguirá ceder mais atenção para cada processo, desobstruindo o Poder Judiciário e garantindo uma maior segurança jurídica e, por conseguinte, uma jurisprudência mais coesa.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALVES, Marina Vitória. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-Americano: características e distinções. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, V. 19, N. 34, Agosto de 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 13 out. 2020.

CARDOSO, Gleisson Lucas. Stare Decisis vs o sistema de precedentes no brasil com face ao novo código de processo civil. **RJLB**, Ano 2, N. 3, 2016

CATHARINA, Alexandre de Castro. Sistema de precedentes judiciais e sua compatibilidade com a democratização da justiça na formação da decisão judicial. **Redes - Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, vol. 2, n. 2, nov. 2014.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. O sistema de precedentes do novo Código de Processo Civil como vetor de proteção da segurança jurídica. Publicado em: 06 mai. 2019. **Justiça & Cidadania**. Edição 225. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br> Acesso em: 13 out. 2020.

DWORKIN, Ronald. Dworkin. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luis Camargo. São Paulo. Martins Fontes, 1999.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coordinador) **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; SACONATO, Thais Estevão. **A teoria dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro: segurança jurídica e acesso à justiça**. Acesso à justiça II [Recurso eletrônico online] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, José Querino Tavares Neto, Camila Silva Nicácio. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

LEMO JUNIOR, Eloy Pereira; BATISTA, Cristiano. Precedentes judiciais e o sistema jurídico brasileiro de tradição civil law. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**. Editora Unijuí. Ano XXVII. N. 50, jul./dez. 2018.

OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: el estado moderno en contextos pluralistas. *Panor. Braz. law* - Year 4 - Numbers 5 and 6 – 2016.

PASCHOAL, Gustavo Henrique; ANDREOTTI, Paulo Antonio Brizzi. Considerações sobre o sistema de precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 03, n. 04, p.45-60, out./dez. 2018.

STAATS, Sabrina Daiane; MORAIS, Fausto Santos de. **Compreendendo os precedentes no NCPC com base no romance em cadeia de Ronald Dworkin**. Mostra de iniciação científica IMED 2015, p. 09. Disponível em: <https://soac.imed.edu.br/index.php/mic/xmic/paper/viewFile/325/146> Acesso em: 13 out. 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

ARTIGOS GT 3 – DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL

RACISMO E SEGREGAÇÃO PROFISSIONAL NO SÉCULO XXI: REFLEXÕES SOBRE A POLÍTICA DE BRANQUEAMENTO E SEUS EFEITOS NA ATUALIDADE

Tainara Mariana Mallmann¹

INTRODUÇÃO

Em 1530 assistimos ao início da era da escravidão, que perdurou por séculos até ser abolida em 1888. Nesse período histórico o negro era tratado como um objeto, ou seja, poderia ser comercializado, juntamente com as demais mercadorias, pelos homens brancos, seus detentores. Não obstante sua abolição, inicia-se no Brasil outra fase de intolerância e desigualdade: a política do branqueamento.

Os europeus que adentraram em terras brasileiras, influenciados por suas próprias teorias raciais, procederam na miscigenação da população visando deixar a sociedade mais perto da “cor suprema” como forma de construção de uma “identidade nacional”. Para a concretização desse objetivo, as mulheres negras foram submetidas, por inúmeras vezes, a abusos sexuais.

Não obstante a superação da política do branqueamento e reconhecimento da igualdade entre as raças, os negros e mestiços sofrem, até hoje, severas violações de direitos humanos. Esse cenário é, em larga medida, resultado da segregação profissional do negro, que raramente possui acesso aos mesmos postos de trabalhos e condições remuneratórias que o restante da sociedade.

A segregação profissional é resultado da precariedade no fornecimento de educação à essa parcela da população, fazendo-se necessário o investimento em políticas públicas para tornar equitativo o acesso a qualificação profissional e, conseqüentemente, ao mercado de trabalho.

Essa violação irradia seus efeitos por todos os setores da sociedade, já que, em virtude disso os negros possuem restrito acesso a segmentos como saúde, educação e moradia.

Há uma cultura vigente no país de que essa condição a que a população negra está submetida é resultado, exclusivamente, de um passado escravagista, no entanto a sociedade ignora a sua própria participação no estabelecimento de padrões preconceituosos e intolerantes.

Assim, a sociedade ignora todo o preconceito e segregação existentes em âmbito interno, comportamento que tende a se reproduzir entre as presentes e futuras gerações. É preciso haver uma modificação cultural responsável por firmar a identidade de um povo multirracial/miscigenado para que essa seja parte da “identidade nacional” aceita e respeitada em todo o país.

1. DISCRIMINAÇÃO RACIAL: UMA HISTÓRIA ANTIGA

O Brasil é marcado por severas desigualdades sociais, processo que traz como principal consequência a diversidade de oportunidades entre os principais grupos étnicos e raciais.² “O contexto histórico nos mostra que era evidente o desejo de alimentar toda uma estrutura histórica que mantinha

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. E-mail: tainaramariana2009@hotmail.com.

² CERQUEIRA, Victoria Lemos de. **A inserção do negro no mercado de trabalho brasileiro na década passada**. p. 17.

uma parcela de brancos ocupando todos os lugares de poder em detrimento do povo negro-africano”.³

A escravidão foi admitida no país entre os anos de 1530 e 1888, período no qual a força de trabalho escrava se encontrava em todos os labores, como atividades de exploração, cultivo agrícola, pecuária e nas tarefas domésticas, “garantindo” a superioridade da raça branca sobre a negra e indígena.⁴

O Brasil foi o último país a abolir a escravidão, fato que deixou profundas marcas na sociedade, percebidas até os dias atuais. Na época, a relação do homem branco com o escravo era de “coisificação”. Assim, o negro era visto como uma “coisa” pertencente a um proprietário, “é alugado, vendido, comprado, entra na contabilidade das fazendas ao lado das cabeças de gado, das ferramentas e outros bens materiais”⁵.

Após a abolição do sistema escravocrata os intelectuais brasileiros enfrentaram a seguinte questão: “como inserir os ex-escravizados na sociedade republicana que surgia naquele momento?”. A ideia vigente era de que os negros poderiam ser considerados uma ameaça para a identidade nacional, representando algo oposto aos ideais civilizatórios brancos⁶.

Reproduzia-se o discurso sobre “identidade nacional”, promovido por parcela da elite política e intelectual, em grande monta influenciado pelas teorias raciais europeias e norte-americanas. A abolição da escravidão fez com que os pensadores comesçassem a refletir acerca da construção de uma nação e de uma “identidade nacional”, situação que se colocava como um desafio ante a nova categoria de cidadãos que surgia: os ex-escravizados⁷.

A solução empregada para apagar a mancha negra foi um processo de branqueamento da população, por intermédio da miscigenação, processo que buscava, essencialmente, diminuir o número de negros no país. “Isso se inicia com o estupro da mulher negra pelos homens brancos da sociedade dominante, em larga escala, dando continuidade ao processo de genocídio dos negros brasileiros”⁸.

Visou absorver membros de determinado grupo étnico-racial que resultaria na homogeneidade, unificando diferentes identidades em prol da construção de uma “identidade nacional” para o embranquecimento físico e cultural do povo brasileiro e conseqüente extinção da população negra⁹.

Esse processo é responsável por difundir a ideia de que o sangue branco purificava o negro. “Um negro com o tom de pele mais clara não sofrerá as mesmas violências psicológicas que um negro de pele mais retinta, pois esse último, torna-se negro pela rejeição que a sociedade tem de seus traços”. Como

³ PHILIPPE, Susan Stanley; PORTO, Rhuann Lima Fernandes; PIRES, Flávio Rocha Pires da. Considerações sobre o Racismo e o branqueamento: a lei 10.639/03 como mecanismo de autoafirmação da identidade negra. **Revista África e Africanidades** – Ano XI – n.27, jul.2018 -ISSN 1983-2354. Disponível em: <https://africaeaficanidades.net/documentos/0020072018.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020. p. 07.

⁴ MAIA, Kenia Soares; ZAMORA, Maria Helena Navas. **O Brasil e a Lógica Racial: Do branqueamento à produção de subjetividade do racismo**. Departamento de Psicologia da PUC-Rio, Rio de Janeiro, Brasil. *Psic. Clin.*, Rio de Janeiro, vol. 30, n.2, p. 265 – 286. 2018. p. 267/268. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/pc/v30n2/05.pdf>. Acesso em 10 out. 2020.

⁵ NUNES, Sylvia da Silveira. **Racismo no Brasil: tentativas de disfarce de uma violência explícita**. *Psicologia USP*, 2006, 17(1), 89-98. Faculdade Taboão da Serra – SP. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pusp/v17n1/v17n1a07.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020. p. 90.

⁶ PHILIPPE, Susan Stanley; PORTO, Rhuann Lima Fernandes; PIRES, Flávio Rocha Pires da. **Considerações sobre o Racismo e o branqueamento: a lei 10.639/03 como mecanismo de autoafirmação da identidade negra**. p. 08.

⁷ PANTA, Mariana; PALLISSER, Nikolas. “Identidade nacional brasileira” versus “identidade negra”: reflexões sobre branqueamento, racismo e construções identitárias. **Revista Espaço Acadêmico** - nº 195- Agosto/2017. Ano XVII. ISSN 1519.6186. Disponível em: <file:///C:/Users/taina/Downloads/34664-Texto%20do%20artigo-171899-1-10-20170804.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020. p. 118.

⁸ PHILIPPE, Susan Stanley; PORTO, Rhuann Lima Fernandes; PIRES, Flávio Rocha Pires da. **Considerações sobre o Racismo e o branqueamento: a lei 10.639/03 como mecanismo de autoafirmação da identidade negra**. p. 08.

⁹ PANTA, Mariana; PALLISSER, Nikolas. **“Identidade nacional brasileira” versus “identidade negra”**: reflexões sobre branqueamento, racismo e construções identitárias. p. 118/119.

resultado, visando a ascensão social o negro busca identificar-se com o branco, porquanto a branquitude foi posta como um ideal a ser seguido¹⁰.

Embora a política do branqueamento e o projeto de construção de uma identidade nacional tenham sido abandonados em meados do século XX, a ideologia que serviu de inspiração para o seu desenvolvimento surte seus efeitos ainda na atualidade, “sobretudo no que diz respeito ao desejo de muitos mestiços de ingressar na identidade branca, tida, historicamente, como superior”¹¹.

Na década de setenta assistimos ao início de diversos movimentos sociais negros reivindicando a criação de leis que permitissem o desenvolvimento de conteúdo e pesquisa étnico-raciais, aptas a conceder visibilidade ao papel do negro no desenvolvimento e construção do estado brasileiro. Como resultado desses esforços foi promulgada a Lei nº 10.639/03 que incluiu no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira"¹².

Ainda hoje não há debates sobre o papel do branco no desencadeamento dessa cultura racista que gera tamanha desigualdade. Há um ideal implícito na sociedade de que essa cultura de exclusão foi gerada, exclusivamente, pelo passado escravagista, gerando uma falsa ilusão de que o branco sequer participou deste processo¹³.

Esse argumento retira toda a responsabilidade de pessoas brancas sobre o meio e condição social que o negro está inserido atualmente, fazendo com que a população, de modo geral, acredite que os problemas são derivados da classe. Esse seria, portanto, um dos primeiros sintomas da branquitude: o branco achar que não faz parte da manutenção do racismo vivido pelo negro.

A Constituição Federal, grande marco para o reconhecimento da igualdade racial, estabeleceu, expressamente, no *caput* do art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”¹⁴.

Apesar de a igualdade estar estampada no mais importante texto legal brasileiro, no final do último século o mapeamento das condições de vida dos negros ainda apontava diversas carências, como a “baixa escolaridade, a média de anos estudados da população negra ocupada com mais de 16 anos era de 5,2 anos, contra 7,6 anos da população branca”¹⁵.

Os reflexos do racismo são percebidos dia-a-dia, ora escancarado, ora silencioso. Pesquisas demonstram, inclusive, que negros e brancos são tratados de forma diversa pela justiça, sendo que o tratamento mais severo é depreendido para essa minoria¹⁶.

¹⁰ PHILIPPE, Susan Stanley; PORTO, Rhuann Lima Fernandes; PIRES, Flávio Rocha Pires da. **Considerações sobre o Racismo e o branqueamento**: a lei 10.639/03 como mecanismo de autoafirmação da identidade negra. p. 16.

¹¹ PANTA, Mariana; PALLISSER, Nikolas. “**Identidade nacional brasileira**” versus “**identidade negra**”: reflexões sobre branqueamento, racismo e construções identitárias. p. 119.

¹² PHILIPPE, Susan Stanley; PORTO, Rhuann Lima Fernandes; PIRES, Flávio Rocha Pires da. **Considerações sobre o Racismo e o branqueamento**: a lei 10.639/03 como mecanismo de autoafirmação da identidade negra. p. 22.

¹³ PHILIPPE, Susan Stanley; PORTO, Rhuann Lima Fernandes; PIRES, Flávio Rocha Pires da. **Considerações sobre o Racismo e o branqueamento**: a lei 10.639/03 como mecanismo de autoafirmação da identidade negra. p.20.

¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 11 out. 2020.

¹⁵ CERQUEIRA, Victoria Lemos de. **A inserção do negro no mercado de trabalho brasileiro na década passada**. 2012. 61 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Instituto de Economia. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012. Disponível em: [file:///C:/Users/taina/Downloads/CerqueiraVictoriaLemosde_TCC%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/taina/Downloads/CerqueiraVictoriaLemosde_TCC%20(1).pdf). Acesso em 10 out. 2020. p. 09.

¹⁶ NUNES, Sylvia da Silveira. **Racismo no Brasil**: tentativas de disfarce de uma violência explícita. p. 96.

O passado histórico de repressão e exclusão das minorias continua, nos mais diversos setores da sociedade, surtindo seus efeitos na atualidade. A parcela negra da população é sistematicamente prejudicada em setores como educação, saúde e qualidade de vida.

Ainda no século passado, a situação da moradia dessas populações era extremamente precária, sendo que apenas uma parcela dos negros residia em locais considerados adequados aos padrões do IBGE, situação que, em grande medida, é ocasionada pela nefasta inserção desse grupo racial no mercado de trabalho¹⁷.

Apesar das transformações sociais e econômicas do Brasil que melhoraram muito as condições do mercado de trabalho na década de 2000, a população negra não foi devidamente integrada nessas melhorias, ou seja, ela continua ocupando uma posição marginal, que remete a uma discriminação dissimulada nas relações de trabalho, que é decorrente de uma discriminação sistemática dos negros no trabalho que aconteceu no período escravista e pós-Abolição, quando os negros foram marginalizados e substituídos por mão-de-obra imigrante européia.

Historicamente, as melhorias efetuadas no mercado de trabalho, tais quais diminuição de jornadas, aumento do salário mínimo e do trabalho formal, não surtiram efeitos para a integração da população negra nesse nicho, porquanto continuam ocupando cargos de baixa hierarquia, desfavorável remuneração e jornadas longas¹⁸.

Devido a esse cenário de exclusão social há o desencadeamento da desigualdade em âmbito laboral. Homens e mulheres negros são sistematicamente excluídos das relações de trabalho e possuem, conseqüentemente, maior dificuldade para adentrar no mercado ou nele permanecer com igualdade de salários.

2. SEGREGAÇÃO PROFISSIONAL POR RAÇA

O termo “segregação” no mercado de trabalho significa o estabelecimento de um padrão de contratação de pessoas para o desenvolvimento laboral, segundo características como sexo, cor, nacionalidade e qualificação profissional¹⁹.

No mercado de trabalho brasileiro resta evidenciado o comportamento preconceituoso por parte dos empregadores, “que resultam em discriminação contra os trabalhadores negros e consequente alocação dos negros em ocupações que exibem menores níveis de renda”²⁰.

Segundo pesquisa do Datafolha, em 1995, 45% (quarenta e cinco por cento) dos autodeclarados negros considerava como o maior problema enfrentado, por essa faixa da população, a inserção no mercado de trabalho. Em contrapartida, no ano de 2008 esse número aumentou para 55% (cinquenta e cinco por cento).²¹

De acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua)

¹⁷ CERQUEIRA, Victoria Lemos de. **A inserção do negro no mercado de trabalho brasileiro na década passada**. p. 09.

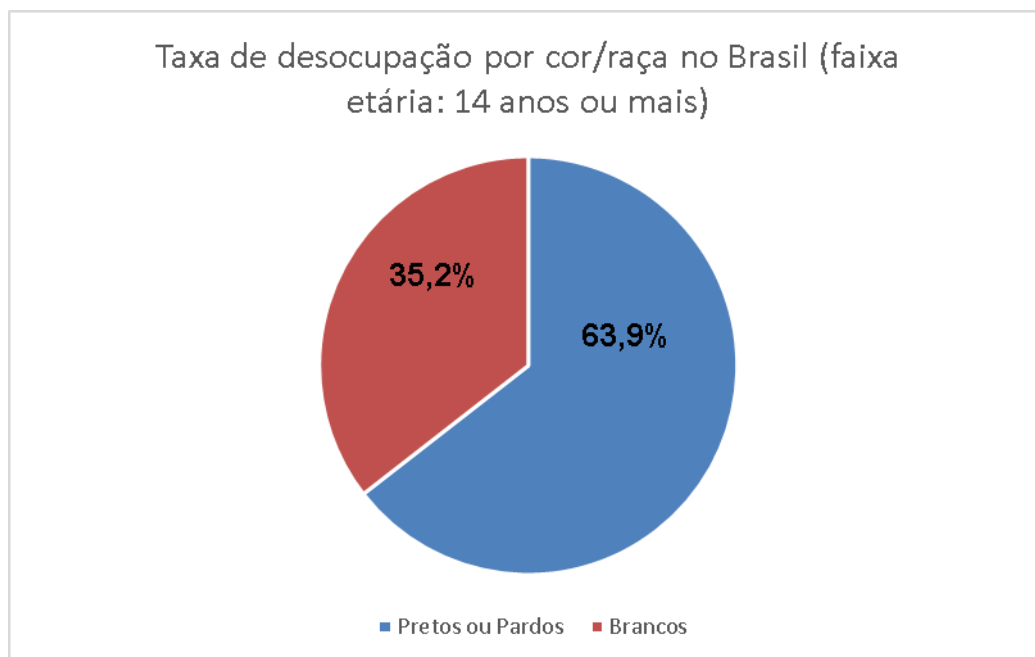
¹⁸ CERQUEIRA, Victoria Lemos de. **A inserção do negro no mercado de trabalho brasileiro na década passada**. p. 10.

¹⁹ RIBEIRO, Rosana; ARAÚJO, Guilherme Silva. Segregação Ocupacional no mercado de trabalho segundo cor e nível de escolaridade no Brasil contemporâneo. **Nova economia**. V.26, n.01. P. 147/177. 2016. p. 148.

²⁰ PAULA, Bruno Galetta Caetano de; RIBEIRO, Rosana Aparecida. **Impactos de segregação ocupacional e da discriminação sobre rendimentos de brancos e negros no mercado de trabalho brasileiro**. Disponível em: https://www.bnb.gov.br/documents/160445/226386/ss4_mesa2_artigos2014_impactos_segregacao_occupacional_discriminacao.pdf/4da2d43f-d1f1-4c70-9564-cd83cb48cd93. Acesso em 11 out. 2020. p. 04.

²¹ CERQUEIRA, Victoria Lemos de. **A inserção do negro no mercado de trabalho brasileiro na década passada**. p. 12.

divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no primeiro semestre de 2019, 63,9% dos desempregados no Brasil eram de cor preta ou parda, ao passo que os brancos representavam 35,2% dessa distribuição. Restou expressamente consignado que as taxas de desocupação observadas entre negros apresentam, a cada ano da pesquisa, estimativas mais elevadas²²:



Um fator que, inevitavelmente, contribui para esse cenário, é o nível de escolaridade da população preta ou parda. Os negros, no geral, adentram no mercado de trabalho mais cedo e saem mais tarde, o que leva, na maioria das vezes, a evasão escolar. Enquanto a média de anos de estudo da população branca era, em 2009, de 15 anos ou mais de estudo, a média da população preta ou parda ficava em 8,4 anos de estudo²³. Por conseguinte, “o total de pessoas de cor preta ou parda dessa faixa etária (18 a 24 anos) que cursavam o ensino superior, em 2015, era de 12,8%”. Ressalta-se, essa estimativa ainda ficou muito abaixo do percentual alcançado por jovens estudantes brancos dez anos antes (17,8%)²⁴.

Esse dado é relevante porque, segundo o IBGE, o fator escolaridade possui grande influência sobre a taxa de desocupação da população brasileira. Pessoas com menos escolaridade padecem com o maior índice de desemprego. No primeiro trimestre de 2019, 43,7% desocupados no Brasil não completaram o Ensino Médio, que consistiu na maior taxa de desocupação demonstrada na pesquisa²⁵.

As ocupações de melhor remuneração e que exigem nível superior de qualificação, são aquelas que apresentam maior justiça social nos processos de seleção, entretanto esse dado esbarra na problemática já

²² Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua**. Mercado de Trabalho Brasileiro. 1º trimestre de 2019. 16 de maio de 2019. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/8ff41004968ad36306430c82eece3173.pdf. Acesso em 10 out. 2020.

²³ PAULA, Bruno Galetete Caetano de; RIBEIRO, Rosana Aparecida. **Impactos de segregação ocupacional e da discriminação sobre rendimentos de brancos e negros no mercado de trabalho brasileiro**. p. 05.

²⁴ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua**. Mercado de Trabalho Brasileiro. 1º trimestre de 2019. 16 de maio de 2019.

²⁵ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua**. Mercado de Trabalho Brasileiro. 1º trimestre de 2019. 16 de maio de 2019. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/8ff41004968ad36306430c82eece3173.pdf. Acesso em 10 out. 2020.

mencionada: a baixa escolaridade e qualificação dessa parcela da população. O grande desafio que se coloca, portanto, é a necessidade de edição de políticas públicas para a potencialização do acesso à educação e qualificação profissional dos negros²⁶.

Estudo recente (2010) sobre fecundidade demonstra que as mulheres com filhos de até um ano de idade tendem a enfrentar maior dificuldade para se inserir no mercado de trabalho, e dentre elas, as negras apresentam maior índice de fecundidade recente²⁷.

As mulheres negras, assim como os homens, possuem menor qualificação profissional, além de sofrerem com a discriminação por gênero. A diferença salarial entre homens negros e brancos se deve a fatores como grau mais baixo de escolaridade e ocupação de cargos com menor prestígio²⁸.

A análise sobre as diferenças salariais pode ser feita com base em quatro anos da pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio (PNAD): 1986, 1995, 2005 e 2015. Em 1986, os homens negros recebiam 53% da média salarial de um homem branco, já as mulheres brancas recebiam 63%, e as mulheres negras, por fim, um total de 35%²⁹.

Relatam os autores que, em 2015, as diferenças salariais mostram-se menores, período em que um homem negro recebia 58% do salário de um homem branco, as mulheres brancas 88% e as mulheres negras 50%. Desse cenário, ressalta-se, é possível afirmar que as mulheres negras são as que mais padecem com as diferenças salariais.

Em todos os anos, os homens brancos obtiveram salários mais elevados, em 40% acima da média, ao passo que as mulheres negras possuíram os mais baixos³⁰. De acordo com o IBGE 2016, o rendimento da população branca perfazia o montante de R\$ 2.660,00, valor acima da média nacional de R\$ 2.043,00, montante consideravelmente mais elevado se comparado a população preta e parda, os quais perfazem uma média mensal de R\$ 1.480,00 e R\$ 1.461,00, respectivamente³¹.

Para os autores, essa discrepância econômica resultou, ao longo dos anos, a associação da imagem do negro a pobreza, que acrescenta, inclusive, uma visão marginalizada dessa parcela da sociedade.

É possível afirmar que os trabalhadores negros se submetem, na maioria das vezes, ao exercício das ocupações mais insalubres, de maior risco, menor produtividade, remuneração e proteção social, sendo que “uma vez que muitos negros continuam restritos às piores ocupações, as desigualdades entre brancos e negros tendem a se perpetuar”³².

Consoante se denota, o preconceito racial ainda é extremamente presente na sociedade, fazendo-

²⁶ PAULA, Bruno Galetete Caetano de; RIBEIRO, Rosana Aparecida. **Impactos de segregação ocupacional e da discriminação sobre rendimentos de brancos e negros no mercado de trabalho brasileiro**. p. 21.

²⁷ SILVEIRA, Leonardo Souza; LEÃO, Natália Siqueira. O impacto da segregação ocupacional por gênero e raça na desigualdade de renda no Brasil em três décadas (1986-2015). *RELAP - Revista Latinoamericana de Población*. Vol. 14 - Número 27: 41-76 <http://doi.org/10.31406/relap2020.v14.i12.n27.2>. ISSN 2393-6401. Disponível em: <https://revistarelap.org/index.php/relap/article/view/245/390>. Acesso em: 11 out. 2020. p. 45.

²⁸ SILVEIRA, Leonardo Souza; LEÃO, Natália Siqueira. **O impacto da segregação ocupacional por gênero e raça na desigualdade de renda no Brasil em três décadas (1986-2015)**. p. 46.

²⁹ SILVEIRA, Leonardo Souza; LEÃO, Natália Siqueira. **O impacto da segregação ocupacional por gênero e raça na desigualdade de renda no Brasil em três décadas (1986-2015)**. p. 54.

³⁰ SILVEIRA, Leonardo Souza; LEÃO, Natália Siqueira. **O impacto da segregação ocupacional por gênero e raça na desigualdade de renda no Brasil em três décadas (1986-2015)**. p. 65.

³¹ MONTEIRO, Ellen Pereira; FRANCISCO, Larissa Brasilino. **Ocupações: a resistência da negritude nos centros urbanos**. 5º Seminário Salvador e suas cores. Disponível em: <http://nephu.sites.uff.br/wp-content/uploads/sites/457/2019/11/OCUPA%C3%87%C3%95ES-A-RESIST%C3%8ANCIA-DA-NEGRIUDE-NOS-CENTROS.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020. p. 02.

³² PAULA, Bruno Galetete Caetano de; RIBEIRO, Rosana Aparecida. **Impactos de segregação ocupacional e da discriminação sobre rendimentos de brancos e negros no mercado de trabalho brasileiro**. p. 20.

se necessária a adoção de políticas públicas visando a distribuição mais equitativa de oportunidades e rendimentos como forma de concretizar a justiça social. Essa problemática perpassa, de forma primária, pela necessidade de adoção de instrumentos que atribuam as mesmas oportunidades educacionais e, portanto, de qualificação a toda a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, conclui-se que a violação a direitos fundamentais dessa minoria esteve presente desde os primórdios da humanidade, tomando diversas roupagens. Primeiramente o negro não era considerado um indivíduo detentor de direitos, mas considerado um objeto, algo a ser comercializado e trocado em transações mercantis, situação que perdurou até 1888.

Após a abolição da escravidão, o homem branco começa a pensar na melhor forma de introduzir os ex-escravizados na sociedade, momento histórico no qual passou a se defender a Política do Branqueamento. Ocorreram, neste período, diversas violações a direitos humanos dessa minoria que, em prol da miscigenação da população, passou a ser alvo de diversas formas de violência, inclusive sexual.

Buscava-se, naquele momento, a formação de uma “identidade nacional” completamente desvinculada da negritude, apagando-se um passado de culturas e crenças que, adiante, deveria estar interligado apenas a cultura branca. Com isso, era esperado que se apagasse a mancha negra da sociedade, formando-se um país predominantemente branco.

Nos dias atuais, apesar da superação dessas velhas tendências, a população negra ainda é alvo de diversas violações, ora de forma mascarada, ora explícita. Um dos elementos cruciais que mantém os negros em uma situação de vulnerabilidade social, é a segregação profissional, que se encarrega de fazer com que o negro não tenha acesso as mesmas vagas de trabalho ou patamar salarial que o restante da sociedade.

A maior taxa de desocupação da população brasileira ainda pertence a esta categoria, o que retrata velhos padrões de comportamento tomando forma na seara laboral. Um fator que muito contribui para esse cenário é o contingente acesso dessa parcela da sociedade a uma educação formal e de qualidade, porquanto os negros, em geral, estudam por um menor período de tempo e, geralmente, ingressam mais cedo no mercado de trabalho.

Como visto, há diversos desafios a serem superados na construção de um mundo mais igualitário, sem preconceitos. Apesar de a Carta Magna garantir, expressamente, a igualdade entre os indivíduos, o Brasil ainda não conseguiu superar a influência das teorias raciais europeias e norte-americanas, e continua a encarar essa parcela da população com inferioridade e discriminação.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CERQUEIRA, Victoria Lemos de. **A inserção do negro no mercado de trabalho brasileiro na década passada**. 2012. 61 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Instituto de Economia. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012. Disponível em: file:///C:/Users/taina/Downloads/CerqueiraVictoriaLemosde_TCC%20(1).pdf. Acesso em 10 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 11 out. 2020.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua**. Mercado de Trabalho Brasileiro. 1º trimestre de 2019. 16 de maio de 2019.

Disponível

em:

https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/8ff41004968ad36306430c82eece3173.pdf. Acesso em 10/10/2020.

MAIA, Kenia Soares; ZAMORA, Maria Helena Navas. **O Brasil e a Lógica Racial: Do branqueamento à produção de subjetividade do racismo.** Departamento de Psicologia da PUC-Rio, Rio de Janeiro, Brasil. *Psic. Clin.*, Rio de Janeiro, vol. 30, n.2, p. 265 – 286, 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/pc/v30n2/05.pdf>. Acesso em 10 out. 2020.

MONTEIRO, Ellen Pereira; FRANCISCO, Larissa Brasilino. **Ocupações: a resistência da negritude nos centros urbanos.** 5º Seminário Salvador e suas cores. Disponível em: <http://nephu.sites.uff.br/wp-content/uploads/sites/457/2019/11/OCUPA%C3%87%C3%95ES-A-RESIST%C3%8ANCIA-DA-NEGRITUDE-NOS-CENTROS.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

NUNES, Sylvia da Silveira. **Racismo no Brasil: tentativas de disfarce de uma violência explícita.** *Psicologia USP*, 2006, 17(1), 89-98. Faculdade Taboão da Serra – SP. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pusp/v17n1/v17n1a07.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

PANTA, Mariana; PALLISSER, Nikolas. “Identidade nacional brasileira” versus “identidade negra”: reflexões sobre branqueamento, racismo e construções identitárias. **Revista Espaço Acadêmico** - nº 195- Agosto/2017. Ano XVII. ISSN 1519.6186. Disponível em: <file:///C:/Users/taina/Downloads/34664-Texto%20do%20artigo-171899-1-10-20170804.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

PAULA, Bruno Galetto Caetano de; RIBEIRO, Rosana Aparecida. **Impactos de segregação ocupacional e da discriminação sobre rendimentos de brancos e negros no mercado de trabalho brasileiro.** Disponível em: https://www.bnb.gov.br/documents/160445/226386/ss4_mesa2_artigos2014_impactos_segregacao_occupacional_discriminacao.pdf/4da2d43f-d1f1-4c70-9564-cd83cb48cd93. Acesso em 11 out. 2020.

PHILIPPE, Susan Stanley; PORTO, Rhuann Lima Fernandes; PIRES, Flávio Rocha Pires da. Considerações sobre o Racismo e o branqueamento: a lei 10.639/03 como mecanismo de autoafirmação da identidade negra. **Revista África e Africanidades** – Ano XI – n.27, jul.2018 -ISSN 1983-2354. Disponível em: <https://africaeaficanidades.net/documentos/0020072018.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

RIBEIRO, Rosana; ARAÚJO, Guilherme Silva. Segregação Ocupacional no mercado de trabalho segundo cor e nível de escolaridade no Brasil contemporâneo. **Nova economia**. V.26, n.01. P. 147/177, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/neco/v26n1/1980-5381-neco-26-01-00147.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

CONTEXTUALIZANDO A EMIGRAÇÃO BRASILEIRA: FLUXOS MIGRATÓRIOS DE BRASILEIROS PARA O PARAGUAI, JAPÃO E ESTADOS UNIDOS

Mariana Galvan dos Santos¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo explorar o aspecto histórico da emigração, bem como os motivos pelos quais os brasileiros decidem residir em outro país, que não o seu local de nascimento. Incluindo a estes aspectos, serão apresentadas as benesses e as adversidades que passam os emigrantes brasileiros, tendo em vista a discriminação e preconceito existente, infelizmente, no mundo todo, especialmente onde há uma gama de imigrantes ilegais.

Uma contribuição importante é a análise minuciosa e pormenorizada da emigração para o Paraguai, o Japão e os Estados Unidos, essas que iniciam na década de 1950, estendem-se até os dias atuais e continuam sendo os principais destinos de brasileiros que desejam migrar. Essencialmente pelas questões como melhores condições econômicas, mas ligando-se também a proximidade de seu país de origem, e, por consequência, de familiares e amigos; o regresso à terra natal de seus antepassados e/ou; as oportunidades de trabalho, de estudo e de moradia.

Por último, relacionamos a emigração às legislações vigentes, todas com cunho humanitário, a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Declaração de Nova York (2016) e, principalmente, a Lei 13.445/17, conhecida como Lei de Migração, que trata, em nível infraconstitucional, dos migrantes. Lei a qual sucedeu o Estatuto do Estrangeiro (1980), que não compreendia o caráter humanitarista das leis já referenciadas.

Para a construção do presente trabalho utiliza-se o método dedutivo de abordagem e a técnica de pesquisa bibliográfica, enquanto o procedimento deste é descritivo.

1. CIRCUNSTÂNCIAS: MOTIVAÇÕES E INCONSTÂNCIAS DE RESIDIR FORA DE SEU PAÍS DE ORIGEM

A migração é um processo histórico onde há deslocamento de pessoas de um lugar a outro. Entretanto devido a globalização, a tecnologia e a informação, cada vez mais o mundo todo se interliga, seja deslocando-se diretamente, seja pelos meios de comunicação. Especialmente com esses progressos, milhares de pessoas no mundo têm migrado nas últimas décadas, principalmente em busca de melhores condições de vida.

O Brasil é demasiadamente conhecido como um país de imigração (De acordo com a Lei 13.445/17. Art. 1º, § 1º, II: "imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil"²), ou seja, um país de destino. O processo emigratório (De acordo com a Lei 13.445/17. Art. 1º, § 1º, III: "emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou

¹ Acadêmica do V Nível do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo e integra o Grupo de Pesquisa "A efetividade dos Direitos Humanos no plano internacional". E-mail: marianagalvansantos@gmail.com.

² BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm#art125. Acesso em: 23 set 2020.

definitivamente no exterior"³) brasileiro se dá a partir de 1950, intensificando-se nas últimas décadas. Os motivos se dão a partir das dificuldades enfrentadas no país, grande parte ligada ao trabalho (desemprego, péssimas condições de trabalho e principalmente as baixas remunerações) mas também ligadas à segurança e educação. Muitas vezes ligadas à segurança e educação, além de que, com o "aumento das facilidades de transporte e informação"⁴, muitos brasileiros vislumbraram a possibilidade de começar uma nova fase em local distinto àquele que nasceu, constando como principais destinos o Paraguai, o Japão e os Estados Unidos.

Exemplificando, no ano de 2017, o Brasil estava ocupando a 17ª (décima sétima) posição em um ranking de cinquenta países, que em maior número emigram para os países da OCDE (a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), ou seja, para os países "ricos"⁵. Em outros termos, os brasileiros procuram nações mais prósperas economicamente "em decorrência da estagnação econômica e desemprego"⁶ que assolam o Brasil.

Entretanto, a incorporação desses emigrantes brasileiros no mercado de trabalho é crítica, principalmente pela forma de ingresso no país, que muitas vezes, é irregular. Além disso, a falta de informação sobre os direitos do migrante e a baixa educação, frequentemente acentuada pela incompreensão da língua do país, agravam a situação⁷. Isso faz com que o emigrante acabe realizando serviços que os nacionais não tencionam, sendo simplificado pelos japoneses por *3K: kitanai, kiken e kitsui* (sujo, perigoso e penoso), com mais duas particularidades incluídas pelos brasileiros: *kibishii* e *kirai* (exigente e detestável)⁸.

2. PRINCIPAIS DESTINOS DOS BRASILEIROS

Segundo as pesquisas realizadas, desde a década de 1950, os principais destinos dos brasileiros são o Paraguai, o Japão e os Estados Unidos. Essas nações são escolhidas visando as necessidades dos brasileiros. Entre essas necessidades, podemos citar, em especial: terras para plantio, proximidade com a terra natal e, por consequência, familiares e amigos; regresso à terra natal de seus ascendentes e/ou; aquisição de conhecimentos a partir de estudos e trabalho, além de ascender economicamente, entre outros.

2.1 PARAGUAI

O Paraguai faz divisa com o Brasil, e acaba por ser uma opção de "fácil acesso". Essa emigração tem

³ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.

⁴ AMARAL, Ana Paula Martins; COSTA, Luiz Rosado; ALLGAYER, Cristiane Batista Arrua. O brasileiro como estrangeiro: a política migratória brasileira para emigrantes. Piracicaba: **Cadernos de Direito**, v. 17 (33), 257-285, jul-dez, 2017, p. 257. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-Dir_n.33.12.pdf. Acesso em: 17 set 2020.

⁵ FERNANDES, Daniela. Brasil sobe em ranking de países que mais enviam imigrantes para nações ricas. Paris: **BBC News Brasil**, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-49731607>. Acesso em: 23 set 2020.

⁶ AMARAL, Ana Paula Martins; COSTA, Luiz Rosado; ALLGAYER, Cristiane Batista Arrua. O brasileiro como estrangeiro: a política migratória brasileira para emigrantes. p. 257.

⁷ AMARAL, Ana Paula Martins; COSTA, Luiz Rosado; ALLGAYER, Cristiane Batista Arrua. O brasileiro como estrangeiro: a política migratória brasileira para emigrantes. p. 266-267

⁸ BELTRAO, Kaizô Iwakami; SUGAHARA, Sonoe. Permanentemente temporário: dekassegus brasileiros no Japão. São Paulo: **Rev. bras. estud. Popul**, v. 23, n. 1, p. 61-85, 2006, p. 62. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982006000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 set 2020.

início na década de 1950 mas se intensificou na década de 1970⁹ onde houveram "promessas de terras férteis e baratas"¹⁰. Essas promessas se efetivaram com a implementação de um plano para colonização e facilitação da entrada de brasileiros, além de viabilização do desmatamento florestal com finalidade de cultura agrícola¹¹.

Assim, os chamados *brasiguaios* (mistura de brasileiros e paraguaios) saíram do Brasil em busca de melhores condições, explicando "o êxodo de milhares de camponeses sem terra ou com pouca terra para o Paraguai"¹². Segundo pesquisa apresentada por Albuquerque, até o ano de 2009, a emigração brasileira no Paraguai compreendia a "maior migração de brasileiros para uma nação fronteiriça e a segunda maior comunidade de brasileiros no exterior"¹³.

Com a grande quantidade de brasileiros emigrantes para o Paraguai, houve a incorporação de diversas culturas brasileiras (como a língua portuguesa, músicas, culinária) na cultura local. Além de que, os brasileiros participam efetivamente no poder econômico e político das comunidades às quais pertencem dentro do país, construindo assim uma "'sociedade mestiça' e de 'cultura fronteiriça'"¹⁴.

2.2 JAPÃO

O Japão também foi, e continua sendo, um dos principais destinos de brasileiros, onde esses são conhecidos como *decasséguis* ("brasileiros de origem nipônica e suas famílias que emigram para o Japão em busca de trabalho"¹⁵). A emigração para o Japão se intensificou com a mudança da legislação japonesa na década de 90, que passou a permitir aos descendentes de japoneses, que residiam em outros países, adquirir um visto de longa estadia, também permitindo a eles o estabelecimento de atividades econômicas dentro do Japão¹⁶.

Como já citado, coube aos *dekasseguis* os trabalhos 3K (transformados em 5K) no início de sua emigração. Entretanto, nos dias atuais, há uma enorme onda de brasileiros trabalhando nas manufaturas, estando em evidência a prevalência de homens, sobretudo casados¹⁷. Contudo, segundo pesquisa da Associação Brasileira de Dekasseguis (2004), apresentada por Kaizô Beltrão e Sonoe Sugahara¹⁸, a maioria dos brasileiros residentes no Japão pretendem retornar ao Brasil e, grande parte desses, tem como objetivo abrir um empreendimento próprio quando regressar, esse fato ocorre, especialmente porque no Japão as jornadas de trabalho são excessivamente longas.

⁹ ALBUQUERQUE, José Lindomar C. A dinâmica das fronteiras: deslocamento e circulação dos "brasiguaios" entre os limites nacionais. Porto Alegre: **Horiz. antropol.**, vol. 15 n. 31, p. 137-166, 2009, p.138. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ha/v15n31/a06v1531.pdf>. Acesso em: 23 set 2020.

¹⁰ AZEVEDO, Débora Bithiah De. Brasileiros no Exterior. Brasília: **Câmara dos Deputados**, p. 1-7, 2004, p.1. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2484>. Acesso em: 17 set 2020.

¹¹ ALBUQUERQUE, José Lindomar C. **A dinâmica das fronteiras**: deslocamento e circulação dos "brasiguaios" entre os limites nacionais. p. 141.

¹² AZEVEDO, Débora Bithiah De. Brasileiros no Exterior. p.1.

¹³ ALBUQUERQUE, José Lindomar C. **A dinâmica das fronteiras**: deslocamento e circulação dos "brasiguaios" entre os limites nacionais. p.139.

¹⁴ ALBUQUERQUE, José Lindomar C. **A dinâmica das fronteiras**: deslocamento e circulação dos "brasiguaios" entre os limites nacionais. p.144-150.

¹⁵ BELTRÃO, Kaizô Iwakami; SUGAHARA, Sonoe. **Permanentemente temporário**: dekasseguis brasileiros no Japão. p. 62

¹⁶ BELTRÃO, Kaizô Iwakami; SUGAHARA, Sonoe. **Permanentemente temporário**: dekasseguis brasileiros no Japão. p. 62.

¹⁷ BELTRÃO, Kaizô Iwakami; SUGAHARA, Sonoe. **Permanentemente temporário**: decasséguis brasileiros no Japão. p. 66-69.

¹⁸ BELTRÃO, Kaizô Iwakami; SUGAHARA, Sonoe. **Permanentemente temporário**: decasséguis brasileiros no Japão. p. 75-77.

2.3 ESTADOS UNIDOS

Outro destino de brasileiros é a América do Norte, tendo uma ligação íntima e intensa com a cidade de Governador Valadares. Essa cidade era, durante a Segunda Guerra Mundial, que ocorreu durante os anos de 1939 a 1945, um grande produtor de mica, levando isso em consideração, empresas americanas se instalaram na região para explorar o minério, que possuía um alto valor estratégico. Dessa forma, quando os profissionais, retornaram aos Estados Unidos no pós guerra, levaram consigo inúmeros de seus empregados brasileiros. A partir disso, nessa cidade e região do Brasil, "a cultura da emigração e as remessas recebidas pelos familiares que ficaram movimentam fortemente a economia"¹⁹.

Na contemporaneidade, os brasileiros que decidem emigrar para os Estados Unidos veem uma oportunidade de investimento, tanto para aumentar seu capital cultural, quanto para prosperar economicamente. Além disso, a maioria dos emigrantes brasileiros são de classe média, "os brasileiros aceitam rebaixar o seu status de trabalhador" pois "o que se perde em prestígio se ganha em remuneração"²⁰. Desse modo, o número de brasileiros imigrantes mercado de trabalho dos EUA é maior do que o número de nativos e de outros imigrantes no mesmo sentido²¹.

Com o passar dos anos, a política de imigração para os Estados Unidos enrijeceu, tornando mais difícil a entrada de brasileiros no país, principalmente pelas "mudanças políticas após os atentados de 11 de setembro"²². Tendo em vista as novas políticas adotadas, expandiu-se a imigração ilegal, fazendo com que a clandestinidade fosse uma alternativa para entrar nos Estados Unidos, trazendo consigo as agências especializadas na emigração clandestina, além de agentes ligados à associações de tráfico humano. Inclusive, muitos brasileiros que emigraram e depois retornaram ao Brasil transformam-se em agenciadores de emigração clandestina²³.

3. BRASIL, PAÍS DE (E)MIGRAÇÃO: BENESSES DAS LEGISLAÇÕES DE CUNHO HUMANITÁRIO

Como já referido, o Brasil sempre foi muito conhecido como um país de chegada de migrantes, isso evidencia-se em sua lei específica sobre migração de 1980 conhecida como Estatuto do Estrangeiro, que tratava apenas de estrangeiros no país, e em "tempos de paz". Como já visto, o início da emigração brasileira deu-se a partir de 1950, mas, apenas em novembro de 2017, estes foram abrangidos em uma lei específica, a Lei 13.445/2017²⁴, conhecida como Lei de Migração, que abrange os vários aspectos da migração, sendo um deles a emigração, havendo um capítulo especial, que estabelece políticas públicas e direitos do emigrante.

¹⁹ LIMA, Álvaro Eduardo de Castro e; CASTRO, Alanni de Lacerda Barbosa de. BRASILEIROS NOS ESTADOS UNIDOS: Meio século (re)fazendo a América (1960-2010). Brasília: **Fundação Alexandre Gusmão**, 2017, p.49-50. Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/download/1195-BRASILEIROS%20NOS%20EUA_16_05_V_8_FINAL.pdf. Acesso em: 17 set 2020.

²⁰ MARGOLIS, Maxine L. Brasileiros nos Estados Unidos: um estudo sobre imigrantes em Massachusetts. São Paulo: **RAE-Revista de Administração de Empresas**, vol. 41, n. 1, 2001. Disponível em: <http://www.fgv.br/rae/artigos/revista-rae-vol-41-num-1-ano-2001-nid-46286/>. Acesso em: 17 set 2020.

²¹ LIMA, Álvaro Eduardo de Castro e; CASTRO, Alanni de Lacerda Barbosa de. BRASILEIROS NOS ESTADOS UNIDOS: Meio século (re)fazendo a América (1960-2010). p. 68.

²² JOUET-PASTRE, Clémence. Tendências contemporâneas nos estudos da emigração brasileira para os Estados Unidos e Canadá. São Paulo: **Rev. bras. Ci. Soc.**, v. 19, n. 55, p. 186-190, 2004, p.188. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092004000200015&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 set 2020.

²³ FAZITO, Dimitri; RIOS-NETO, Eduardo Luiz Gonçalves. Emigração internacional de brasileiros para os Estados Unidos: as redes sociais e o papel de intermediação nos deslocamentos exercido pelas agências de turismo. São Paulo: **Rev. bras. Est. Pop.**, v. 25, n. 2, p. 305-323, 2008, p.312-314. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbepop/v25n2/v25n2a07.pdf>. Acesso em 23 set 2020.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.**

Segundo o censo de 2000, já na época, o número de emigrantes brasileiros pelo mundo era superior ao número de habitantes dos estados brasileiros de Rondônia, Acre, Roraima, Amapá, Tocantins e Sergipe, e iguala-se à população do Distrito Federal. Portanto, apesar de não ser possível calcular a quantidade exata de emigrantes brasileiros pelo mundo, estima-se que, atualmente, haja mais de três milhões de brasileiros no exterior²⁵.

3.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS (1948), CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA (1988) E DECLARAÇÃO DE NOVA YORK (2018)

A Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), de 1948²⁶, foi um grande passo nas políticas humanitárias, trazendo com ela diversos direitos humanos positivados, que devem ser efetivados em âmbito mundial. Cabe destacar o Artigo 6 e o Artigo 25 da DUDH, que legitima à qualquer pessoa o direito de ser reconhecido em todos os lugares, não podendo então, haver restrição à qualquer direito ao migrante. Além de admitir que todos têm “direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”²⁷.

Em sequência cronológica, trataremos da Constituição Federal²⁸, que se estabeleceu em 1988, após um longo período de regime ditatorial que assolou o Brasil, do ano de 1964 a 1985, ocorrendo diversas violações de direitos humanos. Substituindo a Constituição anterior, esta prevê uma gama de direitos humanos e fundamentais em âmbito geral, portanto aplicáveis aos migrantes (tanto imigrantes, quanto emigrantes). Justificando-se na cidadania e na dignidade da pessoa humana, tem como objetivo promover o bem de todos, observando a prevalência dos direitos humanos. Em seu emblemático Artigo 5º, a Constituição Cidadã prevê a igualdade, sem distinção, garantindo aos estrangeiros residentes no Brasil aqueles direitos relacionados a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”²⁹.

Ainda nesse aspecto, a Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes³⁰, desenvolveu um pacto mundial para que ocorram migrações seguras, ordenadas e regulares. Essa Declaração contém uma gama de compromissos que devem ser efetivados pelos Estados em âmbito migratório, quais sejam: proteção dos direitos humanos independente de seu *status* migratório; educação; condenação nos casos de xenofobia, além de uma política global de combate à mesma; evidenciar as contribuições dos migrantes para o desenvolvimento dos seus países-destino e países-origem (com as remessas de dinheiro enviadas à familiares, por exemplo); prestação de assistência efetiva; ajuda no quesito moradia; além de muitos outros³¹.

²⁵ AZEVEDO, Débora Bithiah De. Brasileiros no Exterior. p.1.

²⁶ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** ONU, 1948. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 22 nov 2020.

²⁷ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.**

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov 2020.

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

³⁰ ONU. **Pacto global para migração.** ONU Refugiados e Migrantes, 2018. Disponível em: <https://refugeesmigrants.un.org/migration-compact>. Acesso em: 25 nov 2020.

³¹ ONU. **Pacto global para migração.**

3.2 LEI DE MIGRAÇÃO: PROGRESSOS EM ÂMBITO EMIGRATÓRIO

Em âmbito interno, a lei específica até 2017 era o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), uma “triste herança do regime ditatorial pretérito”³². A lei já revogada contrariava diversos direitos humanos, e também princípios e garantias fundamentais, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, restringindo diversas liberdades dos migrantes³³. Essa lei “tinha como principal função resguardar a soberania nacional e os interesses brasileiros diante da possível ameaça estrangeira”³⁴.

A lei que revogou o Estatuto foi a Lei 13.445/17, conhecida como Lei de Migração, que trouxe a nível infraconstitucional os direitos migratórios (Elencados no Art. 1º, § 1º da Lei 13.445/17), estes como destinatários finais da lei³⁵. Impondo um capítulo específico para os emigrantes, essa lei “procura consolidar uma cultura de acolhimento (...) aberto aos aspectos humanistas e à concepção das necessidades daqueles que deixam a sua pátria em busca de objetivos diversos”³⁶.

Além disso, a lei se referiu novamente à aspectos já positivados pela Constituição Federal, como a condição de igualdade aos nacionais, “Lei 13.445/17 (...) Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”³⁷. Ademais, os princípios da política migratória brasileira, em especial no âmbito emigratório são os dispostos no Art. 3º, incisos XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII e principalmente o inciso XIX, princípio que dá ao emigrante o direito à proteção no exterior. Haja vista que a nova lei garante o direito à transferência de remessas e o direito à sair do Brasil, e se caso pretender, voltar sem objeções³⁸.

No Capítulo VII, Seção II da referida lei, estabelece-se os direitos do emigrante, onde dispõe acerca do retorno do mesmo para o Brasil, podendo este ter isenção de direitos de importação e de taxas aduaneiras, além de que este tem a faculdade de regressar acompanhado de seus bens, sejam eles novos ou usados, em quantidade proporcional à uso pessoal e que; deve ser prestada assistência consular efetiva ao emigrante em caso de ameaça à paz social e à ordem pública³⁹.

Não obstante, na Lei de Migração, estipula-se os princípios que devem ser observados nas políticas públicas na esfera emigratória, no seu Art. 77:

I - proteção e prestação de assistência consular por meio das representações do Brasil no exterior;

II - promoção de condições de vida digna, por meio, entre outros, da facilitação do registro consular e da prestação de serviços consulares relativos às áreas de educação, saúde, trabalho, previdência social e cultura;

³² RAMOS, André C.; et. al. Regulamento da nova Lei de Migração é contra legem e praeter legem. **Revista Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/opiniao-regulamento-lei-migracao-praetem-legem>. Acesso em: 25 nov 2020.

³³ ASANO, Camila Lissa; TIMO, Péttala Brandão. A nova Lei de Migração no Brasil e os direitos humanos. **Heinrich Boll Stiftung**, Rio de Janeiro, 2017.

³⁴ CLARO, Carolina de Abreu Batista. DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO À LEI DE MIGRAÇÃO: AVANÇOS E EXPECTATIVAS. **Boletim de Economia e Política Internacional (BEPI)**, n. 26, 2019-2020, p. 41.

³⁵ CLARO, Carolina de Abreu Batista. DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO À LEI DE MIGRAÇÃO: AVANÇOS E EXPECTATIVAS. p.43.

³⁶ AMARAL, Ana Paula Martins; COSTA, Luiz Rosado; ALLGAYER, Cristiane Batista Arrua. O brasileiro como estrangeiro: a política migratória brasileira para emigrantes. p. 270

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

³⁸ BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**.

III - promoção de estudos e pesquisas sobre os emigrantes e as comunidades de brasileiros no exterior, a fim de subsidiar a formulação de políticas públicas;

IV - atuação diplomática, nos âmbitos bilateral, regional e multilateral, em defesa dos direitos do emigrante brasileiro, conforme o direito internacional

V - ação governamental integrada, com a participação de órgãos do governo com atuação nas áreas temáticas (...) visando a assistir as comunidades brasileiras no exterior; e

VI - esforço permanente de desburocratização, atualização e modernização do sistema de atendimento, com o objetivo de aprimorar a assistência ao emigrante⁴⁰.

Outrossim, a assistência consular é de grande valia para sanar questões, mediar interesses e chegar à uma solução benéfica nas demandas que envolvam os emigrantes⁴¹. Mesmo assim, o assessoramento ainda é tímido em relação à colossal parcela de indivíduos sem essas proteções garantidas em lei, verdadeiramente efetivadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, a emigração no Brasil modificou-se de diversas formas, desde o método de entrada nos países-destino, até mesmo as questões trabalhistas ligadas aos migrantes. Uma quota expressiva das mudanças foram indiscutivelmente positivas, mas ainda há excessivos acontecimentos insatisfatórios. Por isso, é de grande valia as legislações compreenderem em seus conteúdos o cunho humanitário, além de pormenorizar em lei específica condutas e deveres dos Estados, como aconteceu com a Lei de Migração e a Declaração de Nova York sobre

O Brasil, recorrendo aos agentes consulares, deve realizar uma assistência efetiva à todos os brasileiros que residem fora do país, com a realização de campanhas de acolhimento para os migrantes. Ademais, utilizando do Ministério da Justiça e Segurança Pública, pelo OBMigra (Observatório das Migrações Internacionais), e demais órgãos como a ACNUR e a ONU, deve-se criar políticas públicas, migratórias e de informação para os brasileiros que pretendem sair do país para migrar. Além de implantar uma política de reciprocidade com outros países, onde os nacionais emigrem para o Brasil. Com isso, poderia resolver-se, um número significativo de inconvenientes e indagações que circundam a emigração brasileira em múltiplos ângulos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALBUQUERQUE, José Lindomar C. A dinâmica das fronteiras: deslocamento e circulação dos "brasiguaios" entre os limites nacionais. Porto Alegre: **Horiz. antropol.**, vol. 15 n. 31, p. 137-166, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ha/v15n31/a06v1531.pdf>. Acesso em: 23 set 2020.

AMARAL, Ana Paula Martins; COSTA, Luiz Rosado; ALLGAYER, Cristiane Batista Arrua. O brasileiro como estrangeiro: a política migratória brasileira para emigrantes. Piracicaba: **Cadernos de Direito**, v. 17 (33), 257-285, jul-dez, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-Dir_n.33.12.pdf. Acesso em: 17 set 2020.

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.

⁴¹ AMARAL, Ana Paula Martins; COSTA, Luiz Rosado; ALLGAYER, Cristiane Batista Arrua. O brasileiro como estrangeiro: a política migratória brasileira para emigrantes. p. 274.

ASANO, Camila Lissa; TIMO, Péttala Brandão. A nova Lei de Migração no Brasil e os direitos humanos. Rio de Janeiro: **Heinrich Boll Stiftung**, 2017.

AZEVEDO, Débora Bithiah De. Brasileiros no Exterior. Brasília: **Câmara dos Deputados**, p. 1-7, 2004. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2484>. Acesso em: 17 set 2020.

BELTRAO, Kaizô Iwakami; SUGAHARA, Sonoe. Permanentemente temporário: dekasseguis brasileiros no Japão. São Paulo: **Rev. bras. estud. Popul**, v. 23, n. 1, p. 61-85, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982006000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 set 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm#art125. Acesso em: 23 set 2020.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO À LEI DE MIGRAÇÃO: AVANÇOS E EXPECTATIVAS. **Boletim de Economia e Política Internacional (BEPI)**, n. 26, 2019-2020, p. 41-53.

FAZITO, Dimitri; RIOS-NETO, Eduardo Luiz Gonçalves. Emigração internacional de brasileiros para os Estados Unidos: as redes sociais e o papel de intermediação nos deslocamentos exercido pelas agências de turismo. São Paulo: **Rev. bras. Est. Pop.**, v. 25, n. 2, p. 305-323, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbepop/v25n2/v25n2a07.pdf>. Acesso em 23 set 2020.

FERNANDES, Daniela. Brasil sobe em ranking de países que mais enviam imigrantes para nações ricas. Paris: **BBC News Brasil**, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-49731607>. Acesso em: 23 set 2020.

JOUET-PASTRE, Clémence. Tendências contemporâneas nos estudos da emigração brasileira para os Estados Unidos e Canadá. São Paulo: **Rev. bras. Ci. Soc.**, v. 19, n. 55, p. 186-190, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092004000200015&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 set 2020.

LIMA, Álvaro Eduardo de Castro e; CASTRO, Alanni de Lacerda Barbosa de. BRASILEIROS NOS ESTADOS UNIDOS: Meio século (re)fazendo a América (1960-2010). Brasília: **Fundação Alexandre Gusmão**, 2017. Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/download/1195-BRASILEIROS%20NOS%20EUA_16_05_V_8_FINAL.pdf. Acesso em: 17 set 2020.

LINS, Rodrigo. Brasileiros imigrantes nos EUA: o paradoxo da legalidade pela sobrevivência. **Mundo Lusíada**, 2020. Disponível em: <https://www.mundolusiada.com.br/artigos/brasileiros-imigrantes-nos-eua-o-paradoxo-da-legalidade-pela-sobrevivencia/>. Acesso em: 17 set 2020.

MARGOLIS, Maxine L. Brasileiros nos Estados Unidos: um estudo sobre imigrantes em Massachusetts. **RAE-Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, vol. 41, n. 1, 2001. Disponível em: <http://www.fgv.br/rae/artigos/revista-rae-vol-41-num-1-ano-2001-nid-46286/>. Acesso em: 17 set 2020.

MARTES, Ana Cristina Braga. Emigração brasileira: formação de mercados de consumo de produtos brasileiros no exterior. São Paulo: **RAE-Revista de Administração de Empresas**, vol. 41, n. 1, 2001.

Disponível em: <http://www.fgv.br/rae/artigos/revista-rae-vol-41-num-1-ano-2001-nid-46499/>. Acesso em: 17 set 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. ONU, 1948. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 22 nov 2020.

ONU. **Pacto global para migração**. ONU Refugiados e Migrantes, 2018. Disponível em: <https://refugeesmigrants.un.org/migration-compact>. Acesso em: 25 nov 2020.

RAMOS, André C.; et. al. Regulamento da nova Lei de Migração é contra legem e praeter legem. **Revista Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/opiniao-regulamento-lei-migracao-praetem-legem>. Acesso em: 25 nov 2020.

PROTEÇÃO OU EXPANSÃO DE COMPETÊNCIA: O CASO DOS DESCA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Clóvis Gorczewski¹

Gustavo Jaques²

Micheli Piucco³

INTRODUÇÃO

A partir dos últimos julgamentos proferidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH na temática de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais – DESCA, ganha destaque na comunidade internacional os rumos que estão sendo definidos pelos novos entendimentos da corrente majoritária do tribunal e, como consequência, as responsabilizações internacionais considerando sua interpretação expansiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH.

Os DESCA passaram a fazer parte das condenações proferidas pela Corte IDH em uma espécie de interpretação realizada pelo tribunal do art. 26 da CADH. Assim, o tribunal vem responsabilizado internacionalmente Estados pela violação de direitos consagrados em instrumentos internacionais diversos da Convenção Americana. O problema que reside nessas decisões proferidas é de que a competência do tribunal interamericano é limitada a CADH, por meio dos instrumentos internos Estatais e da própria Convenção Americana.

Ao utilizar instrumentos internacionais do sistema interamericano, diversos da Convenção Americana, e, realizando uma interpretação ampliada da CADH, estaria a Corte IDH expandindo sua competência ou realizando uma interpretação contemporânea mais protetiva dos direitos humanos? O presente trabalho utiliza o método dedutivo de procedimento e análise e a técnica de pesquisa legal-bibliográfica com enfoque em normativas internacionais.

Em seus últimos julgamentos, a Corte IDH vem reafirmando a ampliação de sua competência em determinar a violação dos direitos consagrados no art. 26 da CADH e que são derivados da Carta da Organização dos Estados Americanos, aplicado às normas de interpretação dispostas no art. 29 da Convenção Americana. Entre os casos que mencionam a aplicação dos DESCA, mais recentes, podem ser citados os casos *Lagos Del Campo Vs. Peru*, o caso *Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina* e no caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil*.

Dessa forma, o presente trabalho busca demonstrar que a Corte IDH deve realizar uma interpretação em conformidade com as necessidades sociais, mas nos limites de sua competência. Nos casos, deve a

¹ Doutor em Direito pela Universidad de Burgos (2001), pós-doutorado pela Universidad de Sevilla (CAPES – 2007) e pela Universidad de La Laguna (CAPES – Fundación Carolina – 2010). Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. E-mail: clovisg@unisc.br.

² Mestrando em Direito (Direito Sociais e Políticas Públicas – Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Juiz do Trabalho. E-mail: gustavaques@uol.com.br.

³ Doutoranda pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestre e Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Especialista em Relações Internacionais com ênfase em Direito Internacional. Professora na Universidade de Passo Fundo-RS. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com.

Corte considerar que possui parâmetros de exercício de competência na Convenção Americana e, ademais, nos instrumentos internos de reconhecimento de sua jurisdição nos territórios nacionais.

1. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA COMPETÊNCIA

No Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial, autônomo e independente, competente em responsabilizar os Estados Partes, que se submetem à sua jurisdição, pela violação dos direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Corte IDH possui jurisdição contenciosa e consultiva, ademais, de competência em emitir medidas provisionais. Criada em 1969, a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica, o tribunal somente inicia suas atividades no ano de 1979⁴. Os Estados devem declarar sua submissão à jurisdição da Corte IDH, ou seja, o tribunal interamericano somente exerce sua jurisdição aos Estados que tenham o reconhecido de forma expressa, passando assim, a serem considerados Estados Partes^{5,6}.

Destaca-se que somente podem encaminhar denúncias de violação aos direitos consagrados na Convenção Americana, ao tribunal interamericano, os Estados Partes e a Comissão Interamericana, art. 61.1, CADH. Os indivíduos não têm legitimidade de peticionar diretamente na Corte, mas podem encaminhar denúncias de violação de direitos humanos para a Comissão Interamericana. Salienta-se que para que a Corte possa julgar um caso precisam ser observados os requisitos de esgotamento dos recursos internos, salvo em caso de demora processual ou não havendo em âmbito interno o devido processo legal e a inexistência de litispendência internacional.⁷

Na competência contenciosa, a Corte IDH analisa a possível violação de direitos consagrados na Convenção Americana, com posterior responsabilização internacional do Estado. Sua decisão é irrecorrível (art. 67, CADH). O Sistema não possui formas de coagir os Estados a cumprirem sua condenação. A Corte somente pode, em caso de não cumprimento de suas sentenças, fazer menção do caso do descumprimento em seu relatório anual remetido a Assembleia Geral da OEA (art. 65)⁸, órgão estritamente político.

Quanto à competência consultiva, possibilita-se que os Estados Membros, ou seja, todos os Estados que fazem parte da Organização dos Estados Americanos, consultem o tribunal sobre a interpretação da CADH ou de outros tratados de direitos humanos do Sistema Interamericano. Ademais, poderá ser a Corte consultada sobre a compatibilidade das normas internas com os tratados de direitos humanos do sistema (art. 64, CADH).⁹

Como principal objetivo, o presente trabalho busca analisar os limites de competência do tribunal interamericano. Nesse sentido, destaca-se que a Convenção Americana determina em seu art. 62:

⁴ CORTE IDH. **História**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/historia.cfm?lang=es>. Acesso em: 22 nov. 2020.

⁵ A designação de Estados-Membros é reservada aos Estados membros da OEA, enquanto Estados-Partes são os que se ratificaram ou aderiram à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. CORTE IDH. **Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm?lang=es>. Acesso em: 22 nov. 2020.

⁶ CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

⁷ CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Acesso em: 22 nov. 2020.

⁸ CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Acesso em: 22 nov. 2020.

⁹ CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Acesso em: 22 nov. 2020.

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, **a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.**

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.

3. **A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção** que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial.¹⁰ (grifo nosso)

A própria Convenção Americana dispõe sobre a competência que deve ser exercida pelo tribunal, restrita ao texto da Convenção e a sua interpretação. Ademais, o exercício de sua competência também sofre limitações nos instrumentos de declaração de submissão interna dos Estados, quando reconhecem como obrigatória sua jurisdição.

Ocorre que, no ano de 2003, de forma mais tímida, a Corte IDH passou a condenar os Estados pela violação, naquele momento denominados de DESC, dos direitos econômicos, sociais e culturais. A Corte realizou uma interpretação de forma expansiva e partindo de outros tratados, como o Protocolo de San Salvador e a Carta da OEA, condenando os Estados pela violação de direitos não presentes na Convenção Americana. Para isso, utilizou e utiliza como base a aplicação do art. 26 da Convenção Americana, que dispõe:

CAPÍTULO III

DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.¹¹

Considerando, a progressividade desses direitos, os Estados deveriam promovê-los ao longo dos anos, em conformidade com as possibilidades e recursos internos, não possuindo, assim, aplicabilidade imediata, como os direitos civis e políticos. Ademais, os direitos de cunho ambiental não são referidos no art. 26, da Convenção Americana, sendo utilizados pela Corte IDH a partir do pronunciamento realizado no Parecer Consultivo OC-23/2017¹² sobre *Medio Ambiente y Derechos Humanos*.

¹⁰ CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Acesso em: 22 nov. 2020.

¹¹ CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Acesso em: 22 nov. 2020.

¹² CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Medio Ambiente y Derechos Humanos**. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020.

O tribunal interamericano não possui entendimento unânime quanto à aplicação dos DESCAs. Destaca-se que a atual corrente majoritária compreende a possibilidade de tal interpretação e aplicação da justiciabilidade dos DESCAs em decorrência da interdependência dos direitos humanos e a possibilidade de aplicação desses direitos, a partir do art. 26 (DESC) e do art. 29 (Normas de Interpretação) da Convenção Americana. De outro lado, a corrente minoritária, composta principalmente pelos juízes Eduardo Vio Grossi¹³ e Humberto Sierra Porto¹⁴, destaca a falta de competência da Corte IDH em responsabilizar Estados pela violação de direitos não consagrados na CADH e, como consequência, direitos aos quais os Estados não reconheceram sua competência em analisar e condená-los internacionalmente.

Além disso, é importante destacar a atuação da Corte Interamericana sobre o controle de convencionalidade das leis. Mencionado pelo então juiz do tribunal interamericano Sérgio García Ramírez em seu voto concorrente no caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* em 2003¹⁵, o controle de convencionalidade passa a ser exercido e fazer parte das condenações Estatais somente em 2006 no caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*¹⁶. O controle de convencionalidade visa compatibilizar as normas internas com as normas internacionais ratificadas, sendo que a Corte Interamericana exige que os Estados, condenados e não condenados, observem sua interpretação da Convenção Americana. Assim, por mais que o Estado não tenha atuado como parte em uma responsabilização internacional, deverá observar os ditames da Corte naquele caso, realizando uma espécie de controle de convencionalidade preventivo.

Quando falamos em DESCAs, e nos julgamentos dos casos com as responsabilizações Estatais, como forma de observância do controle de convencionalidade todos os Estados Partes devem observar os ditames das responsabilizações emitidas, pois estão vinculados a CADH e as interpretações realizadas pela Corte Interamericana. Assim, todos os Estados Partes, e não somente os que sofreram condenações em matéria de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, devem observar e adequar seus ordenamentos e suas interpretações internas, considerando o controle de convencionalidade das leis.

2. APLICAÇÃO DOS DESCAs: CASOS LAGOS DEL CAMPO, COMUNIDADES INDÍGENAS LHAKA HONHAT E FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS

Nos últimos anos ganhou destaque a atuação da Corte Interamericana na temática dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais – DESCAs. Considerando seus últimos pronunciamentos, destaca-se a atuação da Corte em matérias de DESCAs nos casos *Lagos Del Campo vs. Peru* (2017), *Comunidades Indígenas da Associação Lhaka Honhat vs. Argentina* (2020) e *Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil* (2020).

O caso *Lagos Del Campo Vs. Peru* ganhou destaque na comunidade internacional por ser o primeiro caso em que um Estado foi responsabilizado pela Corte Interamericana em decorrência da violação dos direitos consagrados no art. 26, da Convenção Americana. O caso teve como objeto a análise da demissão

¹³ GROSSI, Eduardo Vio. Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017. In: CORTE IDH. **Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_340_esp.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 98-100.

¹⁴ PORTO, Humberto Antônio Sierra. Voto Parcialmente Disidente del Juez Humberto Antônio Sierra Porto. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017. In: CORTE IDH. **Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_340_esp.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 117-121.

¹⁵ CORTE IDH. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020 p. 165.

¹⁶ CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 53.

de Alfredo Lagos Del Campo, por manifestações realizadas nas quais denunciou a intervenção dos empregadores nas eleições da categoria. Declarada pelos tribunais a legitimidade da decisão dos empregadores, a vítima recorreu ao Sistema Interamericano.¹⁷

A Comissão Interamericana encaminhou o caso para a Corte Interamericana, que após a observância dos procedimentos de processamento emitiu sua sentença. A responsabilização do Estado decorreu da violação ao direito à liberdade de pensamento e expressão, às garantias judiciais, à estabilidade laboral, à liberdade de associação e ao dever do Estado em adotar disposições que garantam a eficácia interna dos direitos consagrados na Convenção Americana.¹⁸ Ocorre que, a Convenção Americana em nenhum momento dispõe sobre os direitos à estabilidade laboral ou a vulneração de direitos trabalhistas.

Por sua vez, o caso *Membros das Comunidades Indígenas da Associação Lhaka Honhat* segue o mesmo tramite inicial do caso Lagos Del Campo. O caso é enviado, inicialmente, a Comissão Interamericana com posterior envio para a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O caso em questão versou sobre a responsabilidade internacional da Argentina pela violação de diversos direitos em face de 132 comunidades indígenas que vivem nos lotes fiscais 14 e 55 do Departamento de Rivadavia, Província de Salta, na Argentina.¹⁹

A Corte determinou que a Argentina violou os direitos a propriedade comunitária, a identidade, cultural, a um meio ambiente saudável, a alimentação adequada e a água. Novamente responsabiliza um Estado considerando o regramento do art. 26 e o “reconhecimento”, dele decorrente, quanto aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.²⁰

Destaca-se o entendimento da Corte quanto à aplicação do art. 26 e observância dos ditames definidos na Carta da OEA, possibilidade decorrente do art. 29²¹ da Convenção Americana:

(...) este tribunal ha explicado que “ [p]ara identificar aquellos derechos que pueden ser derivados interpretativamente del artículo 26, se debe considerar que este realiza una remisión directa a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA”. En base a lo anterior, estando establecido que un derecho debe entenderse incluido en el artículo 26 de la Convención, corresponde fijar sus alcances, a la luz del corpus iuris internacional en la materia.²²

Assim, observa-se que no caso *Lhaka Honhat* os termos e o entendimento da Corte Interamericana

¹⁷ CORTE IDH. **Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_340_esp.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 04.

¹⁸ CORTE IDH. **Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)**. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 68-70.

¹⁹ CORTE IDH. **Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas)**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_400_esp.pdf. Acesso em: 05 out. 2020, p. 05.

²⁰ CORTE IDH. **Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas)**. Acesso em: 05 out. 2020, p. 05.

²¹ Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Acesso em: 22 nov. 2020.**

²² CORTE IDH. **Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas)**. Acesso em: 05 out. 2020, p. 66-67.

são condizentes com o julgamento e a responsabilização proferida no caso Lagos Del Campo quanto à aplicação do art. 26, da Convenção Americana e a interpretação da Carta da OEA a partir do art. 29 da Convenção. Assim, a Corte considera que a partir das normas interpretativas do art. 29, pode considerar a violação ampliada de todos os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, ainda que não estejam previstos na Convenção Americana.

Ademais, salienta-se o recente julgamento do caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus* no qual o Brasil foi responsabilizado internacionalmente. A denúncia foi encaminhada para a Comissão Interamericana que, após os trâmites estabelecidos no Sistema Interamericano, enviou o caso para a Corte Interamericana. A denúncia em questão versou sobre a possível violação de direitos humanos em prejuízo de 60 pessoas falecidas (dentre elas 20 crianças) e 6 pessoas feridas, em uma explosão na fábrica de fogos “Vardo dos Fogos”, localizada na Fazenda Joeirana, na cidade de Santo Antônio de Jesus na Bahia, bem como de seus familiares.²³

A Corte Interamericana considerou o Brasil responsável pela violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, à igualdade e não discriminação, ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias, aos direitos das crianças, a proteção judicial e as garantias judiciais.²⁴

É importante destacar que nos três casos mencionados há votos dissidentes que demonstram a divergência no tribunal quanto à aplicação expansiva dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais a partir da aplicação do art. 26, da CADH.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos conta com a importante atuação, em prol dos direitos humanos e de suas garantias, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Órgão judicial, independente e autônomo a Corte Interamericana responsabiliza os Estados Partes, que se submetem a sua jurisdição, pela violação dos direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Destaca-se que a Corte Interamericana possui competência consultiva e contenciosa, podendo se manifestar em casos específicos sobre medidas provisionais. Nas matérias consultivas sua atuação pode ocorrer quanto à interpretação e análise de compatibilidade das normas internas com as normas do *corpus juris* do Sistema Interamericano.

Por sua vez, nos casos em que se manifesta em decorrência de sua competência contenciosa, em que Estados podem ser responsabilizados pela violação de direitos humanos, sua competência limita-se a Convenção Americana. Essa limitação encontra-se descrita no texto da Convenção, bem como, nos instrumentos normativos internos de cada Estado nos quais reconheceram à jurisdição do tribunal interamericano.

Em suas últimas sentenças destaca-se a atuação no caso *Lagos Del Campo*, *Lhaka Honhat* e *Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus*. O caso *Lagos Del Campo*, foi o primeiro caso a ser reconhecida a aplicabilidade do art. 26 da CADH e a justiciabilidade dos DESCA. Os demais versaram sobre a aplicação de normas relativas à violação ao direito ao meio ambiente e sobre a violação de direitos laborais.

²³ CORTE IDH. *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus Familiares Vs. Brasil. Sentencia de 15 de julio de 2020. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf. Acesso em: 26 nov. 2020, p. 04.

²⁴ CORTE IDH. *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus Familiares Vs. Brasil. Sentencia de 15 de julio de 2020. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Acesso em: 26 nov. 2020, p. 87-88.

Nesse sentido, a Corte Interamericana demonstra que ampliou o rol de direitos justiciáveis no sistema e, como consequência, abre um leque de possibilidades de novas violações a direitos até então não identificados como passíveis de condenação perante o tribunal.

Dessa forma, observa-se com cuidado os termos das sentenças e as teorias que fundamentam a utilização dos DESCAs em suas responsabilizações internacionais. Ademais, é importante destacar a teoria do controle de convencionalidade das leis, aplicada pelo tribunal desde o ano de 2006, que obriga que os Estados Partes, mesmo que não sejam condenados, observem os termos das responsabilizações emitidas pela Corte Interamericana em consequência de sua competência interpretativa, ficando, assim, todos os Estados Partes vinculados aos termos das condenações internacionais.

Com a atuação da Corte Interamericana de forma expansiva, não mencionada nos instrumentos internacionais que regem sua jurisdição e a submissão dos Estados Partes, pode acarretar insegurança ao sistema. Salienta-se que, além disso, o Sistema Interamericano já é débil quanto às formas de coerção para obrigar os Estados a seguir suas responsabilizações. Sua atuação em termos expansivos acarreta um possível descumprimento Estatal dos termos da sentença. Como alternativa, poderá o Sistema Interamericano propor a realização de emenda à Convenção Americana, um protocolo facultativo ou, ainda, que os Estados ajustem os termos de submissão, possibilitando a atuação da Corte Interamericana na matéria dos DESCAs.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CIDH. **Convención Americana sobre Derechos Humanos** Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 05 out. 2020.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020.

CORTE IDH. **Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuetra Tierra) Vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas)**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_400_esp.pdf. Acesso em: 05 out. 2020.

CORTE IDH. **Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus Familiares Vs. Brasil. Sentencia de 15 de julio de 2020. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf. Acesso em: 26 nov. 2020.

CORTE IDH. **Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_340_esp.pdf. Acesso em: 05 out. 2020.

CORTE IDH. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020.

CORTE IDH. **História**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/historia.cfm?lang=es>. Acesso em: 22 nov. 2020.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Medio Ambiente y Derechos Humanos**. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y

5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acceso en: 22 nov. 2020.

CORTE IDH. **Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm?lang=es>. Acceso en: 22 nov. 2020.

GROSSI, Eduardo Vio. Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017. *In*: CORTE IDH. **Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)**. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_340_esp.pdf. Acceso en: 22 nov. 2020.

PORTO, Humberto Antônio Sierra. Voto Parcialmente Disidente del Juez Humberto Antônio Sierra Porto. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017. *In*: CORTE IDH. **Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)**. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_340_esp.pdf. Acceso en: 22 nov. 2020.

PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS: O EMPENHO DO ACNUR PARA SALVAR VIDAS EM REFÚGIO

Thiago Augusto Lima Alves¹

INTRODUÇÃO

Com a pandemia do novo coronavírus, a situação dos refugiados venezuelanos, que já era delicada, exige maior esforço de união entre os países. Se antes já era sabido que a cooperação conduz a bons resultados, recentemente evidenciou-se maior necessidade de colaboração e solidariedade entre as nações para o enfrentamento da pandemia. No Brasil, o combate à COVID-19 tem sido não apenas um teste para o sistema de saúde e de assistência social, mas um áspero desafio de fazer funcionar, com maestria, a capacidade brasileira de trabalhar em equipe, pautando-nos na tutela aos Direitos Humanos.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR busca proteger pessoas em situações de vulnerabilidade no mundo inteiro. A instituição é vinculada a Organização das Nações Unidas – ONU e conta com a ajuda dos governos dos países onde atua e de ONG's.

Diante dessa situação, a população que se encontra refugiada é a mais afetada. O ACNUR intensificou suas ações para proteção aos refugiados como assistência médica, materiais de higiene, fornecimento de água tratada e informações básicas sobre higiene e distanciamento social, dessa forma, evita-se a propagação da pandemia nos campos de refugiados. A Agência da ONU para refugiados, em parceria com outros organismos, trabalha para oferecer aconselhamento psicossocial, bem como medidas para prevenir e responder à violência sexual e de gênero. Este trabalho realizado pelo ACNUR é muito importante para os refugiados que estão no Brasil, tendo em vista que o país é o segundo país do mundo em número de infecções e mortes e não conta com plano para gerir a crise sanitária.

A pesquisa tem o objetivo geral de analisar a atuação do ACNUR para a proteção dos refugiados venezuelanos diante da pandemia de COVID-19 no Brasil. Será também objetivo da pesquisa fazer uma reflexão da construção dos direitos dos refugiados pretendendo mostrar que a atuação do ACNUR se tornar necessária, uma vez que o Estado brasileiro tem negligenciado essa população. A incursão metodológica que possibilita a realização desta investigação é direcionada por abordagens de pesquisa qualitativa e por método indutivo. O procedimento metodológico é bibliográfico e documental.

1. CONCEITO E ORIGEM DA PROTEÇÃO JURÍDICA AOS REFUGIADOS

Os refugiados são considerados migrantes internacionais forçados, que cruzam as fronteiras nacionais de seus países de origem em busca de proteção. De acordo com a definição do ACNUR, são aqueles que estão fora de seu país de origem devido a temores bem fundamentados em um histórico de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou a opinião política, como também devido à violência generalizada, grave violação dos direitos humanos e conflitos internos; não podem ou não querem, portanto, voltar a seu país de origem porque não contam com proteção estatal.

¹ Graduado em Direito (UNIFOR), especialista em Direito Constitucional (URCA) e mestrando em Relações Internacionais (UNILA). E-mail: thiagolimaalves.adv@gmail.com.

No Brasil, de acordo com a Lei nº 9.474/97², que estabeleceu o Estatuto dos Refugiados, o entendimento sobre o indivíduo refugiado se apresenta da seguinte maneira:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

O debate sobre os movimentos de refugiados impacta não apenas os Estados-nação, como também as relações internacionais, considerando que as migrações internacionais se desenvolvem entre Estados soberanos, organizados em um sistema internacional. Esses deslocamentos operam a transferência de um indivíduo sob a jurisdição de um Estado para a de outro, o que gera mudança no pertencimento a uma comunidade política³. É em função desses impactos que este se torna um tema fundamental para as relações internacionais e para o estudo de nossas sociedades contemporâneas.

Haddad⁴ entende que a categoria dos refugiados se define com referência ao Estado e não existiria sem o conceito de soberania e sem a relação entre Estado, cidadania e território. De um lado, a existência do sistema estatal, assentada na soberania, é o que torna inteligível a categoria dos refugiados; de outro, a prática de proteger, solucionar, incluir e excluir os refugiados é o que contribui para reafirmar a soberania e o sistema estatal, reproduzindo essa relação.

A questão migratória se tornou um tema central para as relações internacionais contemporâneas. Pensar o Estado em meio a um processo acirrado de globalização, com a emergência de temas que se tornam parte de uma agenda transnacional e cujos impactos interferem e sobrepõem as fronteiras estabelecidas de modo artificial no processo de construção do moderno sistema de estados, induz à reflexão sobre as bases da política contemporânea, anteriormente fundadas nas construções de identidades, consolidadas na ideia de pertencimento a um projeto de nação. Dessa forma, a situação de quem se refugia é carregada de subjetividades que vão muito mais além do aparato legal, mas implicam um olhar sobre a alteridade, a identidade, o pertencimento.

O que alicerça, portanto, o acolhimento de refugiados pelos Estados aborda a fronteira erguida entre inclusão e exclusão, admissão e rejeição, indivíduos ou grupos desejáveis e indesejáveis; ao mesmo tempo, enseja vulnerabilidade, indefinição e incerteza a esses migrantes internacionais forçados. Tal fronteira separa aqueles que serão inseridos na ordem social, cultural, econômica e política estatal, aqueles que terão direito a ter direitos, dos que não serão contemplados⁵.

Os refugiados são vistos como *outsiders*, uma vez que vêm de fora; são estrangeiros, por não pertencerem à nação, por serem estranhos aos códigos compartilhados e informados pela identidade cultural, social, étnica, religiosa, linguística da comunidade de destino⁶.

²BRASIL. Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: L9474 (planalto.gov.br). Acesso em: 25 nov 2020.

³ HADDAD, Emma. **The refugee in international society: between sovereigns**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

⁴ HADDAD, Emma. **The refugee in international society: between sovereigns**. 2008.

⁵ NYERS, Peter. **Rethinking refugees: beyond states of emergency**. New York; London: Routledge, 2005.

⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005 e SAYAD, Abdelmalek. **A imigração ou os paradoxos da alteridade**. São Paulo: Edusp, 1998.

A construção da definição jurídica e política de refugiado remonta ao contexto da Europa do pós-guerra. A partir da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, cunhou-se o termo refugiado como aquele que possui fundado temor de perseguição por razões de raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou por opiniões políticas.

A decisão do Estado de reconhecer e receber refugiados envolve múltiplos e complexos fatores, os quais abarcam tanto política externa como doméstica. O país receptor pode utilizar o acolhimento de refugiados como instrumento para deslegitimar o país de origem, ao rotulá-lo como perseguidor, repressor ou violador de direitos humanos⁷. Pode favorecer a entrada de refugiados de determinadas origens, em virtude de questões sociais, étnicas, culturais, políticas ou econômicas, em detrimento de outras, e/ou perceber a presença dos refugiados, sobretudo em grande contingente, como pesado encargo socioeconômico ou como ameaça à segurança ou à identidade nacional⁸.

O Brasil foi o primeiro país da América do Sul a ratificar, no ano de 1960, a Convenção Internacional de 1951, relativa ao Estatuto do Refugiado. Em razão das limitações, temporais e geográficas, evidenciadas na referida Convenção, foi estabelecido, em 1967, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, que propositava alcance mais amplo à definição do termo “refugiado”. Tal documento foi assinado pelo Brasil no ano de 1972.

Posteriormente, o País assinou a Declaração de Cartagena, de 1984, um documento regional que influenciou a associação entre o conceito de refúgio e o de direitos humanos, especificamente o de direito humanitário na América Latina. É fundamental ressaltar que essa discussão nasce no ordenamento jurídico brasileiro em meio ao regime ditatorial, quando milhares de cidadãos e cidadãs brasileiros saíram do país em busca de asilo político, exilando-se no exterior por razões político-ideológicas.

O passo decisivo aconteceu sob um regime democrático, considerando-se que o marco migratório brasileiro se baseia, essencialmente, na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) e nas Leis nº 9.474, de 1997, e nº 13.445, de 2017. A legislação brasileira foi considerada importante pelo ACNUR por tratar da proteção aos refugiados e por ser referência para os demais países da América do Sul. Sobre o assunto, Antônio de Aguiar Patriota⁹ explica que:

O Brasil atribui grande prioridade à proteção de migrantes, refugiados e pessoas impedidas de receber dinheiro. É parte da Convenção sobre Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967, da Convenção de Apátridas de 1954 e da Convenção de 1961 sobre a Redução da Apatridia, e submeteu a adesão à Convenção sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes para Aprovação do Congresso¹⁰.

A CRFB/88¹¹, em seu artigo 1º, aborda os fundamentos que constituem o Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana. Já o artigo 3º revela que, entre os objetivos fundamentais do Brasil, estão os de “[...] construir uma sociedade livre, justa e solidária” e de “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O artigo 4º idealiza a existência de um país integrado com a comunidade internacional, o qual colabore para o

⁷ MOREIRA, Julia Bertino. Refugiados no Brasil: reflexões acerca do processo de integração local. REMHU - **Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.**, Brasília, Ano XXII, n. 43, p. 85-98, jul./dez. 2014.

⁸ MOREIRA, Julia Bertino. **Refugiados no Brasil**: reflexões acerca do processo de integração local. p. 85-98.

⁹ Texto original: “Brazil attaches great priority to the protection of migrants, refugees and stateless persons. It is party to the 1951 Refugee Convention and its 1967 Protocol, to the 1954 Convention on Stateless Persons and to the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, and has submitted the accession to the Convention on the Rights of Migrant Workers for Congressional approval”.

¹⁰ PATRIOTA, Antônio de Aguiar. State Responsibility in the protection of migrants, refugees and stateless persons. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional: Boletim 100 anos**. Belo Horizonte, v. 103. 2017, p. 173.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**.

desenvolvimento das outras nações e para o fortalecimento dos direitos humanos.

O texto da CRFB/88 não discorre expressamente sobre os refugiados, mas estes estão inseridos no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CRFB/88), na prevalência dos direitos humanos e na concessão de asilo político (art. 4º, incisos II e X, CRFB/88). Além desses dispositivos, existe o artigo 5º, o qual assegura que “[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”¹².

O Brasil, em 1997, estabeleceu uma lei específica para os refugiados: a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que estabeleceu os critérios para se atribuir o *status* de refugiado e que também determinou o procedimento para o devido reconhecimento dessa condição. A lei é responsável pela criação do CONARE, órgão administrativo que trata do tema no país.

A Lei nº 9.474/97 foi produzida a partir do Programa Nacional de Direitos Humanos, de 1996, e elaborada pelo governo brasileiro em conjunto com o ACNUR¹³. A referida legislação é conhecida como umas das mais avançadas do mundo e é pioneira na América Latina, “[...] sendo usada como parâmetro para inúmeros outros países, pois traz uma ampla abordagem de situações que caracterizam o *status* de refugiado”¹⁴.

Apesar de ser considerada uma legislação importante em âmbito internacional, ainda não é tão avançada quanto legislações como a do México e a da Argentina, pois nesses países a legislação específica para os refugiados abrange a questão de gênero como fundamento de perseguição e de concessão do refúgio. Para Helisane Mahlke,

A anacrônica estrutura de proteção ainda continua a mesma do período que sucedeu as duas Guerras Mundiais, caracterizada pela fragmentação da interpretação normativa; pela fraca institucionalização; e pela apropriação do direito ao refúgio pela agenda de política externa dos Estados. [...] Tem-se um modelo de proteção aos refugiados totalmente dependente de iniciativas nacionais. Com essa estrutura, o poder de decisão sobre o status do refugiado acaba por se converter em domínio do Estado e segue, previsivelmente, os interesses por ele definidos, frequentemente em detrimento dos direitos daqueles aos quais deveria proteger¹⁵.

A sociedade brasileira também é uma das mais violentas do mundo, e essa violência é parte inerente do nosso processo de colonização, o qual gerou práticas e dinâmicas excludentes, elitistas e pautadas na construção do projeto colonial e modernizador europeu que incluía a escravidão e, dessa forma, a sujeição de outros indivíduos e povos, cuja cultura foi sublimada e cujos corpos foram objetificados.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**.

¹³ PNDH. Programa Nacional de Direitos Humanos. **Direitos Humanos**. Brasília, 1996. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-no-Brasil/i-programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-1996.html>>. Acesso em: 27 jun 2020.

¹⁴ PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Direitos Humanos e hospitalidade**: a proteção internacional para apátridas e refugiados. Atlas, 08/2014.

¹⁵ MAHLKE, Helisane. **Direito Internacional dos refugiados**: novo paradigma jurídico. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 311.

2. ORGANISMOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS NA A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS VENEZUELANOS DIANTE DA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

No mês de novembro de 2020 o Brasil chegou à marca dos 172.561 mortos e mais de 6.290.272¹⁶ infectados pelo novo coronavírus, de acordo com os dados divulgados pela plataforma da Johns Hopkins University. A primeira atitude do governo brasileiro para o combate ao coronavírus foi em 13 de março de 2020, com a edição da Medida Provisória (MP) nº 924/20¹⁷. A MP destina 5 bilhões em crédito extraordinário para o sistema de saúde, entre outras medidas:

Recomendação para cancelamento de eventos e cruzeiros turísticos; 2. Incentivo às cidades a suspenderem as aulas e recomendação que as empresas adotem o teletrabalho (home office); 3. Reforço no Mais Médicos – publicou edital para contratação de 5,8 mil médicos, com a finalidade de reforçar as equipes de saúde – o Presidente descartou a contratação dos médicos cubanos; 4. Capacitação dos laboratórios para testes de Sars-Cov-2; 5. Criação de mais leitos de UTI e horário estendido em postos de saúde¹⁸.

Apesar do número crescente de casos no país, a falta de coordenação política entre a União e os Estados têm sido um dificultador na implementação uniforme das medidas de combate ao coronavírus. Além da reação tardia à pandemia, no mês de março começaram divergências entre o Presidente da República e alguns governadores do país sobre a manutenção ou não das medidas de isolamento social. Alguns governadores recomendaram amplamente as medidas de isolamento, o que na visão do Presidente não seria necessária¹⁹. No Brasil, não existe uma harmonia de ações ao combate do coronavírus, e a população mais vulnerável, como os refugiados, ficam excluídos da proteção garantida por lei e acordos internacionais.

A Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) tem apoiado diariamente as ações no Brasil, inclusive com presença no Centro de Operações de Emergência (COE) do Ministério da Saúde. A OPAS organizou, junto com a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e o Ministério da Saúde do Brasil, um treinamento para nove países sobre diagnóstico laboratorial do novo coronavírus. Participaram da capacitação especialistas da Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Panamá, Paraguai, Peru e Uruguai. Infelizmente, apesar das recomendações enviadas ao país, o governo brasileiro age em desacordo a essas recomendações, piorando ainda mais a crise sanitária vigente.

Conforme encontrado no site institucional da OPAS, a Organização realizou, em parceria com o Ministério da Saúde, um treinamento para especialistas em saúde pública do Brasil no uso da Go.Data²⁰, ferramenta que busca facilitar a investigação de surtos e epidemias. A OPAS tem ajudado, ainda, o Brasil na ampliação da capacidade de diagnóstico, com a compra de 10 milhões de testes do tipo RT-PCR, que detectam se a pessoa está infectada com o coronavírus causador da COVID-19. Foram disponibilizados

¹⁶ Johns Hopkins University. **COVID-19**. 2020. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 29 nov. 2020.

¹⁷ ALVES, Thiago Augusto Lima. A (Nova) Política Migratória Brasileira: avanços e desafios no contexto da crise humanitária venezuelana. **Conjuntura Global**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 112-129, 27 jun. 2020. Universidade Federal do Paraná. <http://dx.doi.org/10.5380/cg.v9i1.72550>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/conjglobal/article/view/72550>. Acesso em: 16 ago. 2020.

¹⁸ ALVES, Thiago Augusto Lima. Como tudo começou? A gênese da crise da Pandemia de Covid-19 na América do Sul. **Revista Espirales**, Foz do Iguaçu, v. 2, n. 1, p. 40-45, jun. 2020. Disponível em: <https://revistas.unila.edu.br/espirales/issue/view/Issue/147/78>. Acesso em: 13 ago. 2020.

¹⁹ ALVES, Thiago Augusto Lima. A (Nova) Política Migratória Brasileira: avanços e desafios no contexto da crise humanitária venezuelana. p. 112-129.

²⁰ A Go.Data, segundo a OPAS (2020), permite a coleta de dados de campo, rastreamento de contatos e visualização de cadeias de transmissão.

cursos virtuais para aos profissionais de saúde, objetivando fortalecer a assistência por eles prestada²¹.

Além disso, a OPAS tem disponibilizado várias ferramentas para auxiliar os governos estaduais e municipais brasileiros na tomada de decisão sobre medidas não farmacológicas, como endurecimento ou afrouxamento das medidas de distanciamento social. Outra iniciativa da OPAS é a promoção da saúde mental no contexto da pandemia, com informações direcionadas a profissionais de saúde, cuidadores, população em geral, pessoas idosas e refugiados venezuelanos. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) e a OPAS publicaram um documento intitulado “Estratégia de Gestão – Instrumento para apoio à tomada de decisão na resposta à pandemia da Covid-19 na esfera local”. Este documento auxilia os gestores dos estados e municípios do Brasil na adoção de medidas de saúde pública, para reduzir a velocidade de propagação da doença, evitar o esgotamento dos serviços de saúde, em especial de terapia intensiva, e minimizar o impacto da COVID-19²².

A OIM e a Câmara Internacional de Comércio (CIC) produziram um documento que objetiva proteger os trabalhadores migrantes durante a pandemia do coronavírus no Brasil. Esses trabalhadores são importantes para a força do trabalho global e representam cerca de 3,5% da população mundial²³. Assim, explica o documento da OIM e CIC

Os trabalhadores migrantes são suscetíveis a perda de trabalho, redução salarial e outros assuntos de segurança e saúde. Ao contrário das populações locais, os trabalhadores migrantes normalmente estão longe de redes de apoio familiares. Eles enfrentam barreiras culturais e linguísticas e com frequência não possuem proteção social. Muitos sofrem discriminação. Enquanto isso, economias no exterior que contam com as contribuições financeiras de trabalhadores migrantes -especialmente países de baixa e média renda – enfrentam uma brusca queda nas remessas internacionais²⁴.

Já o ACNUR, OIM, Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) e instituições da sociedade civil estão trabalhando no acolhimento de indígenas venezuelanos da etnia Warao em Manaus, Amazonas. Um novo abrigo foi inaugurado, recebendo 158 pessoas que estão sob os cuidados dessas organizações.

Em Roraima, segundo dados do ACNUR, uma população de mais de 6 mil migrantes reside em locais de acolhimento, e 3.500 vivem em assentamentos informais ou mesmo nas ruas. O Ministério Público Federal (MPF) e a Defensoria Pública da União (DPU) chegaram a recomendar ao Ministério da Saúde a contratação emergencial, por 90 dias, de 45 médicos estrangeiros para trabalharem nas instalações da Operação Acolhida²⁵.

O governo de Roraima e prefeituras do estado, tem se mobilizado para ampliar abrigos e construir uma área de atendimento médico para casos suspeitos e confirmados da COVID-19. As iniciativas contam com o envolvimento da ACNUR²⁶, com assessoria técnica e doações de unidades habitacionais, colchões e

²¹ OPAS, Organização Pan-Americana da Saúde. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 16 ago. 2020.

²² OPAS, Organização Pan-Americana da Saúde. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**.

²³ IOM, International Organization for Migration. **World Migration Report 2020**. Geneva: 2020. Disponível em: https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/wmr_2020.pdf. Acesso em: 07 out 2020.

²⁴ IOM, International Organization for Migration. **OIM e Câmara Internacional de Comércio lançam guia para proteger trabalhadores migrantes na COVID-19**. 2020. Disponível em: <https://brazil.iom.int/news/oim-e-c%C3%A2mara-internacional-de-com%C3%A9rcio-lan%C3%A7am-guia-para-protoger-trabalhadores-migrantes-na>. Acesso em: 16 ago. 2020.

²⁵ NEXO, Jornal. **Como os refugiados ficam vulneráveis na pandemia do coronavírus**. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/04/07/Como-refugiados-ficam-vulner%C3%A1veis-na-pandemia-do-coronav%C3%ADrus>. Acesso em 15 set. 2020.

²⁶ O ACNUR tem trabalhado nos campos de refugiados do mundo inteiro para reduzir os danos do coronavírus.

materiais de higiene e limpeza.

Perto da cidade de Boa Vista, o governo de Roraima está construindo a Área de Proteção e Cuidados, com capacidade para 1.200 leitos hospitalares e mil leitos destinados a pessoas infectadas e com suspeita da doença. O espaço atenderá refugiados e brasileiros. Itens de ajuda emergencial, como kits de higiene e limpeza e roupas, assim como informações sobre medidas de prevenção de contágio, também estão sendo distribuídos pela agência das Nações Unidas e por organizações da sociedade civil²⁷.

Roraima faz fronteira com a Venezuela, e por isso recebe em seu território muitos refugiados vindos daquele país. A OIM, assim como o ACNUR, estão nas duas principais cidade do estado que recebem refugiados – Pacaraima e Boa Vista – para realizarem atendimentos nos assentamentos espontâneos, bem como no abrigo institucional indígena da Operação Acolhida.

De acordo com a OIM “mais de 230 atendimentos foram realizados pela equipe que levou três profissionais de saúde até a fronteira do Brasil com a Venezuela”²⁸. Além dos atendimentos médicos realizados pelas equipes de saúde com os refugiados que saem das cidades venezuelanas, existe uma preocupação com os grupos indígenas – população ainda mais vulnerável – que foram obrigados a cruzar a fronteira. A OIM afirma que no abrigo institucional indígena Janokoida foram atendidos, em um dia, mais de 50 idosos, gestantes e crianças da etnia Warao. No assentamento espontâneo Orquídeas, os atendimentos foram realizados com o apoio do Exército nas tendas do Batalhão de Fronteira de Pacaraima²⁹. O trabalho de saúde é muito importante devido a gravidade da situação encontrada no Brasil. Ao saírem de seus lugares de origem para procurar proteção, essas pessoas não podem/devem continuar sofrendo e sendo vulneráveis. Lia Poggio, coordenadora de emergência da resposta humanitária da OIM, conclui que

Nesse período de pandemia, o desafio aumentou e é cada vez mais importante que as necessidades básicas de saúde das pessoas mais vulneráveis sejam atendidas. A ação também é uma medida importante para mitigar o impacto da COVID-19³⁰.

Continua a coordenadora da OIM que esclarece que

Nos diferentes locais por onde a equipe de saúde passou, foram realizados testes rápidos para sífilis, HIV, hepatite B e C e COVID-19, além de procedimentos de drenagem e curativos. Exames de pré-natal, como o de detecção dos batimentos cardíacos de bebês com ultrassom, foram feitos com os equipamentos da Unidade Móvel de Saúde. Muitos dos medicamentos prescritos também já eram dispensados diretamente e sem custos³¹.

As ações em promoção da saúde realizadas pela OIM no Brasil são financiadas pelo do Governo do Japão e do Canadá. A OIM esclarece que as atividades são alinhadas e executadas em consonância com o Sistema Único de Saúde do Brasil.

No dia 18 de março de 2020, o Brasil fechou sua fronteira com a Venezuela, sendo este o primeiro país a sofrer esta restrição por parte do governo brasileiro. Com as fronteiras fechadas aos não nacionais era de se esperar que o número de solicitações de refúgio também fosse afetado pela crise da COVID-19.

²⁷ NEXO, Jornal. **Como os refugiados ficam vulneráveis na pandemia do coronavírus.**

²⁸ IOM, International Organization for Migration. **World Migration Report 2020.**

²⁹ _____. **World Migration Report 2020.** Geneva: 2020.

³⁰ _____. **OIM reforça atuação na Área de Proteção e Cuidados em Roraima com equipe médica e ambulância.** Disponível em: <https://brazil.iom.int/news/oim-refor%C3%A7a-atua%C3%A7%C3%A3o-na-%C3%A1rea-de-prote%C3%A7%C3%A3o-e-cuidados-em-roraima-com-equipe-m%C3%A9dica-e-ambul%C3%A2ncia>. Acesso em: 16 ago. 2020.

³¹ _____. **OIM reforça atuação na Área de Proteção e Cuidados em Roraima com equipe médica e ambulância.**

De acordo com Observatório das Migrações Internacionais – OBMIGRA, as solicitações de refúgio no mês de junho registraram alta em comparação ao mês de maio, mas ainda bem abaixo do observado em junho de 2019 e março do corrente ano, quando foi emitido o Decreto tratando da pandemia da COVID-19. Venezuelanos, haitianos e cubanos seguiram sendo as principais nacionalidades a entrarem com pedido de refúgio³².

O fechamento da fronteira está amparado na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, conhecida por “lei de quarentena”, que determina ações para o enfrentamento da pandemia causada pelo novo coronavírus, como a restrição temporária de entrada e saída do país por rodovias, portos e aeroportos. A justificativa utilizada pelo governo brasileiro é que o SUS não iria comportar o tratamento de estrangeiros infectados pelo novo vírus. E o primeiro país a medida seria a Venezuela, que vive um conflito diplomático com o Brasil e com os Estados Unidos, com quem o governo brasileiro é extremamente alinhado, além de ser origem do maior e mais recente fluxo migratório ao país.

A referida lei foi elaborada em menos de uma semana e com dois dias de tramitação entre as duas casas do Congresso Nacional e, o Projeto de Lei (PL) n. 23/2020, de iniciativa do governo federal, não foi submetido ao debate democrático, exceto durante escassas horas de discussão no plenário da Câmara dos Deputados, premidas pela tramitação do texto em regime de urgência³³.

As tensões entre interesses legítimos, mas eventualmente diversos ou até antagônicos, põem em relevo a importância de uma “democracia sanitária” que compreenda a positivação de direitos de participação popular em processos decisórios relacionados à saúde; a organização do Estado para a prática de processos decisórios participativos; além da ampliação dos espaços e processos de argumentação, possibilitando que todas as partes interessadas consigam apresentar seus argumentos e influenciar no processo decisório³⁴.

As recomendações da OMS são contrárias ao que foi adotado pelo Brasil. A Entidade Supranacional afirma que

As evidências mostram que restringir a circulação de pessoas e bens durante emergências em saúde pública é ineficaz na maioria das situações e pode desviar recursos de outras intervenções. Além disso, as restrições podem interromper a ajuda necessária e o apoio técnico, podem perturbar as empresas e podem ter efeitos sociais e econômicos negativos sobre os países afetados³⁵.

A crise do novo coronavírus reafirmou a maior importância da inclusão de migrantes, refugiados e deslocados nos sistemas nacionais de saúde. Essas populações são muitas vezes vítimas de xenofobia, sendo interpretadas como sendo um problema para o país que os recebe.

O ACNUR afirma que já foram criados 13 abrigos temporários sob sua supervisão nas cidades de Pacaraima e de Boa Vista, em Roraima. Em meio à pandemia do novo coronavírus, a Agência internacional para Refugiados também fornece ajuda e orientação legal nas chegadas dos migrantes e refugiados, além de distribuir água potável e kits de higiene para mulheres e crianças em áreas das fronteiras.

³² OBMIGRA. Observatório das Migrações Internacionais. **Publicação do OBMIGRA.** Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/publicacoes-obmigra/publicacoes-do-obmigra>. Acesso em: 25 nov 2020.

³³ VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. **A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil.** Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180>. Acesso em 14 nov 2020.

³⁴ VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. **A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil.** p. 10.

³⁵ OMS, Organização Mundial Saúde. Disponível em: OMS | Brasil (who.int). Acesso em: 25 nov 2020.

Outras ações do ACNUR são encontradas na cidade de Manaus, onde foi estabelecido um espaço para isolamento dos casos suspeitos de COVID-19. O ACNUR assegura que as pessoas infectadas tenham um diálogo produtivo com os médicos e autoridades, além do respeito à crença da comunidade, sendo possível, inclusive, a realização de rituais tradicionais de purificação por curandeiros tradicionais das comunidades indígenas, sem deixar a assistência médica apropriada³⁶. Em Boa Vista, o ACNUR assegurou que cerca de 20 mil indígenas brasileiros sejam, direta ou indiretamente, beneficiados por uma doação de 35 Unidades Habitacionais para Refugiados (RHUs). A doação foi realizada pelo ACNUR à Coordenação Regional da FUNAI em Roraima. As RHUs estão sendo utilizadas para apoio ao isolamento de indígenas Yanomami, suspeitos e infectados por coronavírus, além de servirem como base para as equipes técnicas para os Distritos Sanitários Indígenas (DSEI). No estado do Pará foram doados 3 Unidades Habitacionais para a cidade de Santarém. Também foram doadas 8 Unidades Habitacionais para Belém para apoiar a abertura do novo abrigo municipal indígena. A ação conta com a ajuda dos Médicos Sem Fronteiras (MsF), que oferecem treinamento para a prevenção e controle de infecções para indígenas. Na cidade de Pacaraima, o ACNUR auxiliou na criação da Rádio Dibunoko Yakera, que em Warao significa “boa transmissão”, tem funcionado na língua materna e busca, por meio de uma linguagem acessível, ser fonte de informação e entretenimento para cerca de 120 pessoas.

O ACNUR também trabalhou para a construção da Área de Proteção e Cuidados (APC), que é o hospital de campanha. O empreendimento tem capacidade para atender 1.782 pessoas e é dividida em duas partes. A primeira, de Proteção, é uma área para isolamento de casos suspeitos e confirmados, composta por casas modulares doadas pelo ACNUR com capacidade para 1 mil pessoas. Na área de Cuidados ficam concentrados os atendimentos de casos mais graves (nas Unidades de Tratamento Intensivo), os que requerem acompanhamento clínico (menos graves) e as internações em enfermaria.

Além das 250 casas modulares, o ACNUR doou 2 mil camas para os ambientes de isolamento e 180 leitos de UTI para o hospital. A Agência da ONU colaborou ainda com o desenvolvimento da ferramenta de gestão da informação que permite processar prontuários médicos e agilizar os atendimentos, e contribuiu na elaboração de estudos para a construção da APC³⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho que vem sendo realizado pelo ACNUR e por outros organismos internacionais se mostram imprescindíveis, levando em conta a dificuldade do Brasil em seguir as diretrizes da OMS de combate ao coronavírus. A Venezuela teve sua crise humanitária agravada o que significa que precisará de mais apoio dos Estados vizinhos, apesar da relutância do governo do país.

Não obstante as ajudas recebidas pelos organismos internacionais e nacionais, sem o apoio do Estado fica difícil prevenir e superar os danos causados pela pandemia. Os desafios são imensos, porém, infelizmente quando o Brasil resolve adotar uma medida de fechamento de fronteiras é o sinal de que o país não tem interesse de disponibilizar proteção aos que estão fugindo de uma situação muito pior.

Finalmente, aproveitar a pandemia do novo coronavírus para viabilizar uma política de securitização dos refugiados – através do fechamento de fronteiras – é um meio de desrespeitar os direitos conquistados pelos refugiados e reconhecidos legalmente pelo país. Mais do que isso é sinalizar à esfera internacional a falta de comprometimento para com esses indivíduos e, conseqüentemente, em um mundo cada vez mais globalizado, é resignadamente se isolar.

³⁶ Agência da ONU para Refugiados (ACNUR). **5 dados sobre refugiados que você precisa conhecer**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/04/09/5-dados-sobre-refugiados-que-voce-precisa-conhecer/>. Acesso em: 07 set. 2020

³⁷ Agência da ONU para Refugiados (ACNUR). **5 dados sobre refugiados que você precisa conhecer**.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

Agência da ONU para Refugiados (ACNUR). **5 dados sobre refugiados que você precisa conhecer**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/04/09/5-dados-sobre-refugiados-que-voce-precisa-conhecer/>. Acesso em: 07 maio 2020.

_____. **Pandemia de coronavirus**. Disponível em: <https://www.acnur.org/pandemia-de-coronavirus.html>. Acesso em: 26 maio 2020.

_____. **Deslocamento global supera 70 milhões, e chefe da Agência da ONU para Refugiados pede maior solidariedade na resposta**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/06/19/deslocamento-global-supera-70-milhoes/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

Agência da ONU para Refugiados (ACNUR). **5 dados sobre refugiados que você precisa conhecer**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/04/09/5-dados-sobre-refugiados-que-voce-precisa-conhecer/>. Acesso em: 07 set. 2020.

ALVES, Thiago Augusto Lima. A (Nova) Política Migratória Brasileira: avanços e desafios no contexto da crise humanitária venezuelana. **Conjuntura Global**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 112-129, 27 jun. 2020. Universidade Federal do Paraná. <http://dx.doi.org/10.5380/cg.v9i1.72550>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/conjglobal/article/view/72550>. Acesso em: 16 ago. 2020.

_____. **Como tudo começou?** A gênese da crise da Pandemia de Covid-19 na América do Sul. **Revista Espirales**, Foz do Iguaçu, v. 2, n. 1, p. 40-45, jun. 2020. Disponível em: <https://revistas.unila.edu.br/espirales/issue/view/issue/147/78>. Acesso em: 13 ago. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 25 nov 2020.

_____. **Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: [L9474 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 25 nov 2020.

EL PAÍS. **Coronavírus desencadeia tempestade perfeita na Venezuela**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-05-27/coronavirus-desencadeia-tempestade-perfeita-na-venezuela.html>. Acesso em 12 out. 2020.

HADDAD, Emma. **The refugee in international society: between sovereigns**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

HRW, Human Rights Watch. **Venezuela: Urgent Aid Needed to Combat Covid-19**. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/05/26/venezuela-urgent-aid-needed-combat-covid-19>. Acesso em 12 out. 2020.

IOM, International Organization for Migration. **World Migration Report 2020**. Geneva: 2020. Disponível em: https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/wmr_2020.pdf. Acesso em: 07 out 2020.

_____. **OIM e Câmara Internacional de Comércio lançam guia para proteger trabalhadores migrantes na COVID-19.** 2020. Disponível em: <https://brazil.iom.int/news/oim-e-c%C3%A2mara-internacional-de-com%C3%A9rcio-lan%C3%A7am-guia-para-protoger-trabalhadores-migrantes-na>. Acesso em: 16 ago. 2020.

_____. **OIM reforça atuação na Área de Proteção e Cuidados em Roraima com equipe médica e ambulância.** Disponível em: <https://brazil.iom.int/news/oim-refor%C3%A7a-atua%C3%A7%C3%A3o-na-%C3%A1rea-de-prote%C3%A7%C3%A3o-e-cuidados-em-roraima-com-equipe-m%C3%A9dica-e-ambul%C3%A2ncia>. Acesso em: 16 ago. 2020.

Johns Hopkins University. **COVID-19.** 2020. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 12 out. 2020.

JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007. 240 p.

MAHLKE, Helisane. **Direito Internacional dos refugiados: novo paradigma jurídico.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 311.

MOREIRA, Julia Bertino. Refugiados no Brasil: reflexões acerca do processo de integração local. **REMHU - Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.,** Brasília, Ano XXII, n. 43, p. 85-98, jul./dez. 2014.

NEXO, Jornal. **Como os refugiados ficam vulneráveis na pandemia do coronavírus.** Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/04/07/Como-refugiados-ficam-vulner%C3%A1veis-na-pandemia-do-coronav%C3%ADrus>. Acesso em 15 set. 2020.

NYERS, Peter. **Rethinking refugees: beyond states of emergency.** New York; London: Routledge, 2005.

OBMIGRA. Observatório das Migrações Internacionais. **Publicação do OBMIGRA.** Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/publicacoes-obmigra/publicacoes-do-obmigra>. Acesso em: 25 nov 2020.

OMS, Organização Mundial Saúde. **Informações sobre coronavírus.** Disponível em: <https://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>. Acesso em: 25 nov 2020.

OPAS, Organização Pan-Americana da Saúde. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus).** Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 16 ago. 2020.

PATRIOTA, Antônio de Aguiar. State Responsibility in the protection of migrants, refugees and stateless persons. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional: Boletim 100 anos.** Belo Horizonte, v. 103. p. 165-175, 2017. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1U8Jym4r61ghZelJj_HgNoJM-0kPJltMd/view. Acesso em: 08 out. 2020.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Direitos Humanos e hospitalidade: a proteção internacional para apátridas e refugiados.** Atlas, 08/2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional.** São Paulo: Saraiva, 2010.

PNDH. Programa Nacional de Direitos Humanos. **Direitos Humanos.** Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-no-Brasil/i-programa-nacional-de>

direitos-humanos-pndh-1996.html>. Acesso em: 27 jun 2020.

RODRIGUES, Francilene. **Migração transfronteiriça na Venezuela. Dossiê Migração**, São Paulo, v. 20, n. 57, ago. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142006000200015&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 23 mar. 2020.

SARMENTO, G. S. Diagnóstico sobre las migraciones caribeñas hacia Venezuela. Buenos Aires: PLACMI-OIM, 2000.

SAYAD, Abdelmalek. **A imigração ou os paradoxos da alteridade**. São Paulo: Edusp, 1998.

SOUZA, Ayrton Ribeiro de; SILVEIRA, Marina de Campos Pinheiro da. O fluxo migratório de venezuelanos para o Brasil (2014-2018). **Cadernos PROLAM/USP**, [s.l.], v. 17, n. 32, p.114-132, 28 ago. 2018. Universidade de São Paulo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBIUSP. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.1676-6288.prolam.2018.144270>.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; ALTH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. **A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180>. Acesso em 14 nov 2020.

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS: FORMAÇÃO HISTÓRICA E REFLEXOS NA CONTEMPORANEIDADE

Thiago Augusto Lima Alves¹

Rafael Euclides Seidel Batista²

INTRODUÇÃO

O relatório *World Migration Report 2020*³, publicado pela Organização Internacional para as Migrações (OIM), estimou que existiam 272 milhões de migrantes internacionais no mundo em 2019, o que corresponde a 3,5% da população mundial. Ainda de acordo com o documento, 41 milhões de pessoas estão internamente deslocadas e outras quase 26 milhões de pessoas são refugiadas. Já o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR (2020)⁴ divulgou que existem 41,3 milhões de deslocados internos, 25,9 milhões de refugiados e 3,5 milhões de solicitantes de refúgio. O ACNUR concluiu ainda que o número de refugiados cresceu mais de 50% nos últimos 10 anos e que 52% dos refugiados são crianças. O documento da Agência da ONU para Refugiados revelou que 57% dos refugiados do mundo são provenientes da Síria, do Afeganistão e do Sudão do Sul enquanto os três países que mais acolhem são Turquia, Paquistão e Uganda.

Esses dados demonstram a sensibilidade da questão sobre os migrantes e refugiados contemporâneos e apontam para a importância fundamental dos regimes internacionais para a proteção dessas populações. É nesse cenário que o presente trabalho se insere ao propor uma contextualização sobre a construção histórica do Direito Internacional dos Refugiados. Também é objetivo desse trabalho compreender os reflexos do Direito Internacional dos Refugiados sobre as respectivas legislações nacionais que tratam sobre os temas de migração e refúgio. A incursão metodológica que possibilita a realização desta investigação é direcionada por abordagens de pesquisa qualitativa, pois esta permite aprofundar os entendimentos referentes à construção da legislação nacional sobre refugiados e compreender o processo internacional do fluxo de refugiados venezuelanos que chegam ao Brasil. O método indutivo também é usado, já que se parte de uma hipótese e o propósito é o de confirmá-la ou de refutá-la, para que, por meio da indução, chega-se a conclusões que são apenas prováveis. O procedimento metodológico é bibliográfico e documental, uma vez que é realizado a partir do levantamento de referências teóricas e documentos oficiais já analisados e publicados. A busca por esses dados e informações foi estabelecida a partir, principalmente, dos últimos anais do Congresso Brasileiro de Direito Internacional, de repositórios institucionais, das bases/plataformas de conteúdo científico (Portal de Periódicos da CAPES, SCOPUS e SCIELO), como também por meio de órgãos governamentais nacionais, como o CONARE e a Polícia Federal,

¹ Mestrando em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Integração Latino Americana (UNILA). Especialista em Direito Constitucional (URCA). Graduado em Direito (UNIFOR) E-mail: thiagolimaalves.adv@gmail.com.

² Mestrando em Relações Internacionais pela UNILA. Bolsista pela CAPES. Especialista em Relações Internacionais Contemporâneas (UNILA) e em Direito Internacional e Econômico (UEL). Graduado em Direito (UEL). E-mail: rafaelseidel7@gmail.com.

³ IOM - INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **World Migration Report 2020**. Geneva: 2020. Disponível em: https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/wmr_2020.pdf. Acesso em: 03 dez 2020.

⁴ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Refugee Data Finder**. Disponível em: <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/>. Acesso em: 05 de novembro de 2020.

e internacionais, como o ACNUR e a OIM.

1. A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

A proteção internacional dos Direitos da Pessoa Humana é formada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados. Apesar de haver características compartilhadas, a coexistência dessas três realidades protetivas, no âmbito internacional, não é pacífica. Todavia, apesar da divergência doutrinária, Trindade⁵ explica que, em essência, o objetivo desses três Direitos é o mesmo: a proteção do ser humano em seus aspectos mais fundamentais e vulneráveis, a qual deve ser realizada do modo mais efetivo possível. O Direito Internacional dos Refugiados é assim uma especificidade dos Direitos Humanos que pretende ganhar forças e alcançar essas pessoas que são, talvez, entre os vulneráveis, as mais desprotegidas.

Após a Segunda Guerra Mundial, diante da atrocidade vivenciada naquele período, a comunidade internacional considerou que seria importante viabilizar meios capazes de garantir a segurança e a sobrevivência humanas. Dessa forma, depreende-se que os direitos humanos são garantias individuais que objetivam a proteção dos direitos mais essenciais do ser humano em face ou de outros seres humanos – uma vez que, por serem todos essencialmente iguais, um não pode influenciar na esfera individual alheia –, ou em face do Estado.⁶

A construção dos Direitos Humanos⁷ almejou a proteção do ser humano no que diz respeito à violação de direitos feita por parte do Estado, já que é no Estado que esses direitos são exercidos, é nele que o indivíduo exerce sua personalidade jurídica, como preceitua o artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)⁸: “[...] todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica”. Somente no Estado podem ser realizadas essas garantias. É relevante considerar que o ser humano precede o Estado e adere a este por vontade própria, com o objetivo de promover proteção institucional a si. A criatura não pode sobrepor-se ao seu criador: por ser criação humana, o Estado deve ser instrumento dos homens e não o contrário.

Portanto, deve-se manter o ser humano como figura mais relevante possível em relação à construção estatal, o que se daria pela proteção humana originária dos direitos humanos. Estes devem ser resguardados em face da atividade do Estado. Hannah Arendt⁹ expõe o que representou esses direitos para os indivíduos do Estado moderno:

A Declaração dos Direitos Humanos, no fim do século XVIII, foi um marco decisivo na história. Significava que doravante o Homem, e não o comando de Deus nem os costumes da história, seria a fonte da Lei. Independente dos privilégios que a história havia concedido a certas camadas da sociedade ou a certas nações, a declaração era ao mesmo tempo mostra de que o homem se libertava de toda espécie de tutela e o prenúncio de que já havia atingido a maioria.

⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

⁶ JUBILUT, Líliliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

⁷ Existe uma diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Estes são os direitos principais do ser humano positivados pelas ordens jurídicas dos Estados, internamente, e aqueles estão relacionados à liberdade e à igualdade que estão protegidas no plano internacional, ainda que não tenham respaldo em documentos internos. Utiliza-se para efeito deste estudo a expressão “direitos humanos”, pois o assunto relacionado aos refugiados é, em essência, internacional.

⁸ ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 01 dez. 2020.

⁹ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

Houve reconhecimento dos direitos humanos e, em seguida, sua positivação no ordenamento jurídico interno dos países. Posteriormente, esses direitos foram levados ao âmbito universal. Para Flávia Piovesan¹⁰

A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como respostas às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana.

No período de pós-Segunda Guerra Mundial, nasceu a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, que substituiu a Liga das Nações e apresentou os propósitos de atuar na manutenção da segurança e da paz mundial e de desenvolver uma política internacional de aspecto universal e representativo entre os Estados, com caráter totalmente apolítico, humanitário e social. Jennifer Hyndman¹¹ esclarece, todavia, “que não há soluções humanitárias apolíticas capazes de lidar com deslocamentos humanos, tendo em vista que estes são eventos políticos”. Em razão disso, para a autora, o humanitarismo é um processo politizado que balanceia as necessidades dos refugiados e de outras pessoas deslocadas com os interesses dos Estados – isso fica mais claro quando se percebe que, entre os países sul-americanos, o Brasil é o que menos recebe refugiados venezuelanos.

Apesar disso, a ONU inaugura uma nova ordem internacional, fundada em princípios que modelam e dão novo significado ao conceito de soberania e que inclusive exercem funções constitucionais – como a limitação da discricionariedade dos Estados, obrigando-os a proteger os direitos humanos¹². É um organismo internacional que reafirma o movimento de internacionalização dos direitos humanos, pois, se a Segunda Guerra significou a ruptura com esses direitos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução¹³.

No ano de 1948, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, um marco para a internacionalização dos direitos humanos. O documento enfatiza que o direito de migrar é um direito humano, conforme expresso, no artigo 13^o¹⁴, que “toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado”, como também tem “o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país”.

A partir desse documento, direitos básicos dos seres humanos puderam fazer parte da ordem jurídica internacional, não restritos apenas aos ordenamentos jurídicos internos dos Estados. A comunidade internacional reconheceu a pessoa humana como parte direta da sociedade humana, naturalmente atuante como cidadã do seu país e igualmente cidadã do mundo, devido à proteção internacional que lhe é reconhecida.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem como características o universalismo, que garante os direitos a todas as pessoas, e a indivisibilidade, que protege todos os direitos. Flávia

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 351.

¹¹ HYNDMAN, Jennifer. **Managing displacement: refugees and the politics of humanitarianism**. Minnesota: University of Minnesota Press, 2000, p. 3.

¹² DELGADO, Tiago Medeiros; GUEDES, Henrique Lenon Farias. Constitucionalismo Internacional e proteção de Direitos Humanos na implementação de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. In: Menezes, W. (Org.). **XV Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. 2017, Florianópolis. Direito Internacional em Expansão - Volume XII. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 10-31.

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional**. p.352.

¹⁴ ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948.

Piovesan¹⁵ sintetiza o significado da Declaração:

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana).

Esses mecanismos funcionavam e apresentavam um núcleo jurídico internacional atento ao indivíduo em tempos de paz. Para os problemas que envolvem pessoas na condição de refúgio, por outro lado, tem-se o Direito Internacional dos Refugiados. Este apresenta seu fundamento no conceito de humanitarismo e nos princípios básicos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e tem como objetivo um ponto específico da proteção do indivíduo, que é protegê-lo da perseguição sofrida em função da raça, da religião, da nacionalidade, entre outros abusos. Os refugiados recebem proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos e também do Direito Internacional dos Refugiados, os quais trazem mais garantias e proteção para essas pessoas. Como esclarece Jubilit¹⁶

Tal fato é extremamente positivo, pois fortalece a proteção ao refugiado, uma vez que, ao mesmo tempo em que se assegura o refúgio, livrando-o de violações de direitos relativos ao seu status civil, ele traz em si a necessidade de resguardar também os demais direitos humanos, para, com isso, aumentar o nível de proteção dado à pessoa humana.

A partir da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, a tutela aos refugiados se fortaleceu, já que o artigo 1º definiu o conceito de refugiado e apresentou o princípio da não devolução – *non-refoulement* –, que impedia os países de expulsarem os refugiados de volta para seus países de origem, onde havia perseguição e violência. Desde aquele momento, a Convenção é considerada o eixo fundador do Direito Internacional dos Refugiados¹⁷

No que se refere ao conceito de refugiado, contudo, ainda havia limitações temporais e geográficas que foram tornando o Estatuto ineficaz. Devido a essas limitações, foi estabelecido, no ano de 1967, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, que ampliou o alcance da definição desse termo. Barichello e Araujo¹⁸ explicam que

O Protocolo buscou eliminar as limitações geográficas e temporais contidas na Convenção de 51, a qual estabelecia que somente seriam reconhecidos como refugiados aqueles que tivessem receio de serem perseguidos em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951.

Outro valoroso documento, de âmbito regional, que corrobora os direitos dos refugiados é a Declaração de Cartagena sobre Refugiados (1984), a qual estabelece conexão entre as três correntes da proteção internacional – Direitos Humanos, Direito dos Refugiados e Direito Humanitário – e influencia a

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional**. p.142.

¹⁶ JUBILUT, Liliãna Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. p.61.

¹⁷ BARICHELLO, Stefania Eugenia; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. Aspectos históricos da evolução e do reconhecimento internacional do status de refugiado. **Relações Internacionais**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 63-76, jul. 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/272019669_Aspectos_historicos_da_evolucao_e_do_reconhecimento_internacional_d_o_status_de_refugiado. Acesso em: 03 dez 2020.

¹⁸ BARICHELLO, Stefania Eugenia; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. Aspectos históricos da evolução e do reconhecimento internacional do status de refugiado. p.73.

política migratória adotada pelo Brasil. Com o número crescente de refugiados sem proteção, percebeu-se que para a região da América Central era necessário um documento que de fato afluísse com a realidade local, para prover direitos aos refugiados originados durante os conflitos no continente americano. A solução para esses problemas, então, foi a Declaração de Cartagena, formulada como uma resposta aos problemas locais. A Declaração de Cartagena complementaria dois documentos já existentes, a Convenção de Genebra de 1951 e o Protocolo de 1967.

Essa legislação nasceu dos encontros entre representantes e especialistas de dez países latino-americanos na cidade de Cartagena das Índias, na Colômbia. O objetivo era debater a situação dos refugiados na América Latina. O Colóquio ampliou a definição do termo refugiado ao concluir, na terceira parte do documento elaborado, que havia “violação maciça dos direitos humanos”¹⁹.

Também no âmbito regional, é importante destacar a Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas (1994), que reconheceu a violação de direitos humanos como o motivo mais frequente para os deslocamentos humanos e para os pedidos de refúgio, concluindo que a proteção desses direitos é a melhor solução para prevenção dessas crises. O Brasil, desde os anos 1990, ratificou ou está em processo de ratificação da maioria dos tratados internacionais de direitos humanos, sendo estes norteadores dos princípios da Constituição de 1988 e responsáveis pela existência de uma efetivação jurídica da matéria. O País também coopera com a ONU e com a Organização de Estados Americanos (OEA) para a defesa dos direitos humanos.

2. REFLEXOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A política brasileira para refugiados passa por um momento de construção normativa pautada na proteção de direitos humanos. É a partir especialmente de 2010, período em que novos fluxos migratórios passam a chegar ao Brasil, que o Poder Executivo precisa tomar uma nova mobilização para atender à questão do refúgio com políticas específicas para o contexto, pautadas na proteção dos direitos humanos e no “espírito de Cartagena”²⁰. Estas políticas passam tanto por uma construção normativa, representada, especialmente, por Resoluções Normativas (RN), como por uma aproximação com mais atores envolvidos na proteção de refugiados e por uma formação de um discurso de acolhida de refugiados e sensibilização da importância da causa.

Em 1997, a Lei 9.474 (Lei do Refúgio) é instituída e incorpora o compromisso do país com o tema. Esta lei é construída em um momento de afirmação da agenda de direitos humanos no país, a qual incluía a necessidade de cristalizar a agenda do Direito Internacional dos Refugiados em âmbito interno e, que regulamentou, não só o que a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 orientavam, como também o que a Declaração de Cartagena determina como refugiado²¹. Ademais, o Brasil também participa ativamente dos diálogos multilaterais sobre direitos humanos de pessoas refugiadas, como a Declaração de São José de 1994, a Declaração e Plano de Ação do México de 2004 e a Declaração e Plano de Ação do Brasil de 2014, todos processos de construção de proteção de refugiados baseados no marco de Cartagena.

Vale ressaltar que o Brasil foi o primeiro país da América do Sul a ratificar, no ano de 1960, a Convenção Internacional de 1951, relativa ao Estatuto do Refugiado. Em razão das limitações, temporais e

¹⁹ BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira; LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. O Brasil e o espírito da Declaração de Cartagena. **Revista Forced Migration**, jul. 2010. Disponível em: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMR35brasil.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2020.

²⁰ ALMEIDA, Alessandra Jungs de; MINCHOLA, Luís Augusto Bittencourt. O "Espírito de Cartagena" e a Política Brasileira de Refugiados. **Revista Perspectiva**, Porto Alegre, v. 8, n. 15, p. 123-142, 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/RevistaPerspectiva/article/view/71249>. Acesso em: 05 dez. 2020.

²¹ ALMEIDA, Alessandra Jungs de; MINCHOLA, Luís Augusto Bittencourt. O "Espírito de Cartagena" e a Política Brasileira de Refugiados.

geográficas, evidenciadas na referida Convenção, foi estabelecido, em 1967, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, que tinha por objetivo a ampliação do alcance da definição do termo “refugiado”. Tal documento foi assinado pelo Brasil no ano de 1972. Posteriormente, o País assinou a Declaração de Cartagena, de 1984, um documento regional que influenciou a associação entre o conceito de refúgio e o de direitos humanos, especificamente o humanitarismo na América Latina.

Em agosto de 1980, foi criada a Lei nº 6.815 (Estatuto do Estrangeiro) e, na década seguinte, foi estabelecida uma legislação para os refugiados, a Lei nº 9.474 (Estatuto dos Refugiados), de julho de 1997, alinhada à Convenção de Genebra de 1951, ao Protocolo Facultativo de 1967 e à Declaração de Cartagena de 1984. Em maio de 2017, foi sancionada a Lei nº 13.445 (Lei de Migração), que revogou a Lei nº 6.815/80. A nova lei concebe a migração como um direito do ser humano e apresenta o desafio de superar a abordagem que considerava o estrangeiro como uma ameaça à segurança nacional.

A migração internacional no Brasil era regulada até então por normas legais implementadas no período do Regime Militar, nas quais o imigrante era visto como uma ameaça à “estabilidade e à coesão social” do país, predominando, portanto, o enfoque da segurança nacional, que deveria manter de fora das nossas fronteiras aqueles que “pretendiam vir causar desordem em nossas plagas”²². A Lei n. 6.815/1980, que estabeleceu esse conjunto de normas, também criou o Conselho Nacional de Imigração (CNIg), o qual manteve em prática, num cenário de baixa pressão imigratória, a política do mobilizar, selecionar e localizar, que desde sempre predominou nas políticas migratórias implementadas no país, seguindo a lógica de atender às demandas por força de trabalho estrangeira²³.

Apesar dos vetos, cabe destacar que o novo arcabouço legal representa um grande avanço no trato da questão migratória no Brasil e abre a perspectiva de esperança para os coletivos migrantes que já se encontram por aqui, para aqueles que estão por vir e para os brasileiros que emigraram para o exterior. O maior avanço de todos, sem dúvida, foi acabar com o anacronismo do Estatuto dos Estrangeiros, aparato jurídico inspirado num regime de exceção, cuja base se assentava na doutrina da segurança nacional e que vigorava mesmo depois da aprovação da Constituição Democrática de 1988, que, entre outros objetivos, se colocava como missão sepultar os resquícios jurídicos da ditadura militar²⁴.

O novo regramento, entretanto, traz novos princípios e diretrizes que devem reger a política migratória, em consonância com a Constituição Federal de 1988 e com tratados internacionais de que o Brasil é signatário, como: universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; não criminalização da migração; não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; promoção de entrada regular e de regularização documental; acolhida humanitária; desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil; observância do disposto em tratados; e etc.²⁵ A política migratória brasileira também se aproxima das convenções e tratados já celebrados pelo Brasil, como a Declaração de Direitos Humanos. A Lei de

²² OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **Revista Brasileira de Estudos de População**, [S.L.], v. 34, n. 1, p. 171-179, 23 ago. 2017. Associação Brasileira de Estudos Populacionais. <http://dx.doi.org/10.20947/s0102-3098a0010>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100171&lang=pt#B14. Acesso em: 05 dez. 2020.

²³ VAINER, C. B. **Estado e migrações no Brasil**: anotações para uma história de políticas migratórias. *Revista Travessia*, n. 36, p. 15-32, jan./abr. 2000.

²⁴ OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **Revista Brasileira de Estudos de População**.

²⁵ MENDES, Aylle de Almeida; BRASIL, Deilton Ribeiro. A Nova Lei de Migração Brasileira e sua Regulamentação da Concessão de Vistos aos Migrantes. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, [S.L.], v. 43, n. 84, p. 64-88, 19 jun. 2020. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p64>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552020000100064&lang=pt. Acesso em: 05 dez. 2020.

Migração também se alinha aos princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, como o da dignidade da pessoa humana e da igualdade de tratamento, independentemente de raça, sexo, cor ou idade ou quaisquer outros tipos de discriminação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve o propósito de analisar a construção dos direitos dos refugiados e mostrar a importância da internacionalização desses direitos. Os direitos humanos dos refugiados foram construídos durante o século XX e a discussão sobre o assunto proporcionou grandes avanços para estes. Apesar disso, a garantia desses direitos é vulnerável à vontade política dos Estados, uma vez que é neles que se efetivam as proteções internacionais, razão da importância desses Estados participarem da ratificação de documentos internacionais relativos à matéria e, conseqüentemente, da elaboração das leis nacionais e de políticas públicas mais eficazes.

Uma observação necessária a ser realizada é sobre a efetivação de direitos que já estão no ordenamento interno dos países. O cumprimento dos tratados internacionais sobre o tema depende da boa vontade dos Estados signatários e de uma política externa delicada e arrojada. Tal dependência tem dificultado a vida dos refugiados e atrapalhado a obtenção da garantia de seus direitos conquistados.

Finalmente, além das questões internas de cada nação, o Direito Internacional dos Refugiados, dependente dos Estados, vai se tornando enfraquecido. Países podem não mais aceitar refugiados, dependendo do tipo de política externa que aderem. É algo impensado e incabível num mundo tão globalizado e conectado, é preciso rever esse tipo de política almejando algo mais duradouro e desafiador.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Alessandra Jungs de; MINCHOLA, Luís Augusto Bittencourt. O "Espírito de Cartagena" e a Política Brasileira de Refugiados. **Revista Perspectiva**, Porto Alegre, v. 8, n. 15, p. 123-142, 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/RevistaPerspectiva/article/view/71249>. Acesso em: 05 dez. 2020.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Refugee Data Finder**. Disponível em: <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/>. Acesso em: 05 de novembro de 2020.

ARENDR, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BARICHELLO, Stefania Eugenia; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. Aspectos históricos da evolução e do reconhecimento internacional do status de refugiado. **Universitas Relações Internacionais**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 63-76, jul. 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/272019669_Aspectos_historicos_da_evolucao_e_do_reconhecimento_internacional_do_status_de_refugiado. Acesso em: 03 dez 2020.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira; LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. O Brasil e o espírito da Declaração de Cartagena. **Revista Forced Migration**, jul. 2010. Disponível em: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMR35brasil.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2020.

DELGADO, Tiago Medeiros; GUEDES, Henrique Lenon Farias. Constitucionalismo Internacional e proteção de Direitos Humanos na implementação de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. In Menezes, W. (Org.). **XV Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. 2017, Florianópolis. Direito Internacional em Expansão - Volume XII. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 10-31. Disponível em:

<https://drive.google.com/file/d/15sI9dS2SD1mbxZ4BCRNUdOz96FWmqb-D/view>. Acesso em: 07 maio 2020.

HYNDMAN, Jennifer. **Managing displacement**: refugees and the politics of humanitarianism. Minnesota: University of Minnesota Press, 2000.

IOM, International Organization for Migration –. *World Migration Report 2020*. Geneva: 2020. Disponível em: https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/wmr_2020.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.

IOM, International Organization for Migration –. **World Migration Report 2020**. Geneva: 2020. Disponível em: https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/wmr_2020.pdf. Acesso em: 03 dez 2020.

JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007. 240 p.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 7. ed., 2014.

MENDES, Aylle de Almeida; BRASIL, Deilton Ribeiro. A Nova Lei de Migração Brasileira e sua Regulamentação da Concessão de Vistos aos Migrantes. **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, [S.L.], v. 43, n. 84, p. 64-88, 19 jun. 2020. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p64>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552020000100064&lang=pt. Acesso em: 05 dez. 2020.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **Revista Brasileira de Estudos de População**, [S.L.], v. 34, n. 1, p. 171-179, 23 ago. 2017. Associação Brasileira de Estudos Populacionais. <http://dx.doi.org/10.20947/s0102-3098a0010>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100171&lang=pt#B14. Acesso em: 05 dez. 2020.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 01 dez. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2010.

VAINER, C. B. **Estado e migrações no Brasil**: anotações para uma história de políticas migratórias. Revista Travessia, n. 36, p. 15-32, jan./abr. 2000.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO: AVANÇO OU RETROCESSO

Amanda Caroline Zini¹

Luis Angelo Dallacort²

Mirelle Gallas³

INTRODUÇÃO

No presente artigo busca-se analisar os direitos sociais, especialmente o direito ao trabalho, como direito fundamental social reconhecido em nosso ordenamento jurídico e os efeitos acarretados pela aprovação da reforma trabalhista que marcou o ano de 2017 em nosso país.

Para viabilizar essa análise será traçada a conceituação de direitos fundamentais e o emprego da terminologia direitos humanos, bem como a evolução histórica que levou a positivação de tais direitos e sua divisão doutrinária em gerações, face a grande importância desses elementos na proteção da dignidade humana por vezes relativizada em nome do crescimento econômico da sociedade.

Face a inúmeras discussões desde o surgimento dessa nova legislação, onde por vezes é apresentada como um avanço social por legalizar práticas já existentes em nosso meio atendendo às “necessidades” dos empregadores e o contraponto da evidente vulnerabilidade dos trabalhadores. O estudo ainda apresentará os aspectos doutrinários inerentes ao princípio da proibição ao retrocesso social para aclarar as obscuridades que o tema apresenta.

1. DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: HISTÓRIA, TERMINOLOGIAS E GERAÇÕES

Discutir a temática dos direitos humanos não é uma tarefa fácil. Diante de suas peculiaridades e frente a um mundo multicultural estes muitas vezes se encontram enraizados sob fundamentos e ideais que apenas abarcam determinadas categorias. Embora sejam classificados como universais, em determinadas situações, acabam não sendo aplicados a todos, sendo necessário que cada vez que certo grupo se sinta excluído, passe a lutar para a conquista de direitos que julgam ser necessários para sua concretização enquanto seres humanos dignos de dignidade. É certo que desde as revoluções burguesas os primeiros descontentamentos passavam a ser reivindicados, num processo de emancipação que alterou paulatinamente a sociedade.

Frente a um sistema feudal opressor, os burgueses uniram-se numa luta contra a exploração e reivindicaram direitos que até então não possuíam. Esse processo favoreceu a ideia do homem individualista e culminou com a conquista de direitos os quais são considerados a primeira geração dos direitos humanos: liberdade, igualdade e fraternidade.

¹ Mestranda em Direito, com bolsa UPF, pela Universidade de Passo Fundo. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. Assistente jurídica. Email: amandacarolinezini@gmail.com.

² Mestrando do Mestrado Strico Sensu da Universidade de Passo Fundo. Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Trabalho do Estado de Santa Catarina-AMATRA 12. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Advogado. E-mail: luisdallacort92@gmail.com

³ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação, Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, Brasil; Especialização em Direito Processual Civil e Constitucional pela Universidade de Passo Fundo/RS; Gerente da Divisão de Assessoria Jurídica da Fundação Universidade de Passo Fundo.; Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: mirellegallas@gmail.com. Fone: (54) 9 9998-9051

Outra peculiaridade, que dificulta o entendimento sobre os direitos humanos, é sua terminologia, muita ampla e variada nos textos jurídicos, que, por vezes acaba criando certas nomenclaturas que divergem. Existem diversas denominações capazes definir esses direitos, tais como; "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos subjetivos públicos", "liberdades públicas", "direitos individuais", "liberdades fundamentais" e "direitos humanos fundamentais", entre tantas outras⁴.

Embora, a terminologia adequada ainda esbarre em pensamentos distintos, os autores em uma coisa concordam, sobre a importância desta classe de direitos. Os Direitos Humanos são direitos fundamentais, uma vez que sem eles a pessoa humana não conseguiria existir, bem como, não seria capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida na sociedade⁵. Assim, pode-se dispor que estes direitos devem ser entendidos como o "conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade"⁶.

Frutos de lutas e de reivindicações, estes passaram a compor os ordenamentos jurídicos das nações e possibilitaram uma maior emancipação e igualdade entre as classes que até então, se encontravam desamparados, sem quaisquer direitos assegurados, podendo-se assim dispor que

Os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquín Herrera Flores, compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana.⁷

No fim do século XIV, começavam a ser observados os primeiros sinais da positivação dos Direitos Humanos. Diante da pluralidade de demandas sociais e com o surgimento de uma nova mentalidade, a qual tinha como principal impulsionador o humanismo e a Reforma Protestante, que culminou com o rompimento da unidade eclesiástica, gerando pluralismo religioso, foi necessário o surgimento de normas jurídicas com o intuito de evitar que ocorressem guerras religiosas. Por conseguinte, surge a ideia da tolerância, precursora da liberdade religiosa, que seria marcada como primeiro direito fundamental⁸.

Assim, nascia a ideia de que a efetivação de direitos, capazes de garantir a emancipação de classes que até então eram dominadas, bem como efetivação de diversas garantias indispensáveis para a concretização do homem enquanto um ser de direito era de suma importância para a manutenção da ordem social.

Foi no fim do século XIV, com o advento do Estado Moderno que apareceram as normas relativas a manutenção da ordem e segurança, com o intuito de zelar para que possíveis disputas pudessem ser resolvidas pelo juízo imparcial, bem como a intenção de defender as liberdades civis e a liberdade pessoal e assegurar a liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista⁹. Por meio destas ideias, diz-se que:

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 27.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1987. p. 7.

⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 215.

⁸ LEITE, Márcio Garcia. As contribuições de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10. n. 2, p. 420-421. Jul/dez 2005.

⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 61.

A modernidade emerge como ruptura com a velha ordem aristocrática. Os interesses de classe foram fatores que contribuíram decisivamente para essa ruptura. Porém não poderia acontecer uma ruptura tão radical de paradigmas sem que a luta pelos interesses de classe se legitimasse, por sua vez, construindo novas formas simbólicas de aceitação social. Ou seja, foi necessário instituir um novo imaginário social um novo universo de representação que desse credibilidade social aos novos valores e instituições. Para tal foi necessário criar novas identidades (modernas) para os indivíduos e novos modos culturais de autocompreensão.¹⁰

No decorrer dos anos, novas problemáticas sociais surgem bem como novas demandas, decorrentes de pleitos de camadas da sociedade que estavam descontentes com a sua situação. Diante dessas peculiaridades, deve-se entender, os direitos humanos não como direito findados, mas sim como direitos em constante evolução.

Frente as características, de serem históricos e em constante evolução, esse direitos passaram a ser classificados por gerações. Muitas vezes os direito humanos são divididos em gerações ou categorias com base no percurso da história que originou sua criação. Para o referido autor, no decorrer do tempo, os direitos humanos foram se alterando e atingindo cada vez mais grupos de pessoas que até então não eram destinatários de direito. Assim, houve uma alteração na proteção destes direitos¹¹.

Todavia, é importante destacar que, embora existam as gerações de Direitos Humanos, estes não devem ser compreendidos como velhos e novos, mas sim, devem ser entendidos como complementares um ao outro. Como dimensões, que embora uma posterior a outra, não anulam e nem tiram a relevância da dimensão anterior:

Há que se reconhecer que a perspectiva geracional de direitos humanos os historiciza em certas medidas, já que assinala distintos processo de luta em diferentes contextos, ainda que seja a partir de um panorama seqüencial linear. Creio também, como assinala o próprio Antonio Pérez Luño, que em ralação as “gerações” não podem ser entendidas c como situações globais e completa de “”velhos” por “novos” direitos humanos como categorias históricas que apenas podem predicar-se como sentido em contextos temporalmente determinados[...].¹²

Embora na Europa, as lutas pela reconhecimento de direitos humanos, bem como a sua positivação se deu de forma mais precoce frente ao direito pátrio Brasileiro. Este também passou a elencar uma série de Direitos humanos em seus textos constitucionais. Muito embora, antes da existência da Constituição Federal de 1988 existissem alguns direitos fundamentais positivados, foi apenas com o advento da chamada Constituição cidadã que se passou a dar maior relevância a este grupo de direitos tão fundamental para a efetivação da condição de ser humano na sociedade.

No tocante ao direito dos trabalhadores, a Carta Magna também foi importante, já que, elencou como um de seus direitos fundamentais, como o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão desde que respeitados os requisitos mínimos para exercer tal profissão. Também trouxe no seu rol o Artigo 7 o qual elencou os diretos dos trabalhadores urbanos e rurais para a efetivação da melhoria de sua condição social¹³.

Entretanto, essas conquistas tardias, só foram possíveis, uma vez que tal qual os trabalhadores europeus, os brasileiros passaram a se unir em grupos para poderem ter mais voz frente a máquina

¹⁰ SIDEKUM, Antônio. **Alteridades e Multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 119.

¹¹ MAZZUOLI, V. O. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 52.

¹² RUBIO, David Sánches. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**: das emancipações, libertações e dominações. Tradução de Ivone Farnades Morcilho Lixa, Helena Henkin. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2014. p. 91.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

opressora do capitalismo. Nessa luta pela dignidade humana e pela justiça social surge o direito do trabalho o qual culmina com a constitucionalização das normas protetivas do trabalho e a normatização de seus princípios fundamentais. O direito do trabalho assim construído e aplicado é instrumento decisivo para a formação e a defesa da justiça social¹⁴.

Nesse tocante, o Estado, ao efetivar o direito a um trabalho digno, bem como oferecer garantia aos trabalhadores, efetiva a dignidade da pessoa humana. Em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa, e quando não se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade¹⁵.

Nesse sentido, quando se fere um direito fundamental, fere-se também a dignidade da pessoa humana, atingindo-se sua condição enquanto ser de direito e detentor de direitos sociais, os quais, foram conquistados às custas de muitas lutas e reivindicações por grupos excluídos. Assim, deve-se sempre ter em mente que os direitos humanos não são frutos da benevolência de governos ou de elites, mas sim frutos de lutas por emancipações. Frente a isso, é necessário sempre defendê-los de poderes tiranos, que em prol do seu próprio crescimento econômico buscam relativizá-los e muitas vezes até extinguí-los.

2. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Os valores sociais do trabalho estão positivados na Constituição Federal de 1988 no art. 1º, inciso IV, como fundamento do Estado Democrático de Direito. Os direitos trabalhistas são garantidos através da legislação específica que protege a relação de subordinação entre empregado e empregador. Dessa forma, a redução dessas garantias, conquistadas pela classe trabalhadora e advindas das lutas históricas, acarretam a fragilização desse fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, negando o princípio da dignidade da pessoa humana e nos sujeitando ao retrocesso social.

Se tomarmos a ideia de proibição do retrocesso social em um sentido amplo, podemos constatar que a nossa ordem jurídica já consagrou essa noção através da garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos, da coisa julgada e outras limitações constitucionais de atos retroativos e garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais verificadas no direito positivo, doutrina e jurisprudência¹⁶.

Nesse passo, dispõe-se que o princípio não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional: “se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”¹⁷.

Ainda, pode-se reforçar essa ideia pelo fato de que as normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais de caráter positivista implicam em uma proibição de retrocesso, ao passo de que “uma vez dada satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele”¹⁸.

A partir dessa perspectiva de princípio implícito no sistema jurídico-constitucional, pode-se analisar em nosso ordenamento jurídico os principais argumentos estabelecidos para tal entendimento: o princípio

¹⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**, São Paulo, LTR, 2000, pág. 259.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 84.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 444-5.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.158 apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 454.

¹⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131 apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 454-5.

do Estado democrático e social de direito, “que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica”¹⁹ abrangendo a confiança e manutenção da ordem jurídica contra medidas retroativas e atos de cunho retrocessivo.

Argumenta-se, nesse aspecto, que o princípio da dignidade da pessoa humana é concretizado através de prestações positivas, portanto, através dos direitos fundamentais sociais. O princípio da máxima eficácia e efetividade das normas que definem os direitos fundamentais, expresso no art. 5º, § 1º e que abrange a maximização dos direitos fundamentais e segurança jurídica e por consequência a proteção também contra medidas de caráter retrocessivo. Ainda, a proteção contra medidas de cunho retroativo, onde se enquadram o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, visando a segurança jurídica e encontram fundamento no art. 5º, caput, da Lei Fundamental e no princípio do Estado social e democrático de Direito.

Aborda-se também quanto ao princípio da proteção da confiança como elemento central do Estado de direito e conectado a segurança jurídica, onde os órgãos estatais, ao passo de que estes estão vinculados “não apenas às disposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa autovinculação em relação aos atos anteriores”²⁰.

Por fim, negar reconhecimento ao princípio da proibição ao retrocesso seria admitir que os órgãos legislativos poderiam tomar livremente suas decisões a despeito dos direitos fundamentais, normas constitucionais e em desrespeito à vontade expressa do Constituinte²¹.

Porém, deve-se dispor que ainda há considerável discussão acerca do nível de proteção outorgada pelo princípio da proibição ao retrocesso social. É elevado o grau de consenso, na jurisprudência nacional e no espaço europeu, quanto a existência de uma proteção ao não retrocesso, o que também abrange o reconhecimento que tal proteção não pode assumir um caráter absoluto no que diz com a concretização de direitos sociais a prestações²².

Neste passo, a ideia da proibição do retrocesso social não deve ser posta como uma regra, onde esta pode postar em risco a autonomia da função legiferante, visto que não se considera o legislador como um órgão executor das decisões constitucionais²³.

Canotilho leciona que “a violação do núcleo central efectivado justificará a sanção da inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada <justiça social>”²⁴. Como exemplo, pode-se chamar de inconstitucional uma lei que extingue o direito ao subsídio de desemprego ou alargue desproporcionalmente o tempo de serviço à aposentadoria²⁵.

Considerar o princípio em enfoque como absoluto inviabilizaria a promoção de ajustes necessários à sociedade, especialmente se considerarmos a instabilidade da capacidade prestacional do Estado e da própria sociedade, no contexto de crise econômica e o incremento dos níveis de exclusão social, vivenciado em todo o planeta. São fatores acarretam o aumento da demanda por prestação social²⁶.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 455

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 456

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 455-6

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 458

²³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p. 307-309 apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 458.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 339.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 339

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 461

Além do que, chama a atenção para o aspecto que, no âmbito da proibição do retrocesso, deve estar presente como pressuposto para a análise da circunstância de que o conteúdo mínimo existencial para uma vida digna está relacionado a fatores históricos, geográficos, sociais, econômicos e culturais diversos em razão do lugar e do tempo vivenciado²⁷.

Nesse passo, pode-se dizer que “o correto manejo da proibição do retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma importante ferramenta jurídica para a afirmação do Estado necessário, do qual nos fala Juarez Freitas”²⁸. Esse Estado necessário estaria apto a assegurar, com eficiência, uma vida com dignidade para cada indivíduo, uma vida saudável isoladamente e à coletividade do corpo social²⁹.

Assim, questiona-se se a reforma trabalhista proporcionará ao Estado atender de forma mais eficiente a demanda social pela criação de novos postos de trabalho formal, trazendo renda e segurança ao maior número de trabalhadores, ou se apenas tornou o trabalhador mais vulnerável como um nítido retrocesso de direito social em sua essência.

3. OS DIREITOS SOCIAIS E A REFORMA TRABALHISTA

O estudo do direito está diretamente ligado para com a cultura, ao passo de que este acaba por ser um fenômeno influenciador dos manifestos culturais, fazendo parte do todo cultural que é a sociedade em suas diversas formas de manifestações³⁰.

O direito do trabalho fora uma consequência direta da Revolução Industrial, em razão daqueles que prezavam para que a dignidade humana fosse parte do ambiente laboral do século XVIII. Ainda, pode-se dar como exemplo para a influência da conjuntura do direito do trabalho brasileiro o constitucionalismo social contido na Carta Magna Mexicana, de 1917 e a Constituição de Weimar, na Alemanha, em 1919³¹.

A Constituição Mexicana de 1917 ficou marcada como a primeira a positivar os direitos sociais dos trabalhadores como direitos fundamentais. A Constituição Alemã de 1919, promulgada após o fim da Primeira Grande Guerra, assegurava os direitos e deveres fundamentais dos cidadãos alemães, entre eles os sociais, econômicos, escolares e trabalhistas.

Estas duas Constituições serviram de influência para que, no Brasil, fosse elaborada a Constituição Federal de 1934, ao qual disseminava as ideias contidas – especialmente na de Constituição de Weimar – acerca do Estado de Bem-Estar Social, fortemente influenciados pelos ideais de liberdade, justiça e bem-estar socioeconômico³².

Os direitos sociais são reflexo destas expressões culturais; hoje, apesar de muitos direitos serem consagrados constitucionalmente, a tarefa de torná-los eficazes tem sido dificultosa. Pode-se perceber isto

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 465

²⁸ FREITAS, Juarez. Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31 apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 467

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 467

³⁰ VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional**. Passo Fundo: UPF, 2014. p. 19

³¹ ANELLI, João M. G., SANTAREM, Vinicius. O princípio da proteção e a reforma trabalhista. **Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito**, 15 ed. Garça - São Paulo, FAEF. Janeiro de 2019. Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/13Wylt9r1Y02SUM_2019-2-28-14-43-58.pdf. Acesso em: 4 set 2019, p. 3.

³² ALVARENGA, Rúbia Zenotelli de. A constitucionalização dos direitos sociais trabalhistas no âmbito internacional. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, v. 21, n.1, 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/110549/2017_alvarenga_rubia_constitucionalizacao_direitos.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: 4 set 2019, p. 142-145.

frente à busca constante para se assegurar a constitucionalidade dos direitos sociais, conjuntamente com a afirmação da dignidade do trabalhador, visto que ambos são uma forma de alicerçar a busca pela confirmação da cidadania do trabalhador³³.

As necessidades básicas de um ser humano precisam ser atendidas para que sua condição de liberdade, igualdade e dignidade seja assegurada. E, na sociedade capitalista contemporânea - onde a grande maioria da população se utiliza da força de trabalho para gerar seu capital -, é possível identificar o trabalho como um meio de sobrevivência e direito social³⁴.

Assim, para se realizar a análise para com a reforma trabalhista, necessita-se cada vez mais de pesquisas cuja essência constitucional busque a garantia dos direitos sociais³⁵, ao passo de que, atualmente, o direito do trabalho não encontra respostas em suas próprias instituições, fazendo-se necessário transpassar suas fronteiras e adentrar no direito constitucional, visto que este é o guardião dos princípios que asseguraram tanto sua formulação como sua reafirmação como direito do cidadão.

O direito ao trabalho digno é imprescindível, visto que somente o elemento trabalho isoladamente não é capaz de demonstrar a garantia de dignidade. É necessário liberdade, igualdade e dignidade, onde o trabalho precisa ser livre e sem discriminações para que este seja digno³⁶.

Primeiramente, pelo princípio da igualdade, faz-se necessário ir além de sua compreensão conceitual, sendo necessário entender qual o papel material desempenhado por este e qual o tamanho de sua influência no exercício dos direitos sociais³⁷. Desde sua estruturação como sociedade, a humanidade busca viver de forma digna, organizada e igual. Mesmo que seus integrantes sejam desiguais, prevalece a possibilidade da construção da igualdade em conjuntura para com a medida em que se concretiza a justiça social³⁸.

Desta forma, uma maneira de se assegurar a justiça social é garantir ao cidadão o direito ao trabalho digno, com a remuneração justa e que atenda às suas necessidades pois, conforme será estudado no decorrer do presente trabalho, mesmo antes do direito do trabalho ser consolidado como um ramo com autonomia própria, este já era previsto em legislações internacionais.

Portanto, é neste momento que o propósito de se estabelecer uma relação entre os direitos sociais e respeito à dignidade do trabalhador se apresenta necessário, visto que, para que seja possível demonstrar que a reforma trabalhista retirou em parte o propósito protecionista do direito do trabalho, modificaram-se na medida também aspectos da legislação que oferecem vulnerabilidade ao trabalhador.

Neste passo, dispõe-se então que, apesar da conquista dos direitos dos trabalhadores significarem um avanço significativo quanto aos direitos sociais, a reforma trabalhista de 2017 não trouxe modificações benéficas quanto àquele que se deve atender no que diz respeito aos direitos fundamentais e sociais contidos dentro da Carta Magna.

A reforma trabalhista marcou o ano de 2017. Na medida em que o governo – apoiado pelo congresso – aprovava o texto, os mais pobres eram os mais atingidos com as novas definições, significando

³³ JUNIOR, Antônio Rodrigues de Freitas. **Direito do Trabalho e Direitos Humanos**. 1ª ed. São Paulo: BH Editora e Distribuidora de Livros, 2006. p. 63

³⁴ JUNIOR, Antônio Rodrigues de Freitas. **Direito do Trabalho e Direitos Humanos**. p. 64-65

³⁵ MENEZES, Mauro de Azevedo. **Constituição e Reforma Trabalhista no Brasil: Interpretação na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Recife, LTr, 2002. p. 16

³⁶ JUNIOR, Antônio Rodrigues de Freitas. **Direito do Trabalho e Direitos Humanos**. p. 65

³⁷ MENEZES, Mauro de Azevedo. **Constituição e Reforma Trabalhista no Brasil: Interpretação na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. p. 16

³⁸ CHAPPER, Alexei Almeida. **Polêmicas Trabalhistas**. São Paulo, LTr, 2010. p. 38

o desmonte de grande parte dos direitos sociais, nos quais incluíam-se os trabalhistas, conquistados ao longo do último século pelo povo brasileiro³⁹.

A reforma trabalhista trouxe mudanças que abriram caminhos para a legalização de práticas que já ocorriam no mercado de trabalho e acabou, também, por possibilitar que outras opções de manejo do trabalho aos empregadores de acordo com as suas “necessidades”⁴⁰. Isso significa que o trabalho se tornou uma forma de regulamentar características do capitalismo contemporâneo, o que serve para que o trabalhador seja submetido a um trabalho que cause maior insegurança tanto na forma de contratação quanto para com o uso da mão de obra e a remuneração⁴¹.

As modificações impostas pela reforma trabalhista poderiam desencadear efeitos positivos no mercado de trabalho e, conseqüentemente, também para os trabalhadores. Entretanto, a obsessão da política econômica não tinha esse interesse⁴².

É possível identificar que essa política traduz um pouco da evolução da sociedade, pois os antecessores primitivos desconheciam a necessidade do *ter* que se observa no comportamento da sociedade na contemporaneidade, desde que essa “necessidade” foi evoluindo e se fortalecendo⁴³.

Realizando-se uma breve reflexão acerca a ideia do *ter* como “necessidade”, traz-se à tona coisas e situações onde a sociedade ainda perdura com erros cometidos no passado, deixando de mudar o que deveria e de aprimorar o que se tem, fazendo-se impossível transformar alguns padrões de injustiça que são impostos e que prevalecem na atualidade⁴⁴.

Portanto, faz-se necessário repensar as formas como o trabalhador é visto dentro do corpo social pois, sem este, o capitalismo mundial não se desenvolveria. Mesmo que a necessidade do *ter* seja uma característica da sociedade contemporânea, tudo que se está inserido desta se trata de um ciclo. O *ter* depende do indivíduo, que vende sua força de trabalho para o mercado, objetivando receber um salário com o qual irá adquirir bens, produtos e serviços que irão ajudar a subsidiar a sua vida e sua família.

Atualmente, o termo trabalho deve ser encarado e lembrado como uma garantia e, acima de tudo, como uma garantia digna, pois este deve representar algo que sirva para a sobrevivência dos indivíduos, ao passo de que é por meio do trabalho que as pessoas planejam suas vidas e por meio do salário que recebem que fazem circular as riquezas.⁴⁵

O trabalho não deve ser encarado como uma simples moeda de troca, mas sim analisado numa perspectiva onde quem desempenha determinada atividade é um indivíduo humano, onde sua dignidade precisa ser assegurada e preservada das maneiras mais condizentes possíveis com os princípios e direitos contidos no ordenamento nacional e internacional.

³⁹ KREIN, José Dari. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: Consequências da reforma trabalhista. **Tempo Social, revista de sociologia da USP** | v. 30, n.1| p. 1-28| Jan/Abr 2018. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1YMhfwmjQKeZGDnEKP0leo3PmOCck5nxG/view>. Acesso em: 4 set 2019. p. 1

⁴⁰ KREIN, José Dari. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: Consequências da reforma trabalhista. **Tempo Social, revista de sociologia da USP** | v. 30, n.1| p. 1-28| Jan/Abr 2018, p. 2

⁴¹ KREIN, José Dari. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: Consequências da reforma trabalhista. **Tempo Social, revista de sociologia da USP** | v. 30, n.1| p. 1-28| Jan/Abr 2018, p.2

⁴² VAZ, Flávio Tonelli. MUSSE, Juliano Sander. SANTOS, Rodolfo Fonseca. **20 anos da Constituição Cidadã: avaliação e desafios da Seguridade Social**. Brasília: ANFIP, 2008. p. 62

⁴³ CHAPPER, Alexei Almeida. **Polêmicas Trabalhistas**. p. 33

⁴⁴ CHAPPER, Alexei Almeida. **Polêmicas Trabalhistas**. p. 33

⁴⁵ JUNIOR, Antônio Rodrigues de Freitas. **Direito do Trabalho e Direitos Humanos**. p. 294

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Prefacialmente, diante da importância do tema, buscou-se fazer uma construção histórica, e ainda que superficial, dos direitos humanos e fundamentais, analisando-se de que forma estes direitos passaram a compor os ordenamentos jurídicos e sua relevância para a concretização da dignidade da pessoa humana. Para tanto, destacou-se que estes direitos são originários de descontentamentos de classe que até então viviam sob o regime de opressão e de exploração. Também destacou-se o problema de terminologia que, muitas vezes, causa certa confusão doutrinária. Assim, foi construída uma diferenciação doutrinária entre os termos direitos fundamentais e direitos humanos, além de ser apresentado a inserção destes direitos no ordenamento nacional.

Sustentou-se a ideia de que, a redução de qualquer garantia social conquistadas pela classe trabalhadora acarretam a fragilização e negação da dignidade da pessoa humana, ensejando, em um retrocesso social. Arguiu-se que, o princípio do não retrocesso social, está diretamente conectado a garantia da manutenção de graus mínimos de segurança social, sendo assim, é necessário defender a conservação de direitos sociais de todos, em especial, da classe trabalhadora.

Também, analisou-se como a reforma trabalhista afetou os direitos sociais, expondo o trabalhador a uma condição de trabalho mais precária, diante de uma maior insegurança no que diz respeito a sua contratação, bem como nas condições de trabalho e remuneração. Outro ponto destacado foi de que o trabalho não deve ser considerado apenas um moeda de troca, mas sim como meio de efetivação do indivíduo enquanto humano.

Com tudo, conclui-se que, embora a reforma trabalhista tenha sido originária da ideia de uma maior flexibilização trabalhista, a qual promoveria uma maior oferta de postos de trabalho, percebe-se que isso não vem ocorrendo. Neste tocante, evidente é o interesse de grupos elitizados, os quais, movidos por interesses políticos e econômicos, que venderam para a população a ideia que diante da retirada de direitos sociais novos postos de trabalho iriam surgir, obtiveram a aprovação desta parcela da sociedade que mais uma vez foi enganada e passam a explorar ainda mais a mão de obra, ocasionando de fato um retrocesso social. Frente a isso, deve-se ter claro que nenhum argumento pautado no crescimento econômico justifica retrocessos social, e que mais do que nunca é necessário lutar para a construção de um Estado sério, com políticos de fato engajados, os quais busquem a efetivação de política de geração de trabalho sem que seja necessário reduzir ou extinguir direitos, os quais foram conquistadas com muito sangue e suor.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALVARENGA, Rúbia Zenotelli de. A constitucionalização dos direitos sociais trabalhistas no âmbito internacional. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, v. 21, n.1, 2017. Disponível em:

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/110549/2017_alvarenga_rubia_constitucionalizacao_direitos.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: 4 set 2019.

ANELLI, João M. G., SANTAREM, Vinicius. O princípio da proteção e a reforma trabalhista. **Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito**, 15 ed. Garça - São Paulo, FAEF. Janeiro de 2019. Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/13Wylt9r1Y02SUm_2019-2-28-14-43-58.pdf. Acesso em: 4 set 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra – Portugal: Edições Almedina, 2003

CHAPPER, Alexei Almeida. **Polêmicas Trabalhistas**. São Paulo, LTr, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1987.

JUNIOR, Antônio Rodrigues de Freitas. **Direito do Trabalho e Direitos Humanos**. 1ª ed. São Paulo: BH Editora e Distribuidora de Livros, 2006.

KREIN, José Dari. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: Consequências da reforma trabalhista. **Tempo Social, revista de sociologia da USP** | v. 30, n.1 | p. 1-28 | Jan/Abr 2018. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1YMhfwmjQKeZGDnEKP0leo3PmOCck5nxG/view>. Acesso em: 4 set 2019.

LUÑO, A. E. P. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos (grupo Anaya, S.A.), 2013.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**, São Paulo, LTR, 2000.

MARTINES, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría geral**. Madri, 1999.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MENEZES, Mauro de Azevedo. **Constituição e Reforma Trabalhista no Brasil: Interpretação na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Recife, LTr, 2002.

PACHECO, Júlio César de Carvalho. **Os direitos sociais e o desenvolvimento emancipatório: globalização, crise do estado-nação, flexibilização, mandado de injunção, proibição do retrocesso social e outros temas jurídicos**. Passo Fundo: Imed, 2009

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RUBIO, David Sánches. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: das emancipações, libertações e dominações**. Tradução de Ivone Fernandes Morcillo Lixa, Helena Henkin. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004

SIDEKUM, Antônio. **Alteridades e Multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VAZ, Flávio Tonelli. MUSSE, Juliano Sander. SANTOS, Rodolfo Fonseca. **20 anos da Constituição Cidadã: avaliação e desafios da Seguridade Social.** Brasília: ANFIP, 2008.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional.** Passo Fundo: UPF, 2014.

OS DIREITOS HUMANOS E A NOVA RAZÃO DO MUNDO NO CONTEXTO BRASILEIRO

Alexandre Nogueira Pereira Neto¹

INTRODUÇÃO

A positivação dos Direitos Humanos na Carta de 1988 é um importante passo em uma longa e ímproba jornada de uma possível transformação social, já que o Brasil é marcado por uma profunda desigualdade entre classes sociais. No País, um número expressivo de pessoas é afetado pelas relações estruturais do capitalismo, que sempre privilegiou determinados grupos elitistas, em sua forma jurídica de operacionalizar o Direito.

Tocante a essa irresignação, na tentativa de promover a duradoura garantia e a efetividade dos direitos sociais, consolidou-se uma constelação de preceitos fundamentais previstos no caderno supremo, os quais deverão o Estado brasileiro prestar esses avanços, por intermédio de suas atribuições e ações, para que acarretem efeitos no mundo dos fatos sociais, para justificar, mormente, sua qualidade democrática.

Em seu teor, a Constituição Cidadã (CRFB/1988) evidenciou uma plêiade de direitos e garantias fundamentais, cujos destinatários são aqueles submetidos à organização jurídica brasileira. A CRFB/1988 também estabeleceu critérios a serem produzidos como política de Estado e atribuiu sentido normativo a esses parâmetros, de estimo supremo.

Simultaneamente, em meio à era da globalização, promove-se, desenfreadamente, uma política econômica que, em vez de proporcionar estabilidade nas relações coletivas, postula graves entraves na qualidade e na satisfação dos direitos sociais. Tal medida é impulsionada pela nova razão do mundo, isto é, pelo neoliberalismo. Os países periféricos, como o Brasil, sofrem diante dessa matriz econômica difundida no mundo contemporâneo. Isto é, essa proposta econômica torna a eficiência por parte do Estado, no que diz respeito à concretização dos Direitos Humanos, diminuta, eis que esse modelo econômico retira do Estado as exigências constitucionais.

A globalização, elemento central de propagação do capitalismo moderno, dinamizou as imposições de mercado dos grandes grupos econômicos e das elites financeiras. Essas atuações promovem desequilíbrios sociais – gerando miséria, fome, desemprego, extinção de direitos sociais, entre outras mazelas – em Estados que compactuam com esses paradigmas.

O neoliberalismo é uma linha econômica que tem como objetivo operacionalizar, sem o controle e a intervenção do Estado o desenvolvimento político, econômico e jurídico de um País. O Estado, portanto, nesse prisma, tem sua área de atuação reduzida, fazendo com que privilegiados grupos empresariais, de vultoso poder financeiro, orquestrem os rumos de uma Nação.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCOnst). E-mail: alexandrenpn@gmail.com

1. DESDOBRAMENTOS DA NOVA RAZÃO DO MUNDO

A matriz econômica da “nova razão do mundo”² foi desenvolvida, principalmente, por Hayek e Friedman. Essa proposição detinha (e detêm) posições ideológicas bem definidas, que interessavam, precipuamente, a corporações, a bancos, a setores da sociedade. “O que preocupava aquele que pode ser considerado o fundador do neoliberalismo, Friedrich Hayek, era exatamente o avanço das lutas políticas sindicais e os compromissos advindos do *Welfare State* com as classes trabalhadoras”³. Isto é, a implementação de direitos humanos-sociais pelo Estado ativo é contrária aos ideais neoliberais de Estado mínimo.

Nesse sentido, “a hegemonia das classes altas foi deliberadamente restaurada, uma volta à hegemonia financeira. Surgiu uma ideologia neoliberal, a expressão dos objetivos de classe do neoliberalismo. Essa ideologia foi o instrumento político crucial no estabelecimento do neoliberalismo”⁴. Assim, surgiu a necessidade de resgatar uma doutrina ideológica que freasse as tendências do Estado provedor para, então, estabelecer sua forma de organizar e operacionalizar as políticas econômico-sociais do Estado, em consonância com os princípios e valores do mercado. O neoliberalismo, portanto, é uma imposição ideológica, que, por ser assim, defende suas predileções, pois não é neutro, tampouco imparcial. Para ser estabelecido, assim, como um pensamento único, que se caracterizaria, posteriormente, como hegemônico, os neoliberais passaram a atuar em diversos campos (sociais, econômicos, jurídicos e culturais).

Um importante fator, no que diz respeito à implementação do neoliberalismo em nível mundial, é o processo da globalização. Por mais controverso que seja seu significado, a globalização “consiste, antes de tudo, em uma reconcentração da autoridade pública mundial, a rigor uma reprivatização do controle da autoridade coletiva, sobre cuja base se impulsiona o aprofundamento e a aceleração das tendências básicas do capitalismo”⁵ O neoliberalismo, nessa ótica

[...] é a expressão da economia política da sociedade global. Forjou-se na luta contra o estatismo, o planejamento, o protecionismo, o socialismo, em defesa da economia e do mercado, da liberdade econômica concebida como fundamento da liberdade política, condição de prosperidade coletiva e individual⁶.

As relações mundiais, diante da nova configuração do capitalismo, foram dinamizadas. Essa condição universalizou as relações de mercado e, em virtude disso, empresas internacionais passaram, de forma ainda mais presente, a interferir nas decisões político-econômicas de Estados. “A economia se globalizou, com corporações transnacionais e gigantes financeiros operando em escala mundial, enquanto os governos continuam sendo em grande parte nacionais e impotentes frente aos fluxos econômicos dominantes”⁷

² DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

³ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência Política & Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 119.

⁴ DUMÉNIL, Gérard; LÉVY, Dominique. **A crise do neoliberalismo**. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 27.

⁵ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade, Poder, Globalização e Democracia. **Novos Rumos**, Marília, SP, ano 17, n. 37, p. 4-28, 2002. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/veiculos_de_comunicacao/NOR/NOR0237/NOR0237_02.PDF. Acesso em: 05 dez. 2020.

⁶ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 87.

⁷ DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo: por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo?** São Paulo: Autonomia Literária, 2017, p. 10.

Essa engrenagem econômica global só pode ser lubrificada em um sistema capitalista moderno. E o capitalismo, por seu turno, sofreu grandes transformações pelo processo neoliberal. Sendo assim, o capitalismo é a *longa manus* do neoliberalismo. O neoliberalismo “é um novo estágio do capitalismo que surgiu na esteira da crise estrutural da década de 1970. Ele expressa a estratégia das classes capitalistas aliadas aos administradores de alto escalão, especificamente no setor financeiro, de reforçar sua hegemonia e expandi-la globalmente”⁸.

Quer dizer,

a aliança neoliberal com a unipolaridade globalizadora da superpotência que ora domina o mundo pelo Consenso de Washington fez-se dissolvente das nacionalidades, da estatalidade soberana das Constituições. O Neoliberalismo é a Internacional do Capitalismo em sua versão mais atroz e funesta de dominação universal. Fundou o império dos mercados e das finanças em substituição do império das armas e dos Exércitos. Porque são mais fáceis a conquista e a escravidão pela moeda do que por meios militares⁹.

O que se nota, portanto, é que, por trás da estrutura estatal, há atores que atuam no sentido de dirigir esse órgão com o objetivo de estabelecer suas premissas empresariais. Desvirtua-se, nesse sentido, o papel do Estado, que deve garantir e promover o desenvolvimento humano de determinado espaço social, para atender aos anseios de seletas corporações. Isto é,

o sistema neoliberal é instaurado por forças e poderes que se apoiam uns aos outros em nível nacional e internacional. Oligarquias burocráticas e políticas, multinacionais, atores financeiros e grandes organismos econômicos internacionais formam uma coalização de poderes concretos que exercem uma certa função política em escala mundial. Hoje, a relação de forças pende inegavelmente a favor desse bloco oligárquico¹⁰.

Observa-se que essa forma de política econômica não exalta a promoção de políticas sociais e de distribuição de renda, mas sim engendra interesses privados, transformando direitos de cunho social em mercadorias, pois quem decide os rumos da humanidade “é o chamado 'mercado', em nome de uma elite invisível e ilocalizável; é dizer, o soberano na contemporaneidade é o mercado”¹¹.

Dessa forma, pode-se perceber que a política econômica neoliberal proporciona o aumento da concentração de riqueza, ocasionando alarmantes desigualdades sociais, promovendo a deterioração dos Direitos Humanos, reduzindo a possibilidade do acesso aos direitos sociais, na medida em que esses direitos são transformados em privilégios e em mercadorias, e não tratados como direitos essenciais à manutenção da vida.

2. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

O art. 4º, II, da CFRB/1988, revela que: “[...] a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos; [...]”¹².

Introduz “a Carta de 1988 um avanço extraordinário na consolidação das garantias e dos direitos

⁸ DUMÉNIL, Gérard; LÉVY, Dominique. **A crise do neoliberalismo**. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 11.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 50.

¹⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 8.

¹¹ VALIM, Rafael. Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contra Corrente, 2017, p. 33.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2020.

fundamentais, sendo a primeira Constituição brasileira a consagrar, dentre os princípios a reger o Brasil no plano internacional, o princípio da prevalência dos direitos humanos”¹³.

Nessa toada, os progressos revelados na Constituição são parte de um processo, resultado de lutas sociais que tinham como pauta a valorização do ser humano. “Los derechos humanos, más que derechos 'propriamente dichos' son procesos; es decir, el resultado, siempre provisional, de las luchas que los seres humanos ponen em prática para poder acceder a los bienes necessários para la vida”¹⁴.

Ou seja, não há um processo natural de aperfeiçoamento gradativo dos direitos humanos. As lutas são essenciais para o seu reconhecimento, porque “por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”¹⁵

A consagração da normativa constitucional que fixa a prevalência dos direitos humanos foi um avanço no sentido da valorização do ser humano, sobretudo após as barbáries perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial. São notórias as graves violações que ocorreram à condição humana, principalmente, nos campos de concentração em Auschwitz.

Essa concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que surge, no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o período em que o nazismo vigorou. É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução¹⁶.

O totalitarismo nazista resultou em reiteradas e permanentes afrontas aos direitos humanos. A banalidade do mal, termo explorado por Hannah Arendt, remete à normalização de crimes bárbaros, compactuados entre o Estado nazista, seus agentes e a sociedade, que naturalizaram violações alarmantes ao ser humano, pelo fato de serem judeus, negros, ciganos, homossexuais, comunistas. Tal período significa a destruição da qualidade da dignidade, que é intrínseca ao ser humano. “Serão os traumas causados pela experiência da Segunda Guerra Mundial que hão de levar à mobilização da noção de 'dignidade' quer no direito internacional, quer no direito constitucional”¹⁷

Apoiado em uma perspectiva liberal, isto é, na perspectiva do afastamento do Estado nas relações individuais, na medida em que alguns modelos de Estado, à época, eram truculentos em relação à conservação dos direitos humanos, conquista-se, assim, a primeira dimensão dos direitos humanos (direitos civis e políticos.). O Estado, então, passou a não interferir nas relações particulares, prevalecendo, assim, o direito à liberdade.

Contudo, diante das dificuldades sociais que enfrentam um ambiente, cujas liberdades individuais são exercidas plenamente, criam-se, por outro lado, barreiras para que esse direito seja efetivo. Em uma

¹³ PIOVESAN, Flávia. Comentário ao artigo 4º, II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed., 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 154.

¹⁴ HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinvencción de los derechos humanos**. Andalucía: Atrapasueños, 2008, p. 22.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro. In: TELES, Edson; SAFATLE, Wladimir (Org.). **O que resta da Ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 93.

¹⁷ MARQUES, Mário Alberto Pedrosa dos Reis. A dignidade humana como prius axiomático. Separata de ARS IVDICANDI: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: **Boletim da Faculdade de Direito**, 2010. v. 4, p. 547.

sociedade na qual os processos sociais são de exploração (capital *versus* trabalho) e em virtude da inércia do Estado na implementação de demandas essenciais para o desenvolvimento humanitário, surgem, então, outras grandes conquistas (direitos de segunda e de terceira dimensões). Reconhece-se a necessidade da atuação positiva do Estado, no aspecto da concretude de demandas que possibilitem a garantia de resguarda dos direitos humanos. Os direitos econômicos e sociais, inerentes à consagração dos direitos humanos, surgem nesse contexto como um dever do Estado.

*Enquanto a primeira geração de direitos humanos (os direitos cívicos e políticos) foi concebida como uma luta da sociedade civil contra o Estado, considerado como o principal violador potencial dos direitos humanos, a segunda e terceira gerações (direitos econômicos e sociais e direitos culturais, da qualidade da vida, etc.) pressupõe que o Estado seja o principal garante dos direitos humanos*¹⁸.

Diante dessa interpretação, a prevalência dos direitos humanos, no ordenamento constitucional brasileiro, é um princípio, portanto, que se revela, também, na atuação do Estado na promoção dos direitos sociais. À medida que se respeita a prevalência dos direitos humanos, consagra-se, invariavelmente, os direitos sociais.

Todavia, em virtude do processo da globalização e do neoliberalismo, revela-se um ambiente de extrema instabilidade no que diz respeito aos direitos humanos-sociais. “En definitiva, hemos entrado en un contexto en el que la extensión y la generalización del mercado – que se proclama falazmente como 'libre' – ha provocado que los derechos humanos comiencen a considerarse como 'costes sociales'”¹⁹.

Sem embargo, os direitos sociais são parte integrante dos direitos humanos, na medida em que, satisfeitos os direitos sociais, concomitantemente, efetiva-se, em certa medida, os direitos humanos. Direitos sociais e direitos humanos devem ser analisados simultaneamente. Se houver violação daqueles, aviltam-se, portanto, estes, porque direitos humanos são direitos sociais, na medida em que são prescrições constitucionais de noção fundamental. Os direitos humanos foram incorporados no sistema jurídico brasileiro, visto que o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que manifestam essa proteção.

Os direitos humanos são direitos invioláveis, pois em nenhuma hipótese podem ser espezinhados. Pode-se afirmar, nesse aspecto, que os direitos sociais são uma institucionalização dos direitos humanos, cuja implementação se deu no âmbito constitucional e internacional.

Nota-se, portanto, que os direitos humanos e o neoliberalismo não atuam no mesmo sentido. A Constituição estabeleceu uma série de diretivas e de garantias fundamentais sociais que devem pautar todas as decisões que envolvem o Estado e a sociedade. Atuar em defesa da Constituição significa respeitar as diretivas constitucionais e obedecer o projeto de Nação instituído para promover a justiça social.

As premissas trazidas, aqui, todas de cunho compromissório, uma vez que foram compactuadas entre todos na Assembleia Constituinte e referendadas pela sociedade, buscam, definitivamente, uma sociedade mais justa. Conjugando tais valores com a ideologia econômica neoliberal, que defende o esvaziamento do Estado em demandas mais elementares aos indivíduos, é uma afronta ao Estado e à sociedade. Porque “el contenido básico de los derechos humanos será el conjunto de luchas por la dignidad, cuyos resultados, si es que tenemos el poder necesario para ello, deberán ser garantizados por las normas jurídicas, las políticas públicas y una economía abierta a las exigencias de la dignidad”²⁰.

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2008, p. 106.

¹⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinención de los derechos humanos**. Andalucía: Atrapasueños, 2008, p. 12.

²⁰ HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinención de los derechos humanos**. Andalucía: Atrapasueños, 2008, p. 28.

Por isso, a necessidade do cumprimento da Constituição, em virtude de sua supremacia e rigidez, para que os descalabros sociais sejam atenuados, em função da onda neoliberal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, foi um marco social e jurídico, porque significou um profundo avanço na garantia de direitos aos cidadãos brasileiros. O texto constitucional não só consolidou o Estado Democrático de Direito – importante conquista após 20 anos de exceção comandada pela ditadura militar –, como também registrou uma série de programas de Estado, que revelaram a alma do projeto de Nação.

Essas direções, a serem perseguidas pelos agentes do Estado, traduzem-se na constante proteção e garantia dos direitos sociais fundamentais, conquistados a duras penas durante a História. Em função disso, a Carta Maior estabeleceu diretivas importantes para corroborar com a materialização dos direitos sociais – visando à diminuição da desigualdade social –, tais como: a prevalência dos Direitos Humanos.

Muito embora a Constituição Cidadã tenha uma série de diretivas, características e proteções, verificou-se que a política econômica desempenhada no País potencializa as dificuldades de efetivação desses elementos e agrava as discrepâncias sociais. O neoliberalismo, vertente ideológica que objetiva o desmantelamento do Estado, vem sendo introjetado no Brasil desde a redemocratização e vem sendo aprofundado nos dias atuais. Essa projeção é o resultado do processo hegemônico da globalização econômica neoliberal difundida no final do Século XX. É uma matriz ideológica – implementada ora coercitivamente, ora democraticamente – alinhada a interesses não republicanos que esvazia o sentido da Constituição de 1988 e fortalece seletos grupos.

O neoliberalismo postula o sistemático descumprimento da CRFB/1988, porque promove implementações jurídico-econômicas que tendem a relativizar e a suprimir os comandos estruturantes da Constituição, pois tem uma razão de ser: a manutenção do privilégio das elites econômicas.

Há alguma alternativa no horizonte? Não há um único caminho a ser seguido, mas as respostas possíveis é o que se deve perseguir e se ter no horizonte para que, parafraseando o pensamento conhecido pela fala de Eduardo Galeano, passo a passo, possa-se, embora o horizonte sempre se distancie, continuar caminhando. E, como diria Chico Buarque, “amanhã vai ser outro dia”. E, ainda, como diria um teórico revolucionário de barba falhada: “hay que endurecerse, pero sin perder la ternura jamás”.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2020.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo: por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo?** São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

DUMÉNIL, Gérard; LÉVY, Dominique. **A crise do neoliberalismo**. São Paulo: Boitempo, 2014.

HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinvenção de los derechos humanos**. Andalucía: Atrapasueños, 2008.

MARQUES, Mário Alberto Pedrosa dos Reis. A dignidade humana como prius axiomático. Separata de ARS IVDICANDI: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: **Boletim da Faculdade de Direito**, 2010. v. 4, p. 541-566.

PIOVESAN, Flávia. Comentário ao artigo 4º, II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed., 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 153-159.

_____. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro. In: TELES, Edson; SAFATLE, Wladimir (Org.). **O que resta da Ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 91-108.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade, Poder, Globalização e Democracia. **Novos Rumos**, Marília, SP, ano 17, n. 37, p. 4-28, 2002. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/veiculos_de_comunicacao/NOR/NOR0237/NOR0237_02.PDF. Acesso em: 05 dez. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2008.

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

A FUNÇÃO DO ENTE MUNICIPAL NA EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS

Danubia Desordi¹

Carla Della Bona²

INTRODUÇÃO

A criação do arcabouço de normas locais depende de um conjunto de atos ordenados, realizados pelo Executivo e pelo Legislativo, que compõem o processo legislativo municipal, sendo que os edis municipais possuem, dentre outras competências, a apresentação de projetos de leis, que podem versar sobre diversas temáticas, desde que não se refiram a matéria de competência exclusiva do Chefe do Executivo.

Neste sentido, a contribuição dos Municípios, no sentido de garantir à população o respeito à sua dignidade e aos seus Direitos, estabelecidos, entre outros, nos artigos 5º e 6º da Constituição, é fundamental. E, é dentro deste escopo, que a Câmara Municipal deve atuar de forma propositiva, visto que são os vereadores quem têm contato diário com a população, que discutem os problemas, que encaminham propostas e soluções através de leis, que elaboram políticas públicas, atuando também na fiscalização do executivo municipal e na discussão e aprovação do Orçamento Municipal.

Ora, obviamente, é o Ente municipal, assim, o responsável final pela aplicação e eficácia dos Direitos humanos no Brasil, visto que é papel do legislativo municipal aprovar legislação que implemente as políticas públicas humanistas à população local, municipal.

E, é então por essa razão que deve ser perseguido pelos agentes municipais, a dignidade da pessoa humana como sendo o paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, doando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.

É incontestável a fragilidade do aparato legal dos municípios, quando a questão é Direitos humanos, tendo em vista a limitação de ação do poder público. O Município enfrenta desafios quando se trata da implementação e atualização da legislação que proteja o cidadão. Porém, é também o próprio Município que deve dispor em sua legislação de normas que reduzam a desigualdade e a discriminação que ameaçam a dignidade humana.

Assim, o presente artigo visa, sem esgotar a matéria em análise, o estudo da função do Ente Municipal, em especial, do legislativo municipal, na eficácia dos Direitos Humanos, trazendo elementos e pontos de discussão importantes no mundo globalizado de hoje, na tentativa de melhorar a implementação de políticas públicas municipais voltadas à proteção do indivíduo necessitado, mas, também, a garantir à toda sociedade civil uma vida, minimamente, digna.

¹ Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito Público pela Universidade do Norte do Paraná e pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Especialista em Gestão Pública pelo Centro Universitário IDEAU. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade São Vicente. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada. Professora do Centro Universitário IDEAU. E-mail: danubiadesordi@hotmail.com.

² Doutoranda em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Ciências Jurídicas da Universidade Vale do Itajaí. Doutoranda pela Escola de Doutorado da Universidade de Alicante, Espanha. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Pós-graduanda pela Universidade de Passo Fundo. Bacharela em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Professora da Universidade de Passo Fundo. Advogada. E-mail: dellabona@upf.br/carladebona@tpo.com.br.

1. A AUTONOMIA MUNICIPAL

Tendo como antecedente mais remoto o *municipium* ou *municipia* da República Romana, organização local oriunda da expansão desenfreada dos domínios romanos^{3 4 5}, o Município constitui a expressão da força dos povos livres⁶, uma vez que é no espaço comunal onde o povo tem a possibilidade de exercer o poder de forma mais imediata.

A proximidade fática com a população faz do município o ente que possui melhores condições de auferir suas necessidades e anseios, justificando-se a concessão de autonomia aos entes locais para a eleição de seus representantes, a criação de suas próprias leis e a gerência administrativa e financeira, sem a interferência de outras esferas políticas.

A Constituição de 1988 atribuiu aos Municípios a condição de ente federado, instituindo a federação em três níveis, situação essa *sui generis*, considerando que, geralmente, a federação adota a forma dual, compondo-se por apenas duas esferas de poder, a União e os Estados Membros.

A autonomia municipal envolve diversas dimensões, merecendo destaque a autonomia legislativa, que permite a criação de um ordenamento jurídico local, voltado ao atendimento dos interesses do cidadão, enquanto munícipe. A possibilidade de edição de normas municipais respalda-se na repartição de competências, estabelecida pela Constituição Federal de 1988, através de regras que harmonizam a convivência de todos os entes federados e seus respectivos ordenamentos jurídicos. A repartição de competências constitui, assim, exigência da estrutura federal⁷.

A atual Constituição brasileira estabelece um complexo sistema de divisão das prerrogativas entre os entes que compõem a federação, estabelecendo onde começa e onde termina a competência de cada um deles, através de duas técnicas, quais sejam, a horizontal e a vertical⁸. No plano horizontal, o artigo 22 define competência privativa da União; o artigo 30 enuncia a competência exclusiva dos Municípios; o artigo 25, § 1º, por seu turno, estabelece a competência residual dos Estados, que também pode ser considerada como competência privativa do ente estadual; e o artigo 23 prescreve a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Já no âmbito da repartição vertical, o artigo 24, §1º, da Constituição Federal prevê a espécie não-cumulativa, ao instituir limites à União quanto ao estabelecimento apenas de normas gerais sobre as matérias enumeradas nos incisos do artigo em comento. Já no artigo 24, § 4º observa-se a ocorrência da forma cumulativa, ao ser determinado que norma federal superveniente prevalecerá sobre norma estadual que estabeleça regras gerais sobre as matérias elencadas no artigo em análise⁹.

³ CORRALO, Giovanni da Silva. **Curso de direito municipal**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 18.

⁴ COSTA, Nelson Nery. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 23.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16. ed. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 33.

⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: Leis e Costumes. Trad. Eduardo Brandão. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 71-72.

⁷ HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 399.

⁸ A repartição horizontal ocorre através da atribuição de uma área reservada a cada entidade federativa, cabendo-lhe a disciplina em toda a sua extensão; nessa forma de divisão, as competências são denominadas comuns ou privativas. A repartição vertical, por outro lado, distribui uma mesma matéria em diversos níveis, do geral ao específico, e reparte entre os entes federados; nesse caso, tem-se a competência concorrente, que comporta duas técnicas diversas: a cumulativa, pela qual é permitido aos entes avançarem na disciplina da matéria, desde que o ente nacional não o faça, e até que o faça; e a não-cumulativa, em que as disciplinas estão delimitadas, previamente, conforme o critério de extensão: normas gerais e específicas. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 7, 1994, p. 245-251, p. 247-248)

⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 7, 1994, p. 245-251, p. 248.

Existe, ainda, um segundo critério de repartição de competências no texto constitucional. Trata-se daquele que distingue as competências em materiais e legislativas. As competências materiais podem ser encontradas no artigo 21, que prevê a competência material privativa da União para desempenhar certas atividades políticas, administrativas, econômicas ou sociais, sendo, por sua natureza, desenvolvidas pelo Poder Executivo, consubstanciando-se na tomada de decisões governamentais e na utilização da máquina administrativa¹⁰. O artigo 25 também prevê competências materiais; cuidam-se das competências residuais (artigo 25, § 1º) e da exploração, diretamente ou mediante concessão, dos serviços de gás canalizado (artigo 25, § 2º), ambas atribuídas aos Estados Membros¹¹. No âmbito municipal, a competência material encontra-se arrolada, de forma exemplificativa, nos incisos III, IV, V e VIII do artigo 30¹².

Há também as competências comuns a todos os entes da federação, que podem ser tidas como competências materiais concorrentes, cuja previsão encontra-se no artigo 23 e enseja uma atuação de forma cooperada para a consecução dos encargos ali atribuídos¹³. No campo das competências legislativas, tem-se a competência privativa da União (artigo 22), a competência remanescente dos Estados Membros (art. 25, § 1º), a competência dos Municípios para legislar sobre interesse local e suplementar a legislação federal e estadual, no que couber (artigo 30, incisos I e II), e a competência concorrente atribuída à União, aos Estados Membros e ao Distrito Federal (artigo 24).

Vê-se que a repartição constitucional de competências confere aos municípios a prerrogativa de tratar dos interesses locais, possibilitando-o além da eleição do Chefe do Poder Executivo local, a escolha dos representantes do Poder Legislativo, que irão compor a Câmara Municipal, e são responsáveis pela promulgação da Lei Orgânica (artigo 29, *caput*, da Constituição Federal), espécie de “Constituição do Município”, além do exercício da atividade normativa municipal tendente a formar um ordenamento jurídico próprio, com validade em toda a sua fração territorial e com subordinação apenas aos princípios estabelecidos pela Carta Constitucional.

A função legislativa municipal encontra ligação com as duas esferas de Poder estatal local: o Executivo e o Legislativo. Contudo, é imperioso elucidar que a elas se aplicam as regras relativas à separação dos poderes estabelecidas na Constituição Federal, quais sejam, a independência e a harmonia. Assim, não existe qualquer subordinação entre ambos os Poderes municipais. O que há é um entrosamento de funções e atividades político-administrativas¹⁴.

A função executiva é exercida pelo Prefeito, enquanto a legislativa é desempenhada pela Câmara de Vereadores, órgão colegiado composto por vereadores eleitos diretamente pelos munícipes, pelo sistema proporcional, para mandato de quatro anos. A função principal do Legislativo Municipal é editar leis, mas não se exaure nela. Além da função legislativa, a Câmara de Vereadores possui atribuição deliberativa, fiscalizatória e julgadora.

Ao presente estudo interessa precipuamente a função legislativa, através da qual a Câmara regula a administração do Município e a conduta dos munícipes no que diz respeito ao interesse local. Significa dizer que a administração do Município cabe ao Executivo, enquanto à Câmara compete estabelecer as normas da administração. Também não é atribuição da Casa Legislativa a execução de obras e serviços, cabendo somente dispor sobre a sua execução. Da mesma forma, não cabe-lhe a aplicação das rendas locais, cumprindo-lhe apenas a instituição ou alteração de tributos, além da autorização de sua arrecadação e

¹⁰ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 68.

¹¹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 109.

¹² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 101.

¹³ MOHN, Paulo. A repartição de competências na Constituição de 1998. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 47, n. 187, jul./set. 2010, p. 215-244, p. 232.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. p. 617.

aplicação. Por fim, a Câmara não governa o Município, mas regula e controla a atuação a atuação governamental do Executivo, personalizada no Prefeito ¹⁵.

A atribuição legiferante da Casa Legislativa, que legitima a atuação do Executivo Municipal, se dá através do processo legislativo, que consiste na sucessão ordenada de atos necessários à formação das leis, começando com a iniciativa e encerrando-se com a publicação. Cabe aos vereadores a apresentação de projetos de leis que tratem sobre assuntos de interesse local, desde que não constituam matéria de iniciativa reservada ou privativa do Executivo Municipal, expressamente previstas na Lei Orgânica.

A dificuldade está em compreender o dimensionamento da expressão interesse local, que, como anteriormente referido, consiste no critério definidor das competências atribuídas ao ente local.

A ideia de predominância do interesse, não deve se confundir com exclusividade. O interesse local não se refere ao privativo interesse da localidade ou dos munícipes, mas a predominância do interesse municipal sobre o federal e o regional. Assim, tudo que, direta e imediatamente, influencia na vida municipal é considerado interesse local, embora possa alcançar também, indireta e mediatamente, o Estado Membro e à União^{16 17}.

Nota-se que o constituinte de 1988 ao prever o interesse local como critério definidor de competências locais, considerou a extensão territorial do país e a existência de numerosas unidades federativas municipais, que passaram a compor a indissolúvel estrutura da federação brasileira. Como referido alhures, a proximidade fática com o cidadão faz do Município o ente que melhor vislumbra as necessidades da população, razão pela qual o constituinte acertadamente deixou de fixar as competências locais em *numerus clausus*, deixando a cargo das municipalidades a determinação do interesse local, de acordo com suas particularidades e necessidades.

O sistema federativo baseia-se na participação e no reconhecimento do cidadão pelo Estado, que somente é possível quando a esfera de poder está próxima e presente no cotidiano das pessoas. Ou seja, “quanto mais distantes as esferas de poder, quanto menor o estímulo à participação nas decisões políticas [...], tanto menor será o sentimento federativo e maiores serão as ranhuras no sistema” ¹⁸.

Nesse sentido, cabe aos entes locais o comprometimento direto com a redução das desigualdades sociais e com a melhor qualidade de vida da população, através da criação de políticas públicas voltadas para a concretização dos Direitos humanos, que passa pelo crivo do legislativo municipal.

Os vereadores, enquanto representantes do povo e agentes políticos que representam todas as parcelas da sociedade, têm protagonismo no sistema federado, pois são eles que podem trazer ao Estado as demandas sociais, através da apresentação de projetos de leis ou, ainda, de indicações ao Executivo, onde sugere-se a realização ou a abstenção de atos administrativos que se enquadram na competência privativa do Prefeito.

Por essas razões, importante a realização de uma análise sobre a eficácia dos Direitos humanos junto à municipalidade, tendo em vista que, conforme aqui mencionado, a participação nas questões humanitárias, normalmente, fica à cargo da União e dos Estados Membros. Entretanto, é o Município, em face a proximidade com os cidadãos locais, quem faz a implementação das políticas públicas voltadas aos Direitos humanos.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. p. 618.

¹⁶ CASTRO, José Nilo. **Direito municipal positivo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 24.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. p. 111-112.

¹⁸ FABRIZ, Daurly Cesar. Federalismo, municipalismo e direitos humanos. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 77, n. 4, p.76-95, dez. 2010. Disponível em: <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1085.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS¹⁹ PELO ENTE MUNICIPAL

Os Direitos humanos surgem da necessidade de proteção dos indivíduos, tanto em nível nacional quanto em nível internacional, sendo que tal interesse surge com maior intensidade, a partir do final da Segunda Guerra Mundial²⁰. O instrumento utilizado para dar validade ao objetivo perquirido foram os tratados internacionais voltados à proteção dos Direitos humanos, que quando ratificados pelos Estados signatários passam a vigor, também, junto ao ordenamento jurídico nacional destes.

Neste contexto, os tratados internacionais voltados à proteção dos Direitos humanos, ao mesmo tempo que afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos Direitos humanos, acarretam aos Estados-nação que os ratificam obrigações no plano internacional. Com efeito, se, no exercício de sua soberania, os Estados aceitam as obrigações jurídicas decorrentes dos tratados de Direitos humanos, passam, então, a se submeter à autoridade das instituições internacionais no que se refere à tutela e fiscalização desses Direitos em seu território²¹.

E, é sob esse novo paradigma que surge um dos principais tratados norteadores dos Direitos humanos à nível internacional, bem como o basilador de inúmeras Constituições nacionais de Estados signatários, como é o caso do Brasil, na Constituição Federal de 1988, que é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948²².

Deste modo, os Direitos humanos nasceram da necessidade de defender e preservar todas as pessoas, mas, em especial, a proteção deve recair sob as pessoas mais carentes e desassistidas que vivem à mercê da sua própria sorte. Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²³ trouxe a categoria de dimensão dos chamados Direitos sociais, com o intuito de fomentar a valorização e a promoção de uma vida digna para a atual e futura gerações.

Ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inovou, extraordinariamente, a gramática dos Direitos humanos ao introduzir a chamada concepção contemporânea de Direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses Direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos Direitos humanos, com a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de Direitos, considerando o ser humano como essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. E, indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos Direitos civis e políticos é

¹⁹ Os Direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1988. p. 48)

²⁰ Os Direitos humanos tornam-se uma legítima preocupação internacional com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, passando, como consequência, a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais. No período do pós-guerra, os indivíduos tornam-se foco de atenção internacional. A estrutura do contemporâneo Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a se consolidar. Não mais poder-se-ia afirmar, no fim do século XX, que o Estado pode tratar de seus cidadãos da forma que quiser, não sofrendo qualquer responsabilização na arena internacional (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva. 13. ed., 2012. p. 185).

²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva. 13. ed., 2012, p. 65.

²² A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada em 10 de dezembro de 1948, pela aprovação de 48 Estados, com 8 abstenções. A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração, bem como de qualquer voto contrário às suas disposições, confere à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação. A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 203)

²³ Art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. “Todos ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

conjugado ao catálogo dos Direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração de 1948 combinou o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade²⁴.

Deste modo, em relação aos Direitos sociais, como manifestação da segunda dimensão dos Direitos fundamentais, proclamado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), tem-se aqueles que exigem do Estado, como um todo federado (União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios), a prestação de políticas públicas voltadas à execução das mesmas²⁵.

No Direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 situa-se como marco jurídico da transição democrática para a institucionalização dos Direitos humanos, uma vez que aquela incorporou grande parte dos Direitos trazidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando diz que o Estado deverá prover um conjunto de Direitos e garantias a fim de dar aos cidadãos as condições mínimas de vida humana digna, exemplificando-se através do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º, inciso III.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, prevê, de forma implícita, a garantia por parte de todos os Entes, inclusive os Municípios, a observância e implementação dos Direitos humanos, quando dispõe, exemplificativamente, nos artigos 5º, 23 e 30, dentre tantos outros dispositivos, as competências comuns daqueles para a promoção de políticas públicas para a melhoria da qualidade de vida dos seus cidadãos.

Tais diretrizes, não são somente uma pauta retórica, mas, sim, um dever constitucional atribuível a todos os Entes federados, inclusive os Municípios, dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, no sentido de assegurar a dignidade da pessoa humana, com a diminuição das desigualdades sociais e a erradicação da pobreza²⁶.

Ainda, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu importantes dispositivos que demarcam a busca da igualdade material, que transcende a igualdade formal, tendo como exemplo o disposto no art. 7º, inciso XX, o qual trata da proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos, bem como o art. 37, inciso VII, que determina que a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência²⁷.

Assim, apesar de todos esses dispositivos constitucionais integrarem o cotidiano lexigêntrico nacional, a implementação destas políticas públicas voltadas a garantir aos cidadãos a efetividade dos seus direitos, os quais correspondem aos Direitos humanos em si, deve ser implementado pelo ente municipal, através do seu Legislativo, ante a criação de diversas ações, como as leis municipais referentes ao Conselho Municipal dos Direitos da pessoa idosa e Conselho Municipal dos Direitos das Crianças e Adolescentes.

Obviamente, é o ente federal (União) que determina, de acordo com o número de habitantes de cada Município brasileiro, qual a verba que deverá ser enviada para aqueles. Todavia, a implementação destes recursos junto ao Município, somente será efetivada, ante a aprovação por parte do Legislativo Municipal, que é o responsável pela aprovação de lei municipal para a distribuição dos recursos públicos aos municípios.

Neste sentido, o ente municipal é o responsável pelas políticas públicas básicas positivas de respeito à dignidade humana e o estabelecimento de condições mínimas de vida digna. Isto porque, sempre deverá prevalecer o Direito humano básico e minimamente implementado aos cidadãos, pelos Municípios, de uma vida digna com resolução do caos urbano e resolução aos inúmeros problemas que atingem os Direitos dos

²⁴ PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. p. 44-45.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 10.

²⁶ RANGEL, Heleno Márcio Vieira; DA SILVA, Jacilene Vieira. O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do estudo da cidade. **Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v. 6, n.12, p. 57-58, julho-dezembro 2009. p. 08.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. **Cadernos de Pesquisa**, p. 50.

municípios.

As ações afirmativas, ou positivas, como políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado de discriminação, cumprem uma finalidade pública decisiva para o projeto democrático, qual seja, assegurar a diversidade e a pluralidade social. Tal situação constituem medidas concretas que viabilizam o Direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve moldar-se no respeito à diferença e à diversidade²⁸.

Porém, é necessário reconhecer que a complexa realidade brasileira traduz um alarmante quadro de exclusão social e discriminação com termos interligados a compor um ciclo vicioso em que a exclusão implica discriminação e a discriminação implica exclusão. Por essa razão, as ações afirmativas surgem como medidas urgentes e necessárias, sendo que elas encontram amplo respaldo jurídico, seja na Constituição (ao assegurar a igualdade material, prevendo ações afirmativas para os grupos socialmente vulneráveis), seja nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil²⁹.

Assim sendo, as políticas públicas implementadas pelos Municípios brasileiros, devem levar em conta, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte do outrem, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar³⁰.

Ademais, é notório que o Direito à vida, à saúde, à igualdade, à moradia, que compõem os Direitos humanos se complementam e recaem diretamente sob a importância de cada indivíduo na sociedade civil. Porém, também é notório, que tais Direitos não são eficazmente implementados pelos Entes federados. É por esta razão, que os Municípios, através do seu Legislativo, devem procurar editar leis capazes de, na medida do possível, fazer com que o Executivo Municipal, implemente os Direitos básicos inerentes ao ser humano, como saúde, educação, segurança, apenas citando alguns, para a efetivação plena destes Direitos aos cidadãos locais.

Corroborando este ponto de situação, o fato do Município, normalmente, ser o ente federado responsável pela promoção de políticas públicas voltadas à urbanização. Assim, o Direito à moradia, a proteção ao meio ambiente e o Direito à cidade, são exemplos de Direitos sociais vinculados aos Direitos humanos que o ente municipal tem a obrigação de promover, uma vez que ele é o responsável pela implantação e zelo de rede de esgoto, canalização de córregos, educação ambiental, recuperação e reposição de áreas verdes, bem como à regularização fundiária, visando conferir segurança jurídica a todos os cidadãos.

Portanto, pressupõe-se que a ação positiva do Estado-nação, impreterivelmente, deverá ocorrer por meio de políticas públicas, sendo que no caso dos Municípios, somente poderiam ser as políticas públicas no sentido de promover e proteger os Direitos essenciais da população. O papel do Legislativo Municipal faz parte deste processo, pois é dever deste buscar soluções legítimas para a consecução dos interesses da sociedade como um todo.

Assim, somente com o apoio dos Entes municipais ter-se-á uma eficácia plena dos Direitos humanos no Brasil, tendo em vista que não basta simplesmente os tratados ratificados pelo Brasil serem incorporados ao léxico jurídico nacional, é preciso, isto sim, o comprometimento do Município, em especial do Legislativo Municipal, no sentido de promulgar leis capazes de dar vida, eficácia, às políticas públicas humanitárias.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. **Cadernos de Pesquisa**, p. 49.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. **Cadernos de Pesquisa**, p. 52.

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 28. ed. 2012. p. 74.

Sem o comprometimento dos Municípios, no caso brasileiro, os Direitos humanos não alcançarão ações positivas que é o que se espera quando o Brasil ratifica um tratado internacional de Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após uma breve análise do papel do ente municipal na eficácia do Direitos humanos, há que se concluir que os dispositivos que vinculam a aplicabilidade dos Direitos humanos aos Municípios são claros, além de regular e dialogar com as políticas públicas do poder local, vez que a legislação nacional positiva que tais questões tem como principal foco a proximidade do ente público com a população local.

Obviamente, não há como negar que o intervencionista estatal, no caso o municipal, é indispensável para que os Direitos humanos sejam eficazmente aplicados aos seus munícipes, através de produção normativa municipal ou mesmo da aplicação da Lei maior, para atingir o objetivo esperado, qual seja, a melhoria das condições de vida do cidadão local.

Claro que, políticas públicas voltadas à implementação dos Direitos humanos em qualquer nível, mas, em especial, à nível local, merecem um planejamento estratégico do Legislativo e do Executivo municipais, a fim de organizar as tarefas a serem implementadas, evitando-se o desperdício de recursos federais, bem como buscando o maior apoio possível da população local.

Neste sentido, os Conselhos municipais, assim como outros instrumentos de gestão municipal, são indispensáveis para uma boa gestão, aplicação e efetividade dos Direitos humanos, a fim de reduzir a discriminação, reconhecer os Direitos dos vulneráveis e dar a população uma vida digna, preceitos contido na própria Constituição Federal de 1988, mas que devem ser promulgados igualmente, por leis, decretos e normativas municipais.

Portanto, indispensável é o fortalecimento desta visão municipal no sentido do papel deste na eficácia dos Direitos humanos, a fim de fortalecer a democracia e, por consequência, a demarcação das instituições públicas locais. Entretanto, sem o apoio da população local, como anteriormente mencionado, com interesse nos assuntos nefrálgicos da comunidade, não há como os Direitos humanos serem eficazmente implementados no Município.

Assim, somente com a criação de políticas públicas que contem com o apoio da população local, dos representantes da sociedade civil, setor privado, Ministério Público, dentre outros, ter-se-á a plena eficácia dos Direitos humanos junto ao ente municipal.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CASTRO, José Nilo. **Direito municipal positivo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na federação brasileira**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

COSTA, Nelson Nery. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FABRIZ, Daury Cesar. Federalismo, municipalismo e direitos humanos. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 77, n. 4, p.76-95, dez. 2010. Disponível em: <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1085.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 7, 1994, p. 245-251.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editoria Atlas, 28. ed. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16. ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

MOHN, Paulo. A repartição de competências na Constituição de 1998. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 47, n. 187, jul./set. 2010, p. 215-244.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1988.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva. 13. ed., 2012.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

RANGEL, Heleno Márcio Vieira; DA SILVA, Jacilene Vieira. O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do estudo da cidade. **Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v. 6, n.12, p. 57-58, julho-dezembro 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: Leis e Costumes**. Trad. Eduardo Brandão. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: A APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO E O POSICIONAMENTO DO STF

Natalia Ferreira Lehmkuhl Cenci¹

Thaís Fernanda Silva²

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma análise da introdução dos direitos humanos no plano internacional e a forma com que os tratados internacionais se incorporam na legislação doméstica brasileira, explorando o controle de convencionalidade como principal instrumento dessa incorporação e harmonização das normas. Além disso, busca-se identificar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, bem como evidenciar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o nivelamento hierárquico destes tratados.

A presente pesquisa encontra-se estruturada em três partes, na primeira é possível analisar a trajetória dos direitos humanos até a sua chegada no plano internacional, demonstrando a evolução do conceito e a necessidade de uma tutela extrafronteiras que garantisse esses direitos aos cidadãos. A Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem como propulsores deste processo, responsáveis por articular um compromisso de defender os direitos humanos a nível mundial e a criação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), responsável por organizar os tratados internacionais de Direitos Humanos na América.

A segunda parte aborda a posição hierárquica dos tratados internacionais frente a legislação doméstica brasileira, o entendimento jurisprudência e doutrinário sobre o tema, bem como a incorporação dos tratados que versem sobre direitos humanos no ordenamento jurídico com equivalência de emenda constitucional, garantido pelo artigo 5º §3º da Constituição Federal, incorporado pela EC nº 45/04³.

A terceira e última parte do artigo analisa, por fim, o instituto do controle de convencionalidade como ferramenta primordial no controle jurisdicional que visa a compatibilização da legislação nacional com os tratados internacionais em que o país é signatário. Nesse mesmo sentido, o posicionamento da Suprema Corte quanto as características legais e hierárquicas dos tratados ratificados pelo Brasil. No entanto, recentes pareceres e julgados pelo STF entraram em choque com recomendações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que pode levar ao questionamento da eficácia do controle de convencionalidade exercido pelo órgão no país.

O método utilizado para a realização do presente artigo foi o hipotético-dedutivo, através de

¹ Bacharela em Direito pela Univesc, Lages/SC (2015); Pós-Graduada em Direito Processual Penal e Legislação Penal pela Universidade Candido Mendes (2019); Aluna especial de Mestrado em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo-RS. Advogada; e-mail: nataliaferreira.advo@gmail.com.

² Bacharela em Direito pela Univesc, Lages/SC (2015); Pós graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela universidade Legale. Aluna especial de Mestrado em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo-RS. Advogada; e-mail: thaisfernandasilva.adv@gmail.com.

³ BRASIL. Constituição Federal. **Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm acesso em: 15 de agosto de 2020.

pesquisa bibliográfica.

1. A INTRODUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO PLANO INTERNACIONAL

A evolução histórica da busca por uma tutela dos Direitos Humanos que ultrapassasse as fronteiras nacionais foi longa, no entanto, somente após a Segunda Guerra Mundial que a internacionalização dos Direitos Humanos atingiu seu ápice.

Neste período, a sociedade em geral, estava marcada pelas barbaridades ocorridas na era Hitler, com a morte de milhares de pessoas e outros milhares mantidas em campos de concentração em condições desumanas, sobretudo, judeus, inimigos políticos do regime, comunistas, homossexuais, pessoas com deficiência, ciganos e outros considerados descartáveis pela máquina de ódio nazista⁴.

Essas pessoas, por não pertencerem a determinada raça, eram vistas como não possuidoras de qualquer direito, ficando a mercê do absolutismo; estavam sujeitas a deliberações barbas e cruéis, sem nenhuma tutela jurisdicional capaz de garantir-lhes proteção.

Esses fatos, geraram revolta e inúmeras discussões jurídico-sociais que veio a ascender o desejo de mudança de paradigma de amparo aos Direitos Humanos e mais tarde trazendo-os para o âmbito internacional, nos dizeres de Flávia Piovesan:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral⁵.

Portanto, as rebelas ocorridas neste período, representadas pelo sofrimento herdado na era nazista, foram fundamentais para criar um sentimento, a nível mundial, sobre a necessidade de uma proteção que fosse realmente efetiva para evitar que novas brutalidades voltassem a ocorrer.

Neste sentido, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, pode ser entendido como um direito do pós-guerra, eis que foi gerado com o propósito de romper a lógica nazista da destruição e da barbárie, que condicionava a titularidade de direitos a determinada raça (a raça pura ariana). Assim, a vontade da comunidade internacional em dar ensejo à construção de uma estrutura internacional de proteção de direitos eficaz, baseada no respeito aos direitos humanos e na sua efetiva proteção, trazendo o tema “direitos humanos” uma preocupação comum dos Estados, e um dos principais objetivos da comunidade internacional⁶

A partir de então, o processo de internacionalização do dos Direitos Humanos passa, a ser uma importante resposta a busca da reconstrução de um novo paradigma, diante do repúdio internacional às atrocidades cometidas no holocausto⁷.

Com a promulgação da Carta das Nações Unidas no ano de 1945 e da Declaração Universal dos

⁴ RAMOS CARVALHO, André de. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p.89.

⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.176

⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.212-231.

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.191.

Direitos do Homem, em 1948, os direitos humanos passaram a ocupar lugar de debate e atenção nas pautas internacionais, agora a sua efetivação poderia ser buscada além das fronteiras.

1.2 A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM

Com a chegada dos reclamos para uma mudança de paradigma no âmbito internacional para tutelar os Direitos Humanos, em 26 de junho de 1945, a consolidação desses direitos deu um grande passo com o advento da Carta das Nações Unidas, também conhecida como a Carta da ONU, por ter sido o instrumento instituidor da Organização das Nações Unidas.

A Carta das Nações Unidas⁸ foi um tratado que articulou o compromisso de defender os direitos humanos dos cidadãos, constituindo o primeiro instrumento normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Neste sentido PINHEIRO, afirma:

Desde meados do século XIX, os direitos humanos passaram a ter proteção do Direito Internacional; foi, porém, a Carta das Nações Unidas que iniciou o processo da proteção universal desses direitos, ao dispor em seu art. 55 que a ONU promoverá o respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos, sem fazer distinção por motivos de raça, sexo, idioma ou religião, e a efetividade de tais direitos e liberdades⁹.

Em que pese os direitos contidos na Carta representarem formatos genéricos, foi o primeiro grande avanço dos Direitos Humanos fora do plano doméstico, eis que agora deixaria de ser questão de exclusivo interesse interno, e passaria ser pauta de toda a comunidade internacional. Assim, juntamente com a aprovação do texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela ONU em 1948, é considerada como marco histórico na internacionalização desses direitos.

A mencionada Declaração, definiu e fixou o rol dos direitos fundamentais a serem protegidos, elevando o princípio da dignidade da pessoa humana a fundamento dos direitos humanos e rompendo, definitivamente, com o legado nazista, prevendo que a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos¹⁰.

Ainda, segundo Flavia Piovesan:

Neste cenário, a Declaração de 1948 inova a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais¹¹.

Neste sentido, o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um

⁸ Nações Unidas Brasil. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em 15 de agosto de 2020.

⁹ PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 56;

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.205.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p.231.

sistema internacional que protegesse estes direitos, através de tratados e convenções que buscam parâmetros de normatização entre os Estados, garantido a todos a justiça mais igualitária possível na efetivação daqueles que são, os direitos mais puros e fundamentais de todo ser humano.

Além disso, foi com a aprovação da Declaração Americana de Direitos Homem que surgiu o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

1.3 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A nível mundial, o controle de proteção aos Direitos Humanos é subdividido, atualmente, em três sistemas, sendo o sistema interamericano, o europeu e o africano, cada um responsável por promover harmonia e internacionalização dos Direitos Humanos em seus espaços geográficos.

O Brasil, está inserido no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, representado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, composta a partir da criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 1959 e com a Convenção Americana (Pacto de São José da Costa Rica).

O atual sistema, conta com 25 Estados-Membros da OEA – Organização dos Estados da Americanos, qual ratificaram o compromisso de assegurar o livre e pleno exercício de Direitos Cíveis e Políticos a toda a sociedade.

À Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi atribuída a responsabilidade pelo respeito aos direitos humanos no âmbito do continente americano, com o auxílio da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos que surgiu no ano de 1948 pela OEA (Organização dos Estados Americanos) com a Carta de Bogotá¹².

Em que pese a referida comissão já possuir certas prerrogativas essenciais na defesa dos Direitos Humanos nos países membros, foi necessário a criação de novas medidas com foco na efetiva legitimidade deste instituto, para que, de fato desempenhasse um papel efetivo na garantia dos Direitos Humanos.

Assim em 1959 com a promulgação do Pacto de San José da Costa Rica (em vigor apenas em 1978) ficou estabelecido a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH), instituída em 1969, a finalidade de garantir o cumprimento dos tratados ratificados pelos Estados, através de uma análise das normas internas que possam ferir ou garantir os Direitos Humanos dos cidadãos¹³.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi instituída, no âmbito da OEA- Organização dos Estados Americanos, com a finalidade de garantir o cumprimento dos tratados ratificados pelos Estados, através de uma análise das normas internas que possam ferir ou garantir os Direitos Humanos dos cidadãos.

Assim, determina a obrigação dos Estados de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, bem como o dever de adotar as disposições de direito interno que sejam necessárias para fazer efetivo o gozo destes. Além disso, reconhece e busca a garantia dos todos os direitos humanos, tutelando o direito à vida; direito à integridade pessoal; proibição da escravidão; direito à liberdade pessoal; proteção à família; direito à nacionalidade; entre muitos outros.

O Brasil somente aderiu o sistema interamericano de direitos humanos, oficialmente, com a adesão

¹² Organização dos Estados Americanos. **Pacto de Bogotá.** Disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp#:~:text=A%20Nona%20Confer%C3%Aancia%20Internacional%20Americana,Direitos%20e%20Deveres%20do%20Homem. Acesso em 15 de setembro de 2020.

¹³ **Convenção Americana de Direitos Humanos,** disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2020.

da Convenção Americana, em 6 e novembro de 1992 quando promulgada pelo Decreto nº 678 de 1992¹⁴.

Mais tarde, ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e o Congresso Nacional a aprovou por meio do Decreto Legislativo 496, de 17 de julho de 2009, tendo sido promulgada pelo Presidente da República, por meio do Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009, com reservas aos artigos 25 e 66 do tratado¹⁵.

2. POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS FRENTE A LEGISLAÇÃO DOMÉSTICA BRASILEIRA

No ordenamento jurídico brasileiro, a introdução dos tratados e convenções internacionais na legislação doméstica, ainda é tema de inúmeros debates doutrinários e jurisprudenciais, isto porque, mesmo com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04 ter acrescentado o §3º no artigo 5º da Constituição Federal prevendo a possibilidade dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos poderem serem aprovados com um quórum qualificado e assumirem equivalência de emenda constitucional, não existe no texto normativo da Constituição Federal de 1988 um dispositivo legal capaz de instituir de forma clara qual a posição hierárquica do direito internacional perante o direito interno.

Historicamente falando, diversos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal anteriores ao ano de 1977 reconheciam a superioridade do Direito Internacional sobre o Direito Interno, citando como precedentes o julgamento do caso União Federal vs. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), o Pedido de Extradicação n. 7 de 1913, bem como o julgamento da Apelação Cível n. 7.872 de 1943.

No entanto, em 1977, revelando um evidente retrocesso no seu entendimento acerca da matéria, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário n. 80.004, decidiu que os tratados internacionais deveriam ser equiparados às leis federais, ambos ocupando a mesma hierarquia¹⁶

Nesse sentido a lição do Ministro Francisco Rezek:

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em que assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre o tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das conseqüências do descumprimento do tratado, no plano internacional. (...) Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico¹⁷.

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal, modificou o seu ponto de vista anterior, que assegurava uma hierarquia de normas onde no direito brasileiro reconhecendo uma paridade normativa entre tratados comuns e leis ordinárias.

Tal posicionamento gerou inseguranças no cenário jurídico brasileiro, ficando ainda mais recorrentes as discussões doutrinárias sobre o tema, principalmente quando envolve questões relacionada aos direitos humanos. Entre outros autores e estudiosos sobre o tema, destaca-se a tese de Valério

¹⁴BRASIL. Decreto **Lei nº 678 de 1992**. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)

¹⁵ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2015.p.85.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 119.

¹⁷ RESEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Complementar**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 106-107.

Mazzuoli, qual parte do pressuposto de que os tratados de direitos humanos, de cujo país seja signatário, são materialmente constitucionais, independentemente do quórum de aprovação pelo Legislativo.

O autor apoia seu entendimento na interpretação no § 2º do art. 5º da CF (LGL\1988\3): se o constituinte afirmou que o rol de direitos e garantias expressos no texto constitucional não exclui outros decorrentes dos tratados internacionais, é porque, supostamente, os teria incluído nesse catálogo, atribuindo-lhes hierarquia constitucional. Teoricamente, na visão do autor, não se poderia expurgar a constitucionalidade dos textos materialmente constitucionais, nada obstante tenham sido aprovados por maioria simples.

Valério de Oliveira Mazzuoli, ainda se posiciona no sentido de que qualquer tratado comum que ingresse no ordenamento jurídico brasileiro ocupará o status supralegal, isto é, estará abaixo da Constituição da República e acima da legislação doméstica, impedindo que uma lei posterior conflitante revogue as disposições do tratado internacional¹⁸.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para dirimir controvérsias e possibilitar um controle jurisdicional das normas jurídicas internas a partir da interpretação e aplicação dos tratados internacionais, utiliza-se como instrumento jurídico o instituto do controle de convencionalidade.

Esse controle visa promover a compatibilização entre a legislação nacional e os tratados internacionais ratificados pelo Estado, podendo ocorrer tanto no plano interno, quando incumbe aos juízes e tribunais brasileiros, e no plano internacional, realizado pelos tribunais internacionais.

O controle de convencionalidade pode ser entendido como o meio pelo qual a dupla compatibilidade vertical material é aplicada, sendo esta limitada pelos quais deve no momento da produção normativa o legislador se atentar, senão uma determinada lei interna poderá ser até considerada vigente por estar de acordo com o texto constitucional, mas não será válida se estiver em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm status supralegal). Segundo Mazzuoli:

Doravante se falará em controle de constitucionalidade apenas para o estrito caso de (in)compatibilidade vertical das leis com a Constituição, e em controle de convencionalidade para os casos de (in)compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos (formalmente constitucionais ou não) em vigor no país¹⁹.

A realização do controle de convencionalidade, referente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pode ser concretizada por meio da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Cada um desses órgãos exerce suas competências e é responsável pela análise da compatibilidade de normas infraconstitucionais e constitucionais dos Estados em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos e aos demais pactos sob a tutela da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim a Corte determinou no julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, ocorrido no dia 26 de setembro de 2006:

¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.397.

¹⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.74.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de —control de convencionalidad— entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana²⁰.

Nesse mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem como prerrogativa a uniformização da interpretação da Convenção na América Latina, a fim de concretizar um *ius commune* latino-americano²¹.

O Brasil, por sua vez, como país signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos e reconhecendo expressamente a competência jurisdicional da Corte, possui o dever de compatibilizar suas leis internas com o disposto na Convenção e na interpretação dela feita pela Corte Interamericana, o que não exclui a atribuição da última para declarar a inconvencionalidade de leis brasileiras incompatíveis com os compromissos assumidos na esfera internacional. Destaca-se que, no país o controle de convencionalidade até meados de 2009, nunca tinha sido suscitado, tampouco estudado pelos juristas.

Em suma, o controle de convencionalidade trata de analisar se a legislação de um país está de acordo com os tratados e convenções internacionais que o estado se comprometeu a cumprir, ou seja, sempre que identificado que uma lei que for contrária ao tratado de direitos humanos que o país faça parte, esta não terá validade, em razão de sua inconvencionalidade.

3.1 POSICIONAMENTO CONTRÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Brasil, no dia 03 de dezembro de 2008 uma importante decisão sobre o tema foi proclamada pelo Pleno do STF (HC 87.585-TO e RE 466.343-SP), impactando a doutrina e jurisprudência pátria.

Na ocasião a Corte Suprema reconheceu que os tratados de direitos humanos são superiores a lei ordinária. As discussões entornavam duas correntes pautadas: uma defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, que sustentava o valor supralegal desses tratados, e a outra defendida pelo Ministro Celso de Mello, que lhes conferia valor constitucional. Por cinco votos a quatro, foi vencedora a primeira tese. Restando pendente o voto do ministro Marco Aurélio e Joaquim Barbosa.

O STF, no julgamento citado, sublinhou o não cabimento (no Brasil) de mais nenhuma hipótese de prisão civil do depositário infiel, porque foram "derrogadas" (pelo art. 7º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) todas as leis ordinárias em sentido contrário ao tratado internacional.

Porém, até data de 31 de dezembro de 2008 os demais tratados de direitos humanos não aprovados pelo quórum do congresso nacional e vigentes no Brasil tinha valor de lei ordinária. No entanto, diante do julgamento do HC 87.585-TO e RE 466.343-SP a Suprema Corte decidiu que estas espécies de tratados possuem, na realidade, característica supralegal, ou seja, valem mais do que a lei e menos que a

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. § 124, p. 53.

²¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 50-51.

Constituição Federal.

Esse entendimento de caráter supralegal surgiu com o ministro Gilmar Mendes que defendia a tese que os tratados de direitos humanos vigentes no país e não aprovados pelo quórum previsto no art. 5º § 3º da Constituição Federal, tem status de supra legalidade, estando, assim, os referidos tratados de direitos humanos acima de uma lei infraconstitucional, sendo, contudo, sujeitos ao controle de constitucionalidade²².

Desde então, o Brasil adotou o princípio da supremacia da constituição sobre o ordenamento jurídico. Destarte, a própria Constituição Federal, em seu art. 102, III, b prevê a possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados²³. Em contrapartida, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha posicionamento firme nesse sentido, existem doutrinadores que vão se encontro a esse entendimento, para Mazzuoli por exemplo, grande estudioso do tema e o primeiro jurista a falar sobre o controle de convencionalidade, todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e em vigor no país tem caráter de norma constitucional. Não havendo que se falar em status supralegal dos tratados não aprovados pelo quórum do Congresso Nacional. Mazzuoli, só contempla a hipótese de supra legalidade no caso dos tratados internacionais comuns.

A questão, recentemente, foi efervescida, quando o STF reavaliou a constitucionalidade e convencionalidade do crime de desacato, e por maioria de votos, foi recepcionado pela legislação, contrariando os preceitos da Comissão Interamericana que expressam a inconvenção deste crime, com o julgamento da ADPF 496.

A Comissão Americana de Direitos Humanos (CIDH), desde 1995 é contrária à chamada criminalização do desacato (CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, 197-212), eis que ofende diretamente o artigo 13 da Convenção que protege os direitos de liberdade de expressão e pensamento dos indivíduos.

Não obstante, no ano de 2000 a CIDH aprovou uma declaração, expondo o seu entendimento contrário à existência do crime de desacato, conforme:

Os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis que punem a manifestação ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como 'leis de desacato', atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação." (Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da CIDH)²⁴.

Assim, ficou evidenciado que sob o ponto de vista do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o delito de desacato é inconvenção. Contudo, o STF entendeu que deveria que não há incompatibilidade entre o tratado internacional e o artigo 331 do Código Penal, fundamentando que a Corte Americana de Direitos Humanos nunca sequer se pronunciou sobre a norma, e seus precedentes relacionados a desacato não se aplicam diretamente ao caso brasileiro²⁵.

²² MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

²³ QUEIROGA, Vitória dos Santos Lima. **A Emenda Constitucional n.45/ 2004 e os Tratados de Direitos Humanos: será o fim da controvérsia?** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abril 2011.

²⁴ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da CIDH**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm>. Acesso em 30 nov. 2020.

²⁵ Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496**, processo nº 0012916-84.2017.1.00.0000, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5300439>. Acesso em 30/11/2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ingresso dos Direitos humanos no âmbito internacional ocorreu após inúmeros acontecimentos bárbaros que dizimaram a vida e a saúde de muitas pessoas, principalmente relacionado ao nazismo da era Hitler. Como resposta a esses ataques, ascendeu na sociedade um desejo de garantir que novos direitos fossem reconhecidos e que tais situações não voltassem a ocorrer, assim se deu início a institucionalização dos Direitos Humanos e a busca por seu reconhecimento internacional.

A criação de órgãos capazes de resguardar esses direitos e aplicação de dispositivos legais para efetiva-los só foram reconhecidos com a promulgação da Carta das Nações Unidas no ano de 1945 e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, posteriormente a ascensão de novos institutos de defesa desses direitos e por fim, a criação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, qual o Brasil está inserido, por meio deste sistema se estabeleceu e organizou tratados e convenções que tutelam os direitos Humanos, bem como uma Corte (CIDH) capaz de supervisionar e solucionar conflitos que envolvem o tema.

Ademais, o instituto do controle de convencionalidade, apesar de relativamente novo no âmbito jurídico, deveria constituir um instrumento eficaz que serve para garantir a eficácia das leis internacionais, bem como a aplicação da sua forma, evitando-se conflitos entre normas internas e externas no país, portanto, deve se ter uma total atenção para o controle de convencionalidade e suas peculiaridades no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, o posicionamento do STF mostrou pouco rigor no diálogo com o sistema interamericano de direitos humanos, carecendo da eficácia do instituto de controle de convencionalidade que tanto se faz necessário, quando proferiu decisão na ADPF 496 sobre o crime de desacato, recepcionando-o pela Constituição Federal mesmo com a recomendação contrária da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Constituição Federal. **Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm acesso em: 15 de agosto de 2020.

BRASIL. Decreto **Lei nº 678 de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da CIDH**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm> acesso em 30 nov. 2020.

Convenção Americana de Direitos Humanos, disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. § 124.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

Nações Unidas Brasil. Disponível em <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em 15 de agosto de 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**, Ed. Método; 2004. p.382

PINHEIRO, Carla. Direito internacional e direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2015.

QUEIROGA, Vitória dos Santos Lima. A Emenda Constitucional n.45/ 2004 e os Tratados de Direitos Humanos: será o fim da controvérsia? In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV.

RAMOS CARVALHO, André de. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

RESEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Complementar**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496**, processo nº 0012916-84.2017.1.00.0000, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5300439>. Acesso em 30/11/2020.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO BRASILEIRO E A BUSCA EFETIVA PELOS DIREITOS HUMANOS

Natalia Ferreira Lehmkuhl Cenci¹

Thaís Fernanda Silva²

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma análise conceitual da Jurisdição Constitucional, fazendo um apanhado de forma breve ao advento das constituições, mais especificamente a nossa Carta Magna de 1988, onde está implícita o sistema jurídico da tripartição dos poderes, que possuem uma finalidade em comum, qual seja atuar em prol da sociedade.

E nesta perspectiva que o presente artigo se desenvolve, buscando respostas para dentro do controle de constitucionalidade com base no método da hermenêutica constitucional, para que as medidas adotadas dentro dos conflitos além de respeitarem a hierarquia da norma, sejam válidas e apropriadas para a situação em análise, preservando os Direitos Fundamentais.

A presente pesquisa encontra-se estruturada em três partes, na primeira buscamos demonstrar o que é a jurisdição constitucional, trazendo o conceito e o papel dentro da sociedade até a realização do controle de constitucionalidade, em especial de como isso ocorre no âmbito brasileiro visando garantir os direitos aos cidadãos.

A segunda parte trazemos o sistema jurídico de tripartição dos poderes, ou seja, os três poderes que compõe nosso Estado, e ainda o princípio dos freios e contrapesos, abordando a temática formulada por Montesquieu, onde delimita o poder individual, sendo todos autônomos, mas que funcionam de forma harmônica entre eles. Também trazemos na segunda parte o papel dos poderes frente as Leis e Atos normativos, e a necessidade de respeitar dentro de suas atribuições a Constituição.

A terceira e última parte do artigo analisa, por fim, a hermenêutica como jurídica, partindo da ideia que seria o método ideal para o equilíbrio das leis e atos normativos que surgem no decorrer dos anos. Aliado a isto sabemos que para que haja uma democracia frente a jurisdição constitucional é necessário encontrarmos a melhor interpretação do Direito, para garantir os Direitos Fundamentais.

O método utilizado para a realização do presente artigo foi o hipotético-dedutivo, através de pesquisa bibliográfica.

1. BREVE INTRODUÇÃO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Para uma clara compreensão da Jurisdição Constitucional, trazemos o conceito de Jurisdição formulado por Carnelutti, em sendo: “uma função de busca da justa composição da lide” e também Pontes de Miranda, como: “o sentido exato (de jurisdição) é o de poder dizer o direito”.

¹ Bacharela em Direito pela Univesc, Lages/SC (2015); Pós-Graduada em Direito Processual Penal e Legislação Penal pela Universidade Candido Mendes (2019); Aluna especial de Mestrado em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo-RS. Advogada; e-mail: nataliaferreira.advo@gmail.com.

² Bacharela em Direito pela Univesc, Lages/SC (2015); Pós graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela universidade Legale. Aluna especial de Mestrado em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo-RS. Advogada; e-mail: thaisfernandasilva.adv@gmail.com.

Assim, segundo os ensinamentos do professor Walber Agra, entendemos que jurisdição constitucional é a função estatal que tem a missão de concretizar os mandamentos contidos na Constituição, fazendo com que as estruturas normativas abstratas possam normatizar a realidade fática.

De forma ampla, mas ligada a discussão em tela, podemos dizer que a Jurisdição Constitucional pode ser compreendida como o poder de assegurar a força normativa da Constituição, quando exercido pelo Judiciário.

Portanto quando falamos da Jurisdição Constitucional no âmbito Brasileiro, logo, pode ser compreendida como um conjunto de interpretes responsáveis por fixar a interpretação final da Constituição, claro, que tal “conceito” é simplista.

De forma esquemática, podemos dizer que a jurisdição constitucional compreende as seguintes atividades: a) proteção e garantia de concretização dos direitos fundamentais; b) controle de constitucionalidade das normas e atos normativos; c) controle e fiscalização do sistema eleitoral, englobando os institutos da democracia participativa, como o plebiscito e o referendo, com o escopo de velar pela lisura das eleições; d) funcionamento como instância judiciária, para assegurar o equilíbrio federativo, colecionando os litígios entre os entes componentes do Estado; e) demarcação dos limites de incidência das competências dos entes federativos; f) controle dos poderes públicos para que eles possam atuar com eficiência e atender ao bem comum da sociedade.³

No presente caso, iremos analisar de forma individualizada e pormenorizada somente uma das ferramentas da jurisdição, que é o controle de constitucionalidade.

Como o foco do presente artigo é direcionar para a efetivação dos direitos fundamentais, não faremos uma análise a fundo do contexto histórico, contudo, é importante destacar que os elementos do atual sistema de controle de constitucionalidade foram importados de outros países, e claro, aprimorados de acordo com nossa realidade, tendo características próprias.

Assim, antes de adentrarmos no estudo do Controle de Constitucionalidade Brasileiro, percebe-se que foi uma soma de sistemas de controle existentes no Direito Estrangeiro: sendo o Americano (judicial review, e dos freios e contrapesos) e o Austríaco (controle concentrado: controle abstrato – via de ação e o controle concreto – via de execução).

1.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A fim de garantir esta ordem constitucional, nasce o controle de constitucionalidade, cuja função precípua é a de “declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição” incumbindo a um órgão ou Corte judicial constitucional exercer tal atributo

Para compreender tal atributo, é importante que saibamos que com o avanço da sociedade, sempre há a necessidade de pensar em novas normas para reger e atender os anseios da sociedade. Essas normas e novas leis, devem encontrar-se de forma hierarquizada dentro do sistema jurídico, respeitando a pirâmide, e sem possuir conteúdo abusivo quando aplicados pelos responsáveis pela execução de tais normas.

E fora influenciado pelos sistemas americano e austríaco, como já mencionado, e frente a toda evolução constitucional, que o Brasil, adotou o sistema de controle repressivo predominantemente judicial, ou seja, são os órgãos judiciais que possuem a competência de averiguar a compatibilidade de leis e atos normativos, se estão de acordo com a hierarquia constitucional.

³ AGRA, Walber de Moura. **Jurisdição Constitucional. Diretrizes para o Incremento de sua Legitimidade**. Recife: Repositório UFPE, 2003. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4861/1/arquivo7225_1.pdf. Acesso em: 12 de Setembro de 2020.

Essa conjuntura jurídica, advinda da teoria de Kelsen, considera a Constituição como norma suprema de validade de todo o ordenamento jurídico estatal. E nesta visão, Kelsen⁴ concebeu o ordenamento jurídico como um escalonamento de normas supra e infra-ordenadas umas às outras, em diferentes posições, formando então uma pirâmide normativa imaginária, onde a Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado, estando no topo da pirâmide.

Esses aspectos ficam melhores explicitados nas palavras de Canotilho, abaixo transcritos:

A Constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autônomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. [...] a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões. 1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento da validade um si própria (*autoprímazia normativa*); (2) as normas de constituição são normas de normas (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.⁵

No âmbito nacional brasileiro, o controle de constitucionalidade tem por base a Constituição Federal, lei fundamental do Estado, e é relacionada à sua supremacia e rigidez.

O princípio da supremacia da constituição, cuja explicação está na posição em que a Constituição se posiciona perante as demais leis; ou seja, diante deste princípio ela se comporta como Lei Maior, superior a todas as outras leis existentes no ordenamento jurídico. Por isso que ela é considerada como norma rígida, pois para que haja a sua modificação é necessário um processo muito mais dificultoso que as leis hierarquicamente inferiores. E por serem normas hierarquicamente inferiores deverão sofrer controle para verificar a sua compatibilidade para com a Constituição.

Já, dentro do aspecto da rigidez constitucional, a sua forma, Coelho afirma que:

Dizem-se rígidas as constituições que, mesmo admitindo emendas, reformas ou revisões, dificultam o processo tendente a modificá-las, que é distinto, por essa razão, do processo legislativo comum; flexíveis, ao contrário, são as constituições que podem ser modificadas de forma fácil, tal como se mudam as leis em geral, ou cujo texto – por isso mesmo – se altera quando são promulgadas disposições legais em contrário.⁶

Portanto, necessária é a hierarquia da supremacia constitucional, pois se assim não o fosse, as normas jurídicas estariam todas no mesmo patamar, fazendo com que a constituição fosse flexível, e por consequência, não teria possibilidade de aplicar o controle de constitucionalidade.

E para complementar, nessa linha é o posicionamento do Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin:

Assim sendo, em um ordenamento jurídico, as normas constitucionais são as supremas porque não encontram outras que lhes sejam superiores, exceto se elas mesmas assim determinarem, como é o caso de Estados que adotam o princípio da superioridade do direito internacional sobre o nacional. Nessa linha, a Constituição é o parâmetro de validade das demais normas jurídicas, na medida em que, para terem validade, estas normas devem conformar-se aos ditames das normas constitucionais. No

⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. **Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1-167

plano estritamente jurídico, só se pode falar em supremacia constitucional em vista da rigidez de suas normas. Isso é uma consequência da distinção entre o poder constituinte originário dos poderes constituídos ou instituídos. Por rigidez constitucional entende-se a maior dificuldade para a modificação das normas da Constituição do que para a produção ou alteração das demais normas jurídicas do ordenamento estatal. A rigor, no mundo dos valores, a Constituição é suprema por conter as normas fundamentais de uma determinada comunidade política; no plano jurídico, a Constituição é suprema porque suas normas são rígidas, requerem um procedimento especial e qualificado para sofrer qualquer modificação.⁷

Quando posto em prática o Controle de Constitucionalidade Brasileiro, ela visa a máxima proteção das leis e atos normativos que regem a criação das normas essenciais do Estado Democrático de Direito.

A todos os Poderes do Estado incumbe prevenir ou reprimir o ingresso do enunciado jurídico eivado de nulidade na respectiva ordem jurídica, sendo o meio adequado para tal o controle de constitucionalidade – assim havendo as espécies de controle.

É sabido que no Brasil, o controle de constitucionalidade é realizado preponderantemente pelo Poder Judiciário, contudo não há exclusividade no exercício desta função. Pode-se dividir a aplicação do controle em dois momentos, podendo ser o preventivo e o repressivo.

O preventivo, ocorre ainda antes do nascimento jurídico da lei ou ato normativo, ou seja, legítimos mecanismos hábeis ao sujeito para impedir que o objeto maculado contamine o ordenamento jurídico, por conta de não observar parâmetros constitucionais

O controle preventivo é exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo, impedindo que um projeto de ato legislativo inconstitucional venha a ser aprovado. O poder legislativo efetua o controle através da Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, presente em toda casa legislativa, onde são responsáveis por examinar projetos e atos sob este aspecto, antes ainda da votação em plenário.

Assim, a atuação do controle preventivo incide em um projeto de lei, não se podendo falar que o controle de constitucionalidade foi realizado em uma norma, já que a mesma não fora implementada no ordenamento jurídico.

Já o repressivo é posterior a promulgação da lei ou ato normativo. Dispõe como norte o objetivo de expulsar do ordenamento jurídico a norma acabada, incompatível com as disposições previstas na nossa Constituição. A lei, agora, não está apenas na iminência de violar a Constituição, mas já efetivamente causa uma lesão à Constituição.

O controle repressivo, em regra, é realizado pelo Poder Judiciário, em que aqueles sujeitos que possuem legitimidade, procuram a justiça com o objetivo de ser reconhecida a norma inconstitucional, e que deixe de surtir efeitos no plano material. A regra então, é que o controle seja jurisdicional (realizada pelo judiciário) e repressivo (não cabe intervenção judicial antes da lei estar pronta). E com base nisso, passaremos a analisar a tripartição dos poderes.

Controle de constitucionalidade, portanto, é o conjunto de instrumentos através do qual uma Corte ou outro [órgão legitimado exerce um juízo de verificação de compatibilidade (validade) formal, material e circunstancial de determinado ato estatal com os preceitos da Constituição.

Acerca das denominações sobre constitucionalidade e inconstitucionalidade, Gilmar Ferreira Mendes assevera que:

⁷ MARIN, Jeferson Dytz. **Hermenêutica constitucional e realização dos direitos fundamentais: o afastamento das arbitrariedades semânticas na atribuição de sentido.** Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 65, p. 103-123.

Os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não traduzem, tão-somente, a ideia de conformidade ou inconformidade com a Constituição. Assim, tomando de empréstimo a expressão de Bittar, dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção – de nulidade ou de anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional.⁸

Importante deixar claro, que o Controle de constitucionalidade é atribuído tão somente aos atos do Poder público. Ainda destacamos que na esfera repressiva, o preceito já ingressou na ordem jurídica, sendo que o controle ocorrerá de forma difusa ou concentrada, se o instrumento tiver como objeto a lei discutida em tese ou em concreto, contudo como não é o foco do presente trabalho a forma como ocorre, não serão analisados de forma individual.

2. DIVISÃO DOS PODERES E O GARANTISMO DA CONSTITUIÇÃO

O princípio da separação dos poderes representa um dos mais relevantes princípios constitucionais, e tem o condão de distribuição e/ou divisão de poder entre as funções típicas do poder estatal, foi mencionado e até mesmo idealizado por alguns pensadores.

Platão trazia em sua obra clássica “A República” a necessidade de não deixar o poder concentrado nas mãos de uma só pessoa; Aristóteles afirmava em seu esboço, que todo governo deve ter três poderes essenciais com funções distintas, e que atribuir a uma única seria além de perigoso, injusto; e Maquiavel, em sua obra “O Príncipe” onde pensou então nos três poderes, como Legislativo (parlamento, o Executivo e o Rei) e o Judiciário (poder autônomo).

Sobre os Três poderes, Dalmo de Abreu Dallari, assevera que:

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.⁹

Mas, foi através da obra de “O espírito das Leis, de Montesquieu, que a Teoria da Separação dos Poderes foi implementada no constitucionalismo. Pensou nos três poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como sendo harmônicos e independentes entre si.

Para ele, o poder do Estado deveria dividir-se em funções específicas, (especialização funcional), atribuídas a órgãos independentes (independência orgânica), possibilitando a limitação do poder em razão da sua incompletude. Em outras palavras, o poder era limitado pelo próprio poder, de forma que não seria mais absoluto¹⁰.

E com a Separação dos Poderes, Montesquieu acreditava que poderia afastar os governos absolutistas e evitar a criação de normas tirânicas que beneficiassem somente aqueles que detinham o poder, assim seria fundamental estabelecer autonomia e os limites para cada um dos poderes do Estado.

Com isso, surge o Sistema de Freios e Contrapesos, que seria a limitação do poder pelo próprio

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1049-1381.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. São Paulo: Saraiva, 1998.

poder, ou seja, ambos os poderes exerciam o controle de uns sobre os outros.

O Sistema de Freios e Contrapesos é formado pela “faculdade de estatuir” e pela “faculdade de impedir”, possibilitando a influência mútua e o controle recíproco entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo. A “faculdade de estatuir” deve ser interpretada como o poder de ordenar ou corrigir o que foi por outro ordenado; enquanto a “faculdade de impedir” consiste no poder de tornar nula a ação efetuada por outrem.¹¹

Assim, a implantação dos três poderes, criou uma eficaz separação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, funcionando com um mecanismo de controle mútuo entre os poderes.

No ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1988 a organização dos poderes se dá através do Título IV. Apesar de existir uma presunção de variados Poderes, a doutrina entende que o Poder político do Estado é uno e indivisível.

O momento histórico em que isso ocorre no Brasil é a passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, o que vem influenciar também como em vários países, a constituição brasileira.

Dentro ainda da divisão de poderes, no Brasil há a repartição de competências, entre o governo central e os Estados Membros, assim como em outros países, no Brasil ao Legislativo cabe a elaboração de leis, de normas gerais e abstratas; ao Executivo cabe a administração do Estado, tendo como guia as leis elaboradas pelo legislativo; e ao Judiciário, cabe por obvio, a função judicial do Estado distribuindo a justiça e aplicando as Leis.

Segundo Luís Roberto Barroso¹², a tripartição de poderes é ‘um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais’.

Nossa Constituição também prevê o sistema de pesos e contrapesos, havendo a possibilidade de interferência recíproca, ou seja, cada poder exerce suas competências e fiscalizam as competências dos demais poderes, conforme prevê o art. 2º da Constituição Federal de 88.¹³

3. O PAPEL DA HERMENÊUTICA FRENTE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como destacado em momento anterior, a jurisdição constitucional se faz necessária tendo em vista o amplo leque de novas leis e atos normativos que são criados para o bem-estar social, e por este fato, vislumbra-se o papel relevante da hermenêutica, não só como forma de interpretação das regras jurídicas, mas também como uma forma de adequá-las as constantes modificações sociais.

Diante Deste cenário, Streck pondera o seguinte:

Entretanto, no momento em que crescem as ações por direitos fundamentais, aumenta a necessidade de se discutir limites a atuação do Poder Judiciário na interpretação da Constituição.¹⁴

¹¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹³ **Art. 2º** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília:Senado Federal, 1988.

¹⁴ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Em um contexto mais filosófico, Aristóteles utilizou a hermenêutica como método, e conceituou de forma prática, onde resumia através do consenso da maioria e verdade evidente, “o que a todos, ou a grande maioria ou aos doutos se lhes afigurava verdadeiro”.

A hermenêutica constitucional consiste em um sistema de referência que irradia a supremacia da Constituição sobre as demais normas e que guia a verdade constitucionalmente aceita. O atual momento em que se encontra o direito constitucional necessita de meios para adquirir efetividade.

E por este motivo ela tem papel fundamental dentro da jurisdição constitucional, pois auxilia nas decisões judiciais para o reconhecimento ou não de lei ou ato normativo constitucional. Assim a hermenêutica trabalha com o dar sentido ao texto jurídico.

Diante do quadro de enfraquecimento ou esvaziamento da relação entre a legislação e a realidade, constata-se a relevância da hermenêutica, pois, paulatinamente, aconteceu um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição constitucional pela impossibilidade do legislativo de poder prever todas as hipóteses de aplicação. A chamada jurisprudencialização da Constituição vem marcada pela transição de um direito constitucional legislativo para um direito constitucional jurisprudencial, ou seja, passa-se do texto da norma para o texto da decisão judicial. Tal posição leva a uma mudança de paradigma do constitucionalismo, antes pautado na postura positivista, para percebê-lo em sua forma aberta e viva, para além da neutralidade do texto normativo¹⁵.

A hermenêutica constitucional deve ser o parâmetro primordial quando da decisão judicial, já que a Constituição é o ponto central do ordenamento jurídico, devendo toda e qualquer decisão estar em conformidade com ela.

Pereira nos ajuda a entender a hermenêutica constitucional, através de sua doutrina:

Ela passa a representar, portanto, o que aqui tem-se denominado *locus hermenêutico*: o “lugar” a partir do qual há uma conformação das possibilidades de sentido de todas as normas inferiores, não tendo como, pois, compreender, interpretar e aplicar o Direito independentemente do padrão constitucional¹⁶.

Como a Constituição é nossa Lei Maior, a sua aplicação não poderá desbordar da hermenêutica constitucional, até porque, se toda decisão requer uma inteligência do julgador, e a referência para decisão deve se coadunar com os fins exigidos pela Lei Fundamental do Estado.

A hermenêutica realiza a interpretação da facticidade humana, que tenta prestar contas da sua finitude como a do horizonte universal, a partir da qual tudo pode fazer sentido. Desta forma, resta claro, que a integração entre fato e valor da norma, o esforço hermenêutico é imprescindível, e deve este trilhar os mandamentos constitucionais.

Saramento, em brilhante obra, ao lecionar sobre a importância do papel hermenêutico exercido pelo princípio da dignidade humana assevera que “como fundamento basilar da ordem constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana configura diretriz inafastável para a interpretação de todo o ordenamento.”

Ainda, não se discute a importância do poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, tendo

¹⁵ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Direitos Humanos "globais (universais)". De todos, em todos os lugares!** In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado do Centro de Ciências Jurídicas da UNISINOS, 2001.

¹⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

em vista que a função de aplicar a legislação é um fator de transformação social, um instrumento de realização dos direitos fundamentais, de implementação de políticas públicas e de diálogo entre as partes do processo. Todavia, o fenômeno do neoconstitucionalismo, em que o Poder Judiciário ocupa papel de destaque, necessita de meios para obtenção de resposta constitucionalmente adequadas com o sentido material da Constituição, pois a ocorrência de arbitrariedades vai de encontro à democracia.

Nesse sentido, Lenio Streck sabiamente nos ensina a respeito da hermenêutica frente a aplicação da mesma para garantia dos direitos e garantias fundamentais:

Interpretar é, pois, hermenêutica, e hermenêutica é compreensão e através dessa compreensão se produz o sentido. Desse modo, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)a hermé(neu)tica jurídica tradicional-objetificante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. No âmbito da interpretação da lei, naquilo que tradicionalmente chamamos de hermenêutica jurídica, é preciso chamar a atenção (dos juristas) para o fato de que nós não temos mais um significante primeiro, que se buscava tanto em Aristóteles como na Idade Média, como ainda em Kant; significante primeiro que nos daria a garantia de que os conceitos em geral remetem a um único significado (Stein). Daí por que um rompimento com essa tradição do pensamento jurídico-dogmático é difícil e não se faz sem ranhuras: problemas. O mesmo ocorre, aliás, com a afirmação dessa concepção. Crer que há uma essência verdadeira em si mesma do Direito - como que à espera de ser captada em sua inteireza pelo sujeito do conhecimento, seja mediante um trabalho estritamente racional de índole dedutiva, em que as normas do Direito racional, isto é, as chamadas leis da natureza, sejam apreendidas como autênticos corolários a que se acederia pelo raciocínio a partir de princípios auto-evidentes estabelecidos a priori; seja captando essa essência na dinâmica da vida social, através da investigação sociológica do fenômeno jurídico; seja buscando-a na exegese dos textos legais -, crer nisso, não deixa de ser confortável.¹⁷

Nesse campo é necessário que compreendamos que existe uma distinção entre interpretação conforme a Constituição é distinta da interpretação constitucional, está é o gênero do qual a primeira se configura a espécie, e aquela primeira é um dos mecanismos da jurisdição constitucional, onde o objetivo é zelar pela supremacia dos mandamentos da nossa Lei Maior, enquanto esta é uma operação lógica que precede o atuar do operador jurídico.

Para uma melhor compreensão da diferença, trazemos a tona a explicação do Prof. Paulo Bonavides:

Interpretar a constituição e interpretar conforme a Constituição, são todavia, operações distintas, que o aplicador nem sempre percebe ou toma em consideração. Sendo ambas indispensáveis ao exame de constitucionalidade das leis, a segunda tem uma latitude que pode fazer inadmissível se houver abuso em sua aplicação, suspeita de criar direito novo, transgressão de elementos ou erro de concretização da norma além de linhas materiais de razoabilidade que o método concede ao intérprete.¹⁸

As formas de interpretação ainda são muito tradicionais, e totalmente vinculadas a verdade absoluta, no sentido dogmático-normativo, pautado no legalismo heurístico.

3.1 JUÍZO DE VALIDADE E A GARANTIA PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição De 1988 traz em seu bojo uma relação de direitos e garantias individuais que, muito

¹⁷ STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

mais do que apenas individuais, fazem parte de um gênero assim denominado como direitos e garantias fundamentais, estreitamente ligados aos direitos humanos, ou seja, direitos e garantias fundamentais, inclusos aqueles atribuídos aos indivíduos – são “os direitos humanos positivados na Constituição”.

A validade da norma em uma perspectiva garantista, analisada diante do contexto constitucional, é quando não afronta qualquer garantia e/ou direito reconhecido, ou seja, compatível com a Lei maior, e é eficaz quando é observada pela coletividade; e vigente, quando decorrente de um processo legislativo previsto na Constituição Federal.

Os direitos e garantias fundamentais é inserido através do princípio da independência da jurisdição, onde limitam e vinculam todos os poderes, sendo: Executivo; Legislativo e Judiciário. Dentro do juízo de validade, quando uma norma viola o princípio constitucional da legalidade, embora formalmente vigente e existente, é inválida, e por consequência, suscetível de anulação, por contrariar uma norma substancial sobre sua produção.

Assim, nos ensina Ferrajoli:

Estando bem presente o fato de que a validade da norma na perspectiva garantista diz respeito à sua congruência com o conteúdo material da Constituição, importa referir, então, o papel do julgador. O garantismo implica um reforço dos objetivos da jurisdição e uma nova e mais forte legitimação do poder judicial e da sua independência. A incorporação, em nível constitucional, dos direitos e garantias fundamentais, altera a relação entre o juiz e a lei, atribuindo à jurisdição um papel de garantia do cidadão contra as violações da legalidade por parte dos poderes públicos.¹⁹

E complementa, dentro do atributo da jurisdição constitucional qual o papel do juiz:

Dessa forma, a sujeição à lei significa sujeição à lei válida, ou seja, coerente com a Constituição. Dita validade não é, portanto, um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas à coerência dos seus significados com a Constituição. A interpretação judicial da lei é juízo sobre a própria lei, sendo que o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos.²⁰

Portanto o legislador não possui autonomia para que ao seu próprio gozo, elabore leis ou atos normativos, desrespeitando os valores e os princípios constitucionais.

Por este fato, é que os diplomas legislativos infraconstitucionais atentem à hierarquia do bem jurídico que estão contidos em nossa Lei Maior, na Constituição Brasileira, e considerar que os valores atribuídos por ela, preservem acima de tudo os interesses coletivos e difusos.

Por isso, quando há uma colisão entre um direito fundamental com a autonomia da livre iniciativa, deve prevalecer esta última. E por este fato, é que a forma de estado que mais se adequa e permite o desenvolvimento dos direitos fundamentais é o Estado Democrático Social de Direito, garantido através de prestações fornecidas por entes estatais a concretização das demandas essenciais da população.

As garantias fundamentais são os remédios constitucionais através do qual um indivíduo, uma coletividade, um órgão ou um representante da sociedade pode buscar em juízo a tutela de direitos constitucionais ameaçados ou lesados. Garantia, portanto, são todos os meios conferidos pela ordem jurídica a um sujeito para que este possa exercer suas posições jurídicas subjetivas ativas.

A legitimação da jurisdição constitucional parte do princípio de que o seu substrato se encontra no ordenamento jurídico. A legitimidade da jurisdição constitucional depende da legitimidade do Direito

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantía:** la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p.100.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantía:** la ley del más débil. p.101.

vigente, obtida pelo apoio popular às medidas implementadas pelo parlamento.

Portanto, as normas jurídicas dependem para alcançar sua vigência de preencher todos os requisitos elencados em nossa Constituição além dos regimentos internos do Congresso Nacional.

Além disso, dentro da concepção da separação dos poderes, deve se restringir a apenas declarar a lei ao caso concreto, utilizando dispositivos normativos já previamente existentes no ordenamento jurídico.

E desta forma, entra o papel do judiciário, para equilibrar a jurisdição constitucional, vez que, o poder judiciário passa a trabalhar com uma margem de liberdade, atuando não apenas como legislador negativo, por intervir nas leis e atos normativos criados, mas principalmente, como um legislador positivo para cumprir o conteúdo das normas contidas na Constituição, e por muitas vezes, tendo que formalizar estruturas normativas não existentes no ordenamento jurídico.

Nesse passo que a jurisdição constitucional toma espaço, através da Corte, ou seja, do Superior Tribunal Federal quando reconhece o limite normativo e declara a inconstitucionalidade de certa lei ou ato normativo, e que ainda por muitas vezes, necessita intervir de forma direta criando parâmetros para que direitos fundamentais sejam resguardados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço da sociedade que culminou na criação de novas Leis e atos normativos, por meio do Poder Legislativo através dos representantes do povo, com o fim de garantir e fornecer a sociedade suas demandas constantes, também passou a ser fonte de garantir interesses pessoais e políticos.

O instituto da jurisdição constitucional que foi abordado no presente trabalho, busca a proteção e a defesa da nossa Lei Maior, nossa Constituição. E como apontado no presente trabalho o Controle de Constitucionalidade, tem o papel de garantir que nenhum ato ou Lei advindo dos poderes que compõe nosso Estado, ultrapassem os limites da nossa Constituição.

Notório que o objetivo tanto da jurisdição constitucional – defesa da constituição, como do Controle de Constitucionalidade – meio pelo qual garante que a hierarquia de normas seja respeitada, tem um único objetivo em comum, qual seja, o de garantir direitos fundamentais trazidos pela Constituição.

Por outro lado, existem algumas formas de se chegar a conclusão se tais leis e atos normativos são constitucionais ou inconstitucionais, e uma desta forma é através da hermenêutica, tema este que muito é abordado e que gera muitas controvérsias, mas que tem sido a priori um ponto de partida fundamental para os juristas.

Por fim, conclui-se que o papel do Poder Judiciário é o de garantidor dos Direitos Fundamentais, e que muito embora haja o sistema de freios e contrapesos, em que ambos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário sejam independentes e harmônicos entre si, cabe a este prezar pela rigidez e supremacia.

Não sendo o desejo do Poder Judiciário interferir na esfera do Poder Legislativo, mas que muitas vezes é preciso intervir, sendo provocada ou não, de forma que pensamos ser sempre positivo, pois muito além de o único detentor e guardião da constituição, muitas vezes é o que o que provoca e auxilia o poder executivo a colocar em pratica e auxiliar na efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGRA, Walber de Moura. **Jurisdição Constitucional. Diretrizes para o Incremento de sua Legitimidade.** Recife: Repositório UFPE, 2003. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4861/1/arquivo7225_1.pdf. Acesso em: 12 de Setembro

de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luiz Roberto (Org.). A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Direitos Humanos "globais (universais)". De todos, em todos os lugares!** In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado do Centro de Ciências Jurídicas da UNISINOS, 2001 Acesso em: 12 de setembro de 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COELHO, Fabio Ulhoa; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 18 de setembro de 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantía: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

MARIN, Jeferson Dytz. **Hermenêutica constitucional e realização dos direitos fundamentais: o afastamento das arbitrariedades semânticas na atribuição de sentido**. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217770552012000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em 13 Setembro 2020

MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. São Paulo: Saraiva, 1998.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **A filosofia hermeneutica para uma jurisdição constitucional democrática**. Revista Direito GV. São Paulo: Jan-Jun/2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24377/23157> Acesso em 11 de setembro de 2020.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

OS IMIGRANTES NO BRASIL: OS DESAFIOS NO PROCESSO DE INCLUSÃO SOCIAL E A BUSCA DE RECONHECIMENTO

Silvana de Fátima Machado da Silva¹

Luis Angelo Dallacort²

Gabriel Dil³

INTRODUÇÃO

O processo migratório vem se tornando cada vez mais intenso ao redor do mundo. É um fenômeno que tem se intensificado e que necessita ser amplamente discutido. Nesse sentido, surge a necessidade de refletir sobre as dificuldades encontradas pelos imigrantes durante os processos migratórios, assim como sobre os problemas que enfrentam ao chegarem nos países que os recebem.

Imigrar é muitas vezes uma necessidade, sendo a única opção para esses indivíduos que vivem em países onde as guerras, a fome e as perseguições ferem e disseminam tudo o que encontram pela frente, ceifando vidas e sonhos. Assim, na tentativa de dias melhores, inúmeras pessoas das mais diversas idades, passam a considerar a imigração como a única alternativa possível para sobreviver.

Todavia, ao chegarem nos países que escolhem para recomeçar, se deparam com novos problemas, como a intolerância, o preconceito e a xenofobia, além da dificuldade de encontrar emprego e moradia. Esses novos desafios são ásperos e ocasionam dificuldades na inserção dessas pessoas, criando-se uma separação social entre os imigrantes e os nativos, deixando-os vulneráveis diante da nova realidade.

Assim, utilizando-se do escopo teórico-bibliográfico e do método hipotético-dedutivo, será realizada uma concisa exposição sobre as dificuldades de inserção social dos imigrantes. Para tanto, em um primeiro momento será feita uma breve abordagem sobre a política migratória no Brasil e os problemas advindos com o processo migratório. No segundo será feita uma reflexão sobre a inclusão social desta parcela da população que busca acolhimento e uma vida digna.

1. DA IMIGRAÇÃO NO BRASIL E OS DIREITOS HUMANOS

Falar em direitos humanos é uma forma de garantir espaço para que as pessoas possam lutar pela sua dignidade, liberdade, igualdade e reconhecimento, conforme prescrito na Declaração Universal dos

¹Mestranda do Mestrado *Stricto Sensu* da Universidade de Passo Fundo. Linha de Pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder. Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia, inscrito na Plataforma dos Grupos de Pesquisa do CNPq. Especialista em Educação Socioambiental pela Universidade de Passo Fundo. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Graduada em Ciências Habilitação Matemática pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: vannasilva@hotmail.com.

²Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF) com auxílio Capes. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Advogado. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: luisdallacort92@gmail.com

³Mestrando em Direito na linha Jurisdição Constitucional e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo, com bolsa CAPES (modalidade II). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro/RJ. Pós-graduando em Direito Médico pela Faculdade CERS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Advogado inscrito na OAB/RS sob o nº 111.168. E-mail: adv.gabrieldil@gmail.com.

Direitos Humanos de 1948 (DHDH) em seus artigos 1º e 2º.⁴ Assim, independentemente das diferenças raciais, culturais, religiosas e ideológicas, todos os indivíduos devem ter seus direitos fundamentais reconhecidos e assegurados, pois se atribuem a nacionais e estrangeiros enquanto seres humanos.

A Constituição Federal de 1988, trás no *caput* de seu artigo 5º o princípio da igualdade onde determina que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.⁵

Nesse sentido, os direitos humanos são direitos universais, indivisíveis, interdependentes, se aplicam a todos os cidadãos, sem distinção de raça, cor, sexo, língua e religião, são uma conquista de homens e mulheres enquanto sujeitos de direitos.

Portanto, dar tratamento igualitário ao imigrante é a forma mais correta de inclusão deste cidadão, que, por questões de guerra, perseguições, crises financeiras e desastres naturais se vê obrigado a abandonar seus lares, familiares, amigos e cultura para atravessar fronteiras em busca de uma vida digna.

A imigração faz parte da história da humanidade, ocorre desde seus primórdios e vai enriquecendo e construindo a sociedade com seus aspectos sociais, culturais, humanos e com suas novas dimensões. É um direito humano de ir e vir atribuído a todo e qualquer cidadão.

Segundo as palavras de Bauman,⁶

A migração em massa não é de forma alguma um fenômeno recente. Ele tem acompanhado a era moderna desde seus primórdios (embora com frequência mudando e por vezes revertendo a direção) -, já que nosso “modo de vida moderno” inclui a produção de “pessoas redundantes” localmente “inúteis”, excessivas ou não empregáveis, em razão do progresso econômico; ou localmente intoleráveis, rejeitadas por agitações, conflitos e dissensões causadas por transformações sociais/políticas e subsequentes lutas por poder.

A temática migratória pode ser analisada sob várias perspectivas, sejam elas políticas, econômicas, culturais, tecnológicas, ou ainda sob o viés da saúde, habitação, educação, entre outros. Entender este fenômeno é uma forma de compreender o mundo a partir de elementos humanos e das interações que esta mobilidade possibilita.⁷ Pensar neste processo vai muito além da mobilidade geográfica ou espacial, pois com ele modificam-se as relações humanas e interpessoais.

Para contextualizar o processo migratório, é preciso fazer um resgate histórico acerca da imigração. Foi a partir da primeira metade do século XX que as migrações internas passaram a ser destaque no cenário nacional, e a partir do ano de 1980 o Brasil se destacou quando brasileiros começaram a migrar para o

⁴ **Artigo 1º.** Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Artigo 2º. Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

⁵ BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos a nossa porta.** Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 9.

⁷ SILVA, Silvana de Fátima Machado da. **Direito fundamental à moradia dos imigrantes no Brasil:** Implementação de Políticas Públicas de Moradia. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Passo Fundo, 2020. p. 21-22.

Japão, Estados Unidos e Europa.⁸

No Brasil este processo teve início no ano de 1530 com a chegada dos colonos portugueses. Os italianos fixaram residência na cidade de São Paulo para trabalhar na indústria, comércio e na lavoura de café, os europeus vieram em busca de melhores oportunidades de vida e de trabalho, já os alemães se destacaram desenvolvendo atividades na agricultura e na pecuária. Em relação aos imigrantes vindos da Suíça, estes chegaram na cidade de Nova Friburgo no Rio de Janeiro, onde fundaram a colônia, a qual deram o nome de Nova Friburgo.⁹

Por conseguinte, a fase denominada pós 1970-1980 ficou conhecida como o período recente do fenômeno migratório. Já as décadas de 1980-1990, se sobressaiu pela saída de brasileiros em direção aos Estados Unidos, Japão e Paraguai. A migração para o Brasil ocorre pelos mais variados motivos, sendo de grande relevância as questões políticas.¹⁰

Pode-se dividir a história da imigração em três fases. O período compreendido entre 1808-1886 foi marcado pela existência do trabalho escravo com o remunerado, de 1886 a 1930 pela imigração italiana e de 1930 a 1950 o destaque se deu pelo declínio dos fluxos migratórios e pela política de restrição a imigração.¹¹

Com base nos fatos históricos é possível esclarecer que:

[...] O Brasil tornou-se um país de imigração desde o século XIX, com um saldo entre entradas e saídas bastante significativo e que não representa diferenças em relação a outros países que receberam contingentes muito maiores da diáspora europeia.¹²

Com a crise econômica Mundial instalada no Brasil a partir de 2008, muitos brasileiros que viviam no exterior retornaram ao Brasil. Porém, no ano de 2011 estrangeiros vindos do Haiti, Senegal, Colômbia e Venezuela começaram a chegar em grande escala. Este fluxo inesperado de imigrantes, principalmente de haitianos, fez com que o Ministério da Justiça estabelecesse cotas mensais para a entrada desses estrangeiros.¹³

Como o Brasil é visto como um país acolhedor, muitos estrangeiros vem em busca de trabalho e de melhores condições de vida, aliado ao fato da Lei de Migrações nº 13.445/2017, garantir a legitimidade dos fluxos migratórios, bem como a garantia de novos direitos a esses imigrantes em situação de fragilidade econômica e social.

⁸ SILVA, Silvana de Fátima Machado da. **Direito fundamental à moradia dos imigrantes no Brasil: Implementação de políticas públicas de moradia.** p. 30.

⁹HISTÓRIA DO BRASIL. Net. **História Da Imigração No Brasil.** Disponível em: <https://www.historiadobrasil.net/imigracao/>Acesso em: 03 dez. 2020.

¹⁰ GOMES, Márcia Letícia. **Migração, Refúgio e Direitos Humanos: um olhar para os movimentos migratórios contemporâneos. 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2017. p. 93.**

¹¹ SEYFERTH, Giralda. Os Estudos da Imigração no Brasil: notas sobre uma produção multidisciplinar. In: SEYFERTH, Giralda; PÓVOA NETO, Helion; ZANINI, Maria Catarina Chitolina; SANTOS, Miriam de Oliveira (Orgs.). **Mundos em Movimento: ensaios sobre migrações.** Santa Maria: Ed. UFSM, 2007, p. 18.

¹² SEYFERTH, Giralda. Os Estudos da Imigração no Brasil: notas sobre uma produção multidisciplinar. In: SEYFERTH, Giralda; PÓVOA NETO, Helion; ZANINI, Maria Catarina Chitolina; SANTOS, Miriam de Oliveira (Orgs.). p. 24.

¹³ SEYFERTH, Giralda. Os Estudos da Imigração no Brasil: notas sobre uma produção multidisciplinar. In: SEYFERTH, Giralda; PÓVOA NETO, Helion; ZANINI, Maria Catarina Chitolina; SANTOS, Miriam de Oliveira (Orgs.). p. 405.

2. A IMIGRAÇÃO E A INCLUSÃO SOCIAL

O processo migratório é repleto de desafios, os quais fazem com que a jornada dos que migram seja pautada por barreiras que dificultam sua adaptação a nova realidade. O processo de inserção dos que saem de seus países em busca de uma vida melhor é pautado em dificuldades, como o domínio da língua, questões de discriminação racial e xenofobia, religiosas, culturais e até climáticas. Todos esses obstáculos contribuem para a adaptação do imigrante no novo país, e sua inserção na comunidade onde vive, assim, aqueles que migram passam a viver um processo de exclusão do convívio social.

Nesse sentido, ainda que o texto Constitucional brasileiro, no artigo 5º¹⁴, consagre o direito à igualdade a todos, independente de ser brasileiro ou estrangeiro, esse direito ainda é utópico, uma vez que os imigrantes enfrentam inúmeras dificuldades, que são desconhecidas pelos nativos. Nesse sentido, aduz Fermentão¹⁵:

O artigo 5º da Constituição Federal e seus incisos consagraram os direitos humanos fundamentais, entre eles as garantias e direitos individuais e coletivos. Por meio deste mesmo artigo, a carta magna estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Deste modo, é preciso garantir ao imigrante um espaço que respeite sua individualidade e suas características, suas crenças e seus costumes, criando-se uma sociedade que compreenda os movimentos migratórios e que esteja disposta a ser tolerante e respeitosa com aqueles que são diferentes. No mesmo sentido é fundamental garantir a dignidade dessas pessoas, efetivando uma vida com o mínimo existencial, passando a vê-las como parte da sociedade que vive, e conferindo o respeito de que é merecedor, como cidadão digno. Para Sidekum¹⁶:

A dignidade é conferida de modo isonômico a todas as pessoas. Ela iguala a todos desde o nascimento. A dignidade constitui o elemento identitário das sociedades contemporâneas e através dele se confere legitimação aos regimes democráticos. A honra legitimava a hierarquia social como direito natural de consangüinidade, ao passo que a dignidade legitima a igualdade natural de todos os indivíduos.

Em que pese, o Brasil tenha como uma de suas características a miscigenação e a multiculturalidade, definida por Santos¹⁷ como “[...] a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades “modernas”, os imigrantes ainda encontram diversas entraves para sua inserção. Para Julios, Santos e Lucas¹⁸, essas resistências, por parte da comunidade estrangeira em aceitar e receber o novo, o diferente, aquele que chega com uma identidade distinta da “normal”, ocasiona a xenofobia e a usurpação dos direitos dos imigrantes.

Nesse tocante, é muito importante mobilizações que busquem promover a inclusão desta parcela da população na comunidade, uma vez que todos têm direito a uma vida digna, com saúde, alimentação, nutrição, água potável, um local para ser sua moradia e que contemple saneamento básico. Também é um

¹⁴ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁵ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito**. Revista Jurídica Cesumar, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006. p. 243.

¹⁶ SIDEKUM, Antônio. **Alteridades e Multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003. p.122.

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 26.

¹⁸ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea**. Ijuí: Unijuí, 2016. p. 32.

direito de todos o acesso a educação, ao trabalho e à cultura, além da seguridade social e outros serviços ¹⁹.

A inclusão é um dos grandes desafios que Estados que recebem esse contingente populacional têm de enfrentar com seriedade, buscando criar políticas públicas capazes de garantir que o processo de inserção dos estrangeiros, seja o mais natural possível, possibilitando condições sociais e existenciais de forma a diminuir os traumas oriundos desta mudança de vida, proporcionando ao imigrante o acolhimento nesta nova sociedade e que o recomeço não seja tão traumático²⁰. Nesse sentido menciona Tedesco²¹:

[...] o enfrentamento do diferente também é um desafio dos grupos dos acolhedores, pois os contatos ressignificam vidas, formas de agir e representações sociais. Ver o outro no seu antigo espaço de exclusividade é deslocar o seu próprio reconhecimento de ser sujeito e de pertencer a algum lugar ou ter determinada condição e status social.

Os problemas sociais que envolvem as migrações precisam de atenção das diversas esferas do poder Nacional, bem como dos entes da federação e dos Municípios que recebem estes estrangeiros, através de políticas públicas que fortaleçam a inclusão. O problema habitacional, de comunicação e de acesso a serviços básicos deve ser priorizado, uma vez que quem migra necessita de todo o amparo, já que muitas vezes, tem apenas a roupa do corpo.

Ao amparar os imigrantes, é concedido a eles muito mais que um local para viver, mas também lhe é conferido o grau de cidadão daquele lugar, de parte integrante daquela sociedade, assim, ele se vê como elemento que compõem a estrutura social. Esse reconhecimento é de suma importância, já que ao ser reconhecido como portador de direitos, se sente valorizado e busca contribuir para que aquela sociedade seja melhor. Nesse sentido Taylor, Appiah, e Habermas (et al) mencionam que:

a importância do reconhecimento é, agora, universalmente admitida, de uma forma ou de outra [...]. O reconhecimento igualitário não é apenas a situação adequada para uma sociedade democrática saudável. A sua recusa pode prejudicar as pessoas visadas, segundo uma perspectiva moderna generalizada [...] A projeção de uma imagem do outro como ser inferior e desprezível pode, ter um efeito de distorção e de opressão, ao ponto de essa imagem ser interiorizada²².

Quanto ao fenômeno da imigração, denota-se que essa temática norteia os eixos de discussão em diversos países do mundo, sendo uma das problemáticas mais sérias do século XXI. Imigrar é um direito humano que deve ser respeitado, por todos, cabendo aos Estados encontrarem mecanismos que proporcionem uma melhor inserção dos imigrantes em seus territórios, bem como políticas públicas voltadas a conferir o mínimo existencial a essas pessoas que carecem de tudo.

3. AS GARANTIAS DA LEI DE IMIGRAÇÃO NO BRASIL

No Brasil, por mais que os imigrantes ainda enfrentem inúmeras dificuldades de inserção social e cultural, existem várias pessoas engajadas com a problemática, assim, decorrente de esforços conjuntos entre governantes e entidades civis e religiosas, surgem movimentos de conscientização para a problemática da imigração, além de vários projetos de assistência e acolhimento, os quais são

¹⁹ COSTA, Alberto. **O Bem Viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. 2. ed. São Paulo: Editora Elefante, 2011, p. 195.

²⁰ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade**: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea, 2016. p. 33.

²¹ TEDESCO, João Carlos. **Movimentos e Identidades Sociais**: estudos em perspectiva. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2015, p. 88.

²² TAYLOR, Charles; APPIAH, K. Anthony; HABERMAS, Jürgen; ROCKEFELLER, Steven C.; WALZER, Michael; WOLF, Susan. **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 56.

fundamentais para os recém-chegados. No mesmo sentido, um importante passo foi dado com a nova Lei de Migrações, que é um marco evolutivo nos direitos dos imigrantes, inaugurando direitos que até então eram negados a eles, como a liberdade sindical.

Outro importante avanço na Lei de Migração²³, é vista no artigo terceiro, onde são garantidos e determinados princípios e diretrizes com a finalidade de combater a xenofobia, o racismo e a qualquer outra forma de discriminação.

O processo de imigração, como já destacado não é um processo simples, uma vez que envolve inúmeras peculiaridades e dificuldades. Deixar para trás seu país, sua gente, sua cultura não é tarefa fácil, todavia é a única alternativa para um grande número de pessoas que vivem em áreas do planeta, marcadas pela guerra, pela fome.

Com tudo, evidencia-se que essa movimentação é uma realidade de vários lugares do mundo, é uma problemática que deve ser discutida e debatida. A criação de mecanismos e políticas públicas eficientes que atendam essa demanda e indispensável, todavia também é necessário um quebra de paradigmas pré-estabelecidos. Não se pode olvidar que quando duas culturas distintas convergem para um mesmo ponto, nesse caso, uma mesma comunidade, ocorra uma estranheza num primeiro momento, mas ao promover uma aproximação entre ambas, passa-se a compreender as singularidades de cada uma, criando-se uma convivência de forma pacífica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o desenrolar do processo migratório muitas pessoas deixam seus países de origem por medo da opressão, das tiranias e de catástrofes ambientais, percorrendo milhares de quilômetros em busca de esperança e de uma vida mais justa e digna. Assim, deixam para trás seus sonhos, suas famílias e tudo o que construíram ao longo de suas vidas

Na busca por moradas mais seguras, muitas vezes, perdem suas vidas, são homens, mulheres, crianças a deriva da própria sorte. Ao chegarem ao destino enfrentam novos obstáculos, experimentam outras dificuldades como a xenofobia, o racismo, o preconceito, travando uma verdadeira luta para serem reconhecidos como seres humanos.

Ademais, outros problemas agravados pelo processo de migrar estão diretamente conectados a questões do idioma, a dificuldade de encontrar uma moradia e um trabalho decente, elementos indispensáveis para a concretização da dignidade humana.

Assim, para que a brutal realidade vivenciada por eles seja, ainda que paulatinamente alterada, é necessário o comprometimento dos gestores públicos e da sociedade civil na implementação de políticas públicas e projetos sociais voltadas a essa parcela da população que se encontra em extrema situação de fragilidade e vulnerabilidade econômica e social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS - ACNUR; INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS - IMDH; FICAS; FUNDACIÓN AVINA; MIGRAMUNDO. **Migrações, Refúgio a Apatridia: guia para comunicadores**. 1. ed. São Paulo: Ficas, 2019.

²³ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

- BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos a nossa porta**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.html. Acesso em: 4 dez. 2020.
- COSTA, Alberto. **O Bem Viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos**. 2. ed. São Paulo: Editora Elefante, 2011.
- FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006.
- GOMES, Márcia Letícia. **Migração, Refúgio e Direitos Humanos: um olhar para os movimentos migratórios contemporâneos**. 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2017.
- HISTÓRIA DO BRASIL. Net. **História Da Imigração No Brasil**. Disponível em: <https://www.historiadobrasil.net/imigracao/>Acesso em: 03 dez. 2020.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea**. Ijuí: Unijuí, 2016.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea**, 2016.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SEYFERTH, Giralda. Os Estudos da Imigração no Brasil: notas sobre uma produção multidisciplinar. *In*: SEYFERTH, Giralda; PÓVOA NETO, Helion; ZANINI, Maria Catarina Chitolina; SANTOS, Miriam de Oliveira (Orgs.). **Mundos em Movimento: ensaios sobre migrações**. Santa Maria: Ed. UFSM, 2007.
- SIDEKUM, Antônio. **Alteridades e Multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003.
- SILVA, Silvana de Fátima Machado da. Direito fundamental à moradia dos imigrantes no Brasil: Implementação de políticas públicas de moradia. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Passo Fundo, 2020.
- TAYLOR, Charles; APPIAH, K. Anthony; HABERMAS, Jürgen; ROCKEFELLER, Steven C.; WALZER, Michael; WOLF, Susan. **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- TEDESCO, João Carlos. **Movimentos e Identidades Sociais: estudos em perspectiva**. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2015.

REFUGIADOS CLIMÁTICOS: O DESAPARECIMENTO DE ESTADOS PELO AUMENTO DO NÍVEL DO MAR E A EXISTÊNCIA DE UMA NOVA CATEGORIA DE REFÚGIO

Anderson Weber¹

Micheli Piucco²

Patricia Grazziotin Noschang³

INTRODUÇÃO

As políticas climáticas existentes já não se mostram mais eficazes para conter o aquecimento do planeta causado pelo efeito estufa, sendo esse último consequência da poluição desordenada da atividade humana no meio-ambiente. Estima-se que até o ano de 2100 a temperatura global sofra um aumento de 5°C, ocasionando um acelerado derretimento das geleiras polares e um ameaçador aumento do nível do mar e dos oceanos, com estimativa de elevação em até um (01) metro. O planeta sofrerá alterações em diversas linhas costeiras, populações e espaços serão atingidos de forma até então desconhecida, pois estima-se que a continuidade e identidade de Estados desapareça pela perda de elementos da estabilidade - população e território.⁴

Conseqüentemente, milhares de pessoas estarão obrigadas a se deslocar ou se refugiar em outros territórios, na busca de uma forma de sobrevivência. E por conta disso, o debate da pesquisa está centrado na possibilidade de identificar uma nova categoria de refúgio que ecoará diversos desafios nas próximas décadas, sem olvidar dos já enfrentados, e sob qual proteção jurídica essas pessoas estarão frente ao sistema internacional de direitos humanos.

Nesse sentido, destaca-se a atuação do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas que no início de 2020 se pronunciou sobre o caso *Ioane Teitiota x Nova Zelândia*. Neste caso, o Comitê reconheceu a possibilidade de solicitação de refúgio considerando as mudanças climáticas e, ademais, a possível violação de direitos humanos no envio dessas pessoas ao país de origem.

Assim, um novo precedente foi criado e lançado para a comunidade internacional, sendo que além da categoria geral de refugiados uma nova modalidade, a do refúgio climático, deve ser observada pelos Estados. Dessa forma, os Estados devem garantir proteção às pessoas refugiadas, garantindo proteção internacional e a eficácia dos direitos humanos.

¹ Especialista em Direito Internacional Aplicado. Pós-graduando em Contabilidade, Gestão Tributária e Auditoria. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: andersonzweber@gmail.com.

² Doutoranda pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestre e Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Especialista em Relações Internacionais com ênfase em Direito Internacional. Professora na Universidade de Passo Fundo-RS. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com.

³ Doutora em Direito PPGD/UFSC. Mestre em Direito e Relações Internacionais PPGD/UFSC. Especialista pela Fundação Getúlio Vargas em MBA Comércio Exterior e Negócios Internacionais e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em Direito Internacional Público, Privado e da Integração Regional. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Pelotas. Professora na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: patriciagn@upf.br.

⁴ GÓMEZ, Mariano J. Aznar. O Estado sem território: o desaparecimento do território em razão da mudança climática. **Revista ClimaCom Cultura Científica**. ISSN 2359-4705. Ago. 2015. Disponível em: <http://climacom.mudancasclimaticas.net.br/o-estado-sem-territorio-o-desaparecimento-do-territorio-em-razao-da-mudanca-climatica/>. Acesso em: 12 de nov. 2020.

1. EFEITOS DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS NO CENÁRIO MUNDIAL

Publicado em agosto de 2019, o relatório especial do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas⁵ (IPCC, sigla em inglês), revelou uma situação estarrecidora no aumento da temperatura do planeta, afirmando que crises ambientais alarmantes passarão a ocorrer com maior frequência se o aumento da temperatura da Terra ultrapassar de 2°C⁶.

Há anos que as mudanças climáticas ao redor do mundo estão advertindo que um colapso no sistema ambiental é inevitável, e o aumento do nível do mar é apenas um dos grandes efeitos que o aquecimento global e a poluição desordenada estão causando. A temática é de tamanha importância e preocupação que passou a ocupar posição de destaque em um dos jornais mais visualizados no mundo, o *El País*, que assim frisou: “É incontrolável e está aumentando”.⁷

Com efeito, o Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas de 2019, que estuda os impactos das alterações climáticas ocasionadas pela ação do homem, conclui que o degelo nos extremos norte e sul do planeta disparou o aumento do nível do mar. Tudo porque, os gases do efeito estufa (os já emitidos há muitos anos) estão ocasionando o superaquecimento do planeta em larga escala.

O IPCC prevê até o ano de 2100 um aumento de 5°C da temperatura global e nível acelerado do derretimento das geleiras polares, com estimativas de até um (01) metro no aumento do nível do mar⁸. Os últimos quatro (04) anos foram registrados como os mais quentes⁹, com perdas de gelo na Groenlândia e na Antártida¹⁰.

Sob esse cenário, o planeta sofrerá alterações em diversas linhas costeiras, sobretudo nos Estados insulares, cujas populações vivem à beira do mar e oceano. Assim, acredita-se que o aumento do nível do mar cobrirá uma vasta parcela do solo, atingindo moradias, degradando biomas e comprometendo os meios de subsistência de diversas populações, ocasionando o desaparecimento da continuidade e identidade de muitos países com perda de elementos da estabilidade - população e território.¹¹

Todavia, sinais dessas mudanças ambientais já despontam em algumas partes do planeta¹², como os atóis da República de Kiribati, no Oceano Pacífico, e o arquipélago das ilhas Maldivas, no Oceano Índico, em que a gradativa elevação do nível do mar está impossibilitando a subsistência e moradia de milhares de

⁵ Disponível em: <https://www.ipcc.ch/srccl/>. Acesso em: 06 de nov. 2020. Trata-se de um relatório especial do Painel Intergovernamental para a Mudança Climática sobre o aquecimento e os oceanos, elaborado por um grupo internacional de especialistas que analisaram estudos científicos publicados sobre a temática. Na ocasião participaram mais de 100 autores de 36 países, que revisaram 7.000 publicações.

⁶ António Guterres, Secretário-Geral das Organização das Nações Unidas, já comunicou que “o mundo está fora do caminho para cumprir as metas de 1,5°C a 2°C que o Acordo de Paris exige.”

⁷ PLANELLES, Manuel. Aumento do nível do mar acelerou e já é incontrolável, advertem especialistas da ONU. *Jornal El País*, Nova York, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/24/internacional/1569334103_514886.html. Acesso em: 02 de nov. 2020.

⁸ Disponível em: <https://www.ipcc.ch/srccl/>. Acesso em: 15 de nov. 2020.

⁹ FARFAN, Érik Von. ONU alerta para o aumento do nível dos oceanos. *Revista Eco21*, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://eco21.eco.br/onu-alerta-para-o-aumento-do-nivel-dos-oceanos/>. Acesso em 30 nov. 2020.

¹⁰ “O aumento do nível do mar se acelerou devido ao aumento combinado da perda de gelo das camadas da Groenlândia e da Antártida”, conclui o IPCC. E o degelo acelerado registrou uma taxa do nível do mar 2,5 vezes mais rápida na última década, em comparação ao século passado.

¹¹ GÓMEZ, Mariano J. Aznar. O Estado sem território: o desaparecimento do território em razão da mudança climática. *Revista ClimaCom Cultura Científica*. ISSN 2359-4705. Ago. 2015. Disponível em: <http://climacom.mudancasclimaticas.net.br/o-estado-sem-territorio-o-desaparecimento-do-territorio-em-razao-da-mudanca-climatica/>. Acesso em: 12 de nov. 2020.

¹² Estudos apontam que mais de 24 milhões de pessoas em 118 países deslocaram-se por desastres naturais, aponta o jornalista Érik Von Farfan.

peças que lá habitam, tornando-as vulneráveis, obrigando a migrar ou deslocar-se para outros territórios na busca de novos meios de sobrevivência¹³.

O Secretário-Geral da ONU, António Guterres, manifestou preocupação extrema com as mudanças climáticas e o aumento do nível dos oceanos, que ameaçam submergir nações de baixa altitude, desenvolvendo “uma ameaça existencial para alguns Estados Insulares”¹⁴. Ainda, afirmou o Chefe da ONU que as mudanças climáticas trazem perigos à paz e à segurança internacional, pois podem refletir em um aumento de tensões na disputa por recursos diante de movimentos em massa de pessoas que irão buscar meios de vida em outras áreas¹⁵.

Outro fenômeno associado ao aquecimento do planeta e aumento do nível dos mares e oceanos, que as consequências vão além das costas, é a perda das próprias geleiras¹⁶. De acordo com o IPCC, a disponibilidade de e qualidade da água doce restará prejudicada, acarretando consequências na produção de energia elétrica e implicações na segurança alimentar¹⁷. Ainda, o derretimento das geleiras está ocasionando o desaparecimento do permafrost (camada de solo permanentemente congelada), e que poderá gerar o aumento da liberação de gases do efeito estufa que estão armazenados nesse terreno¹⁸.

Nesse contexto, as preocupações da sociedade seguem aumentam frente à ineficácia de políticas públicas até então adotadas¹⁹. E ainda que o Acordo de Paris para mudanças climáticas seja cumprido, estudos apontam que a temperatura do planeta continuará a se elevando nos próximos anos, repontando nas próximas gerações efeitos mais severos²⁰.

Por fim, os efeitos das mudanças climáticas – aquecimento do planeta e aumento do nível dos mares e oceanos, também contribuirão para uma verdadeira tormenta humanitária²¹, visto que continuará atingindo países e regiões mais pobres, populações que já se encontram em situação de extrema vulnerabilidade social pela falta de acesso aos recursos mínimos para sobrevivência.

¹³ RAMOS, Camila. MAGRINI, Leandro. O deslocamento invisível de milhões de pessoas pelas mudanças climáticas. Com Ciência, **Revista Eletrônica de Jornalismo Científico**. Abr. 2020. Disponível em: <https://www.comciencia.br/o-deslocamento-invisivel-de-milhoes-de-pessoas-pelas-mudancas-ambientais/>. Acesso em: 10 de nov. 2020.

¹⁴ FARFAN, Érik Von. ONU alerta para o aumento do nível dos oceanos. **Revista Eco21**, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://eco21.eco.br/onu-alerta-para-o-aumento-do-nivel-dos-oceanos/>. Acesso em 30 nov. 2020.

¹⁵ FARFAN, Érik Von. ONU alerta para o aumento do nível dos oceanos. **Revista Eco21**, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://eco21.eco.br/onu-alerta-para-o-aumento-do-nivel-dos-oceanos/>. Acesso em 30 nov. 2020.

¹⁶ PLANELLES, Manuel. Aumento do nível do mar acelerou e já é incontável, advertem especialistas da ONU. **Jornal El País**, Nova York, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/24/internacional/1569334103_514886.html. Acesso em: 02 de nov. 2020.

¹⁷ Disponível em: <https://www.ipcc.ch/srccl/>. Acesso em: 15 de nov. 2020.

¹⁸ PLANELLES, Manuel. Aumento do nível do mar acelerou e já é incontável, advertem especialistas da ONU. **Jornal El País**, Nova York, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/24/internacional/1569334103_514886.html. Acesso em: 02 de nov. 2020.

¹⁹ A pesquisadora Larissa Coutinho afirma que as litígias climáticas emergem na forma de um novo tipo de ação, com objetivo de desempenhar na forma estratégica na implementação e proteção de direitos concernentes ao aquecimento global, já que as políticas climáticas existentes não são suficientes para responder ao acelerado aumento do nível do mar.

²⁰ PLANELLES, Manuel. Aumento do nível do mar acelerou e já é incontável, advertem especialistas da ONU. **Jornal El País**, Nova York, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/24/internacional/1569334103_514886.html. Acesso em: 02 de nov. 2020.

²¹ “Secas, inundações, colheitas destruídas e epidemias são alguns dos problemas que se somam à desigualdade, agravando a tragédia para a população mais vulnerável, especialmente crianças e mulheres”. In: AGUDO, Alejandra. Aquecimento global trata mais migrações, doenças e fenômenos extremos. **Jornal El País**, Brasília, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/16/eps/1568633180_345386.html. Acesso em: 29 de nov. 2020

2. REFUGIADO CLIMÁTICO E O DIREITO INTERNACIONAL

O Direito Internacional há tempos regulamenta a situação climática mundial. Desde a abordagem através de tratados sobre o tema até a realização de fóruns para debater a situação climática mundial, estudos não faltam sobre o assunto. Ao longo dos anos o tema vai ganhando novos contornos com novas figuras e novas abordagens. A figura do refugiado climático é um desses novos contornos da situação climática, dos estudos e de outra corrente que vem ganhando novas abordagens: o deslocamento forçado de pessoas pelo aumento do nível do mar.

Em âmbito universal pode ser destacada Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, adotada formalmente em 1951. No Brasil, a Convenção foi promulgada pelo Decreto nº. 50.215 de 28 de janeiro de 1961.²² Os sistemas regionais também contam com diversos instrumentos protetivos dos refugiados, podendo ser destacada a Convenção da Organização da Unidade Africana²³ e a Declaração de Cartagena²⁴ no Sistema Interamericano. Ademais, os sistemas regionais estão tecendo considerações importantes sobre o tema ambiental em seus pareceres consultivos e em suas decisões, muitas das quais responsabilizam os Estados por violação dos direitos humanos.²⁵

Quando abordamos o termo refugiado é importante realizar a diferenciação com o termo migrante. Segundo a Agência da ONU para Refugiados – ACNUR:

Os **refugiados** são pessoas que escaparam de conflitos armados ou perseguições. Com frequência, sua situação é tão perigosa e intolerável que devem cruzar fronteiras internacionais para buscar segurança nos países mais próximos, e então se tornarem um ‘refugiado’ reconhecido internacionalmente, com o acesso à assistência dos Estados, do ACNUR e de outras organizações. São reconhecidos como tal, precisamente porque é muito perigoso para eles voltar ao seu país e necessitam de um asilo em algum outro lugar. Para estas pessoas, a negação de um asilo pode ter consequências vitais. (grifo do autor)²⁶

Assim, os refugiados são pessoas que estão fora de seus países originários por “fundados temores de perseguição, conflito, violência ou outras circunstâncias que perturbam seriamente a ordem pública” e, como consequência, necessitam de proteção internacional. A Convenção de 1951 define quem é refugiado e define os direitos básicos que os Estados devem garantir as pessoas que se enquadram nessa situação. Destaca-se o princípio da não devolução, que determina que os refugiados não podem ser expulsos ou

²² BRASIL. **Decreto nº. 50.215, de 28 de janeiro de 1961. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

²³ ACNUR. **Convenção da União Africana sobre a proteção e assistência as pessoas deslocadas internamente em África.** Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwju74a0zLztAhVYGrkGHafwCg8QFjACegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fwww.acnur.org%2Ffileadmin%2FDocumentos%2Fportugues%2FBDL%2Fconvencao_de_kampala.pdf&usq=A0vVaw0b_kyoH6Ndl33BiMfVII5G. Acesso em: 29 nov. 2020.

²⁴ CORTE IDH. **Declaración de Cartagena sobre Refugiados.** Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/1984_Declaraci%C3%B3n_de_Cartagena_sobre_Refugiados.pdf. Acesso em: 29 nov. 2020.

²⁵ Destaca-se a atuação do Sistema Interamericano, no qual o Brasil está inserido, que emitiu o OC-23/2017 sobre *Medio Ambiente y Derechos Humanos*. Ademais a Corte Interamericana vem condenando os Estados pela violação dos direitos ambientais em decorrência da interpretação realizada do art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Destaca-se o posicionamento sobre o tema no caso *Lhaka Honhat Vs. Argentina*. CORTE IDH. **Medio Ambiente y Derechos Humanos. OC-23/2017, de 15 de noviembre de 2017.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em: 29 nov. 2020; CORTE IDH. **Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf. Acesso em: 29 nov. 2020.

²⁶ ACNUR. **Refugiado ou Migrante? A diferença é importante.** Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2015/10/01/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto/>. Acesso em 29 nov. 2020.

devolvidos quando estejam em situações que sua vida e liberdade estejam em perigo de sofrer violações.²⁷

Já quanto ao termo migrante, incluem-se nessa categoria pessoas que decidem migrar de forma voluntária. Segundo a ACNUR:

Os **migrantes** escolhem se deslocar não por causa de uma ameaça direta de perseguição ou morte, mas principalmente para melhorar sua vida em busca de trabalho ou educação, por reunião familiar ou por outras razões. À diferença dos refugiados, que não podem voltar ao seu país, os migrantes continuam recebendo a proteção do seu governo. (grifo do autor)²⁸

As distinções são importantes. Os migrantes têm como base legislativa e procedimental as próprias dos Estados de destino. Por sua vez, aos refugiados aplicam-se as normas nacionais e internacionais. Assim, a proteção aos refugiados além da não devolução também abarca o acesso aos procedimentos justos e eficientes que garantam o acesso aos direitos humanos.²⁹

Nesse sentido, no ano de 2020, em decisão histórica³⁰, o Comitê de Direitos Humanos da ONU reconheceu que as pessoas que “fogem dos efeitos das mudanças climáticas e desastres naturais não devem ser devolvidas ao seu país de origem” quando seus direitos humanos estejam em risco. Dessa forma, um novo precedente no direito internacional foi aberto o qual visa a proteção às pessoas no contexto de mudança climática e de desastres naturais, passando a considerar a existência de uma nova categoria de refúgio: o refúgio climático.

A ACNUR já havia enfatizado que os efeitos das mudanças climáticas e o impacto de desastres naturais como secas, infestações de insetos e doenças epidêmicas são fontes legítimas para o pedido de condição de refugiado segundo a Convenção de 1951 e/ou considerando as disposições de acordos regionais. Segundo o Comitê, direitos humanos básicos podem ser violados nesse contexto, como o direito à vida.³¹

Ademais, em locais em que tais riscos são iminentes, pode ocorrer a violação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos quando do envio ao país de origem, com destaque a violação do art. 6, direito à vida e art. 7, direito a não ser torturado ou submetido a tratamentos ou punições desumanos, degradantes e cruéis.³²

Para o Comitê é essencial à organização de esforços nacionais e internacionais para que sejam evitadas as violações aos direitos humanos decorrentes de efeitos das mudanças climáticas. Ademais, “adverte que o risco de um país inteiro ficar submerso pela elevação do nível do mar é um risco tão

²⁷ ACNUR. **Refugiado ou Migrante? A diferença é importante**. Acesso em 29 nov. 2020.

²⁸ ACNUR. **Refugiado ou Migrante? A diferença é importante**. Acesso em 29 nov. 2020.

²⁹ ACNUR. **Refugiado ou Migrante? A diferença é importante**. Acesso em 29 nov. 2020.

³⁰ Caso de Ioane Teitiota x Nova Zelândia. Ioane Teitiota solicitou refúgio na Nova Zelândia, sendo o pedido negado e ele e sua família enviados para Kiribati, país de origem. Recorreu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU alegando a violação de seu direito à vida por parte da Nova Zelândia. Em suas alegações informou que o país de origem havia se tornado inabitável em decorrência da elevação do nível do mar e demais efeitos de alterações climáticas. UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE – UNHRC; COMMITTEE ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS – CCPR. **Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016**. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewiU7NTh0rztAhUBIbkgHdJIB58QFjAAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fblogs2.law.columbia.edu%2Fclimate-change-litigation%2Fwp-content%2Fuploads%2Fsites%2F16%2Fnon-us-case-documents%2F2020%2F20200107_CCPRC127D27282016-_opinion.pdf&usq=AOvVaw3wJUvLUTE119g6V_o2EtAJ. Acesso em: 29 nov. 2020.

³¹ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE – UNHRC; COMMITTEE ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS – CCPR. **Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016**. Acesso em: 29 nov. 2020.

³² UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE – UNHRC; COMMITTEE ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS – CCPR. **Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016**. Acesso em: 29 nov. 2020.

extremo que, mais rápido do que se possa imaginar, as condições de vida de um país podem se tornar incompatíveis com o direito à vida com dignidade”.³³

Os dados e as decisões alertam os países e a comunidade internacional enfatizando a urgência de adoção de medidas preventivas e de adaptações dos países afetados para evitar que as pessoas de forma forçada se retirem de seus países de origem buscando preservar seus direitos e, que, podem, futuramente gerar responsabilização aos Estados.³⁴

Dessa forma, observa-se que o direito internacional inova com a criação de uma nova categoria de refúgio, “refugiados climáticos”, desenvolvendo uma maior proteção e promoção aos direitos humanos e adequando o direito internacional as novas realidades mundiais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conta está chegando! O impacto das mudanças climáticas é iminente e caminhará para além das próximas gerações, provocando o desaparecimento de territórios, ameaça à segurança alimentar e a degradação da biodiversidade. E os movimentos de refúgio ecoarão por longos anos à medida que as consequências do aumento do nível do mar atingir muitos dos Estados insulares, já que haverá uma maior e urgente necessidade de buscar por outro território e país que possa oferecer novos meios de subsistência.

A partir do pronunciamento do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas um novo olhar foi lançado ao termo refúgio. Diante da decisão do Comitê, uma nova modalidade foi criada e deve receber a proteção internacional devida. O refúgio climático é um tema que cada vez mais será alvo de debates na comunidade internacional, pois já é uma realidade para milhares de pessoas e diversos Estados, de origem e de destino.

Com a atuação do Comitê de Direitos Humanos e a possibilidade de enquadramento na modalidade de refugiado climático, os Estados devem propiciar as pessoas o acesso à proteção internacional e aos direitos humanos essenciais para sua existência.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACNUR. **Convenção da União Africana sobre a proteção e assistência as pessoas deslocadas internamente em África.** Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwju74a0zLztAhVYGrkGHafWcg8QFjACegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fwww.acnur.org%2Ffileadmin%2FDocumentos%2Fportugues%2FBDL%2Fconvencao_de_kampala.pdf&usg=AOvVaw0b_kyoH6NdI33BiMfvII5G. Acesso em: 29 nov. 2020.

ACNUR. **Decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre mudança climática dá sinal de alerta, diz ACNUR.** Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/01/24/decisao-do-comite-de-direitos-humanos-da-onu-sobre-mudanca-climatica-da-sinal-de-alerta-diz-acnur/>. Acesso em: 29 nov. 2020.

ACNUR. **Refugiado ou Migrante? A diferença é importante.** Disponível em:

³³ ACNUR. **Decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre mudança climática dá sinal de alerta, diz ACNUR.** Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/01/24/decisao-do-comite-de-direitos-humanos-da-onu-sobre-mudanca-climatica-da-sinal-de-alerta-diz-acnur/>. Acesso em: 29 nov. 2020.

³⁴ ACNUR. **Decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre mudança climática dá sinal de alerta, diz ACNUR.** Acesso em: 29 nov. 2020.

<https://www.acnur.org/portugues/2015/10/01/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto/>. Acesso em 29 nov. 2020.

AGUDO, Alejandra. Aquecimento global trata mais migrações, doenças e fenômenos extremos. **Jornal El País**, Brasília, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/16/eps/1568633180_345386.html. Acesso em: 29 de nov. 2020

BRASIL. Decreto nº. 50.215, de 28 de janeiro de 1961. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

CORTE IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf. Acesso em: 29 nov. 2020.

CORTE IDH. **Declaración de Cartagena sobre Refugiados**. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/1984_Declaraci%C3%B3n_de_Cartagena_sobre_Refugiados.pdf. Acesso em: 29 nov. 2020.

CORTE IDH. **Medio Ambiente y Derechos Humanos. OC-23/2017, de 15 de noviembre de 2017**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em: 29 nov. 2020.

FARFAN, Érik Von. ONU alerta para o aumento do nível dos oceanos. **Revista Eco21**, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://eco21.eco.br/onu-alerta-para-o-aumento-do-nivel-dos-oceanos/>. Acesso em 30 nov. 2020.

ÓMEZ, Mariano J. Aznar. O Estado sem território: o desaparecimento do território em razão da mudança climática. **Revista ClimaCom Cultura Científica**. ISSN 2359-4705. Ago. 2015. Disponível em: <http://climacom.mudancasclimaticas.net.br/o-estado-sem-territorio-o-desaparecimento-do-territorio-em-razao-da-mudanca-climatica/>. Acesso em: 12 de nov. 2020.

Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas - IPCC. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/srccl/>. Acesso em: 06 de nov. 2020.

PLANELLES, Manuel. Aumento do nível do mar acelerou e já é incontrolável, advertem especialistas da ONU. **Jornal El País**, Nova York, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/24/internacional/1569334103_514886.html. Acesso em: 02 de nov. 2020.

RAMOS, Camila. MAGRINI, Leandro. O deslocamento invisível de milhões de pessoas pelas mudanças climáticas. **Com Ciência, Revista Eletrônica de Jornalismo Científico**. Abr. 2020. Disponível em: <https://www.comciencia.br/o-deslocamento-invisivel-de-milhoes-de-pessoas-pelas-mudancas-ambientais/>. Acesso em: 10 de nov. 2020.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE – UNHRC; COMMITTEE ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS – CCPR. **Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016**. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiU7NThOrztAhUBlkGHdJIB58QFjAAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fblogs2.law.columbia.edu%2Fclimate-change-litigation%2Fwp-content%2Fuploads%2Fsites%2F16%2Fnon-us-case->

documents%2F2020%2F20200107_CCPRC127D27282016-
_opinion.pdf&usg=AOvVaw3wJUvIU1E1I9g6V_o2EtAJ. Acesso em: 29 nov. 2020.

OS DIREITOS HUMANOS COMO FONTE DE ACESSO À DEMOCRACIA EM UM CONTEXTO DE INTERCULTURALIDADE

Carla Della Latta¹

Renata Buziki Caragnatto²

INTRODUÇÃO

A cultura de um povo é formada através da música, religião, língua, organização social, entre outros fatores. Ao se falar em interculturalidade, ou até mesmo com o estudo mais aprofundado sobre o assunto, vem à tona as inúmeras diversidades culturais existentes mundialmente, bem como a dificuldade de compreensão entre indivíduos de diferentes culturas, o que faz com que se vislumbre os empecilhos existentes frente a construção de um tratamento democrático aos mais diversos povos, principalmente àqueles que não se encontram em seu país de origem.

O presente estudo apresenta uma revisão bibliográfica, no qual tratou de articulações teóricas. Nessas articulações, foram discutidas e analisadas as informações de uma forma a explorar o conteúdo, preenchendo as lacunas existentes e relacionando com o objetivo proposto, a partir de perspectivas e implicações da área.

Com isso, a presente investigação possui a seguinte problemática: de que forma os direitos humanos protegem ou salvaguardam a democracia em um contexto intercultural? Tendo como objetivo, compreender esse contexto da interculturalidade dado o processo de globalização, bem como o reflexo dos direitos humanos como forma de proteção aos indivíduos a nível mundial, garantindo a construção de um tratamento isonômico e democrático.

No estudo busca-se uma análise crítica-reflexiva em torno da questão da interculturalidade, lança um olhar sobre o fenômeno da globalização, traz à tona os direitos humanos como ferramenta para garantia de direitos e proteção ao tratamento democrático em nível mundial, independentemente de território ou cultura.

1. A EXPANSÃO DA INTERCULTURALIDADE

A interculturalidade para Apel³, pode ser compreendida como um processo de comunicação entre as mais diversas culturas, com igualdade de participação, onde hajam debates livres sobre assuntos comuns ou particulares, gerando resultados positivos quanto às normas que resultarem em consensos coletivos. O reconhecimento da igualdade entre os cidadãos somente seria possível através de normas que garantam a todos o direito de participarem dos temas que lhe dizem respeito. Como elucidado pelo autor, um conjunto de valores somente seria agraciado num contexto intercultural, nos casos em que, em condições ideais de

¹ Advogada (OAB/RS 112.339). Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. E-mail: carladellalatta@hotmail.com;

² Advogada (OAB/RS 117.649). Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA. Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. E-mail: renatacaragnatto@hotmail.com;

³ APEL, Karl – Otto. O problema do multiculturalismo à luz da ética do discurso. In: **ETHICA- Cadernos Acadêmicos**, v.7. Rio de Janeiro, 2000, p. 9-34.

discurso, todos tivessem oportunidade de participação na escolha dos direitos humanos válidos, inobstante de um panorama cultural.

Já para Parekh⁴, a interculturalidade identifica nas diferentes culturas, as características do homem que retratam sua dignidade, sem levar em consideração a cultura, nação, religião, etnia, ideologia, gênero, entre outros, conforme destaca. De acordo com o autor supracitado valores universais como da dignidade da pessoa humana, da liberdade de ser e estar, do bem estar humano, etc., fazem com que haja a compreensão dos atributos humanos comuns, desmistificando a homogeneização das práticas culturais. A interculturalidade remete à confrontação e entrelaçamentos, por tratar de grupos em relacionamento e intercâmbio, entre os quais a diferença estabelece relações de negociação, conflito e empréstimo recíproco, respeitando as disparidades, conforme elucida Canclini⁵, implicando na reconstrução de fatores étnicos.

A expansão das trocas comerciais e as inovações culturais propiciam a expansão de diversidade de culturas ultrapassando fronteiras nacionais, gerando cada vez mais novos padrões culturais. Nesse sentido, Renato Ortiz⁶ aponta que a mundialização da cultura representa uma reação aos efeitos perversos da globalização, com isso, torna-se difícil definir os limites de cada povo e de cada cultura, relativizando entendimentos tais como de estrangeiros e nacionais. Através da ideia de Ulrich Beck⁷, a globalização vista como elemento dos processos interculturais passa a ser vislumbrada como um processo de conexão entre culturas, pessoas e locais modificando gradativamente a rotina dos indivíduos.

De acordo com Staffen⁸, a globalização cria um território mundial, uma nova ordem supra e transnacional permitindo circulação de pessoas, ideologias, capitais, mercadorias, bens e serviços, diminuindo o poder estatal e instituindo instrumentos de governança global. A globalização ao expressar um novo ciclo de expansão do capitalismo como modo de produção e processo civilizatório de alcance mundial traz reflexos na esfera das imigrações, conseqüentemente nas relações interculturais⁹. Nas palavras de Staffen¹⁰, a globalização pode ser vista como um meio de integração e desenvolvimento em nível local, capaz de refletir visivelmente na esfera intercultural.

Como destaca Apel¹¹, a convivência entre as diversas culturas pode ser um importante fator para integração dos valores universais na diversidade cultural, fazendo com que haja respeito mútuo de valores morais universais, imprescindíveis a garantia da convivência entre diferentes povos. Diante das inúmeras culturas existentes mundialmente, o diálogo intercultural assume o papel de proteção aos padrões de moralidade jurídica existentes atualmente, os quais integram o quadro de direitos humanos, tornando-se exigências reciprocamente exigíveis entre os homens, como leciona Höffe¹².

⁴ PAREKH, Bhikhu. **Repensando el multiculturalismo**. Diversidad cultural y teoría política. Tradução de Sandra Chaparro. Madrid: Ediciones Istmo, 2000.

⁵ CANCLINI, Néstor García et al. **Diferentes, desiguales y desconectados**: mapas de la interculturalidad. Barcelona: Gedisa, 2004.

⁶ ORTIZ, Renato. **Mundialização e cultura**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

⁷ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo, respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

⁸ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

⁹ IANNI, Octavio. Globalização e a nova ordem internacional. In: REIS FILHO, D. A.; FERREIRA, J.; ZENHA, C., org. **O século XX, o tempo das dúvidas**: do declínio das utopias às globalizações. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

¹⁰ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**.

¹¹ APEL, Karl – Otto. **O problema do multiculturalismo à luz da ética do discurso**. p. 9-34.

¹² HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

2. OS DIREITOS HUMANOS COMO FONTE DE ACESSO A DEMOCRACIA

Os Direitos Humanos podem ser vistos como uma forma democrática de proteção aos diferentes grupos sociais. Para Flores¹³, os direitos humanos compõem a nossa racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Com o passar dos anos cada vez mais se ouve falar em Direitos Humanos, direitos esses que se referem às liberdades básicas de todo ser humano, como a liberdade de pensamento e de expressão e a igualdade de todos perante todos, e principalmente defronte a lei¹⁴.

A justicialização dos direitos humanos também pode ser vista como processo de reivindicação dos direitos dos cidadãos, dos mais diferentes grupos, caracterizados pela noção abrangente de justiça¹⁵. Segundo Flávia Piovesan¹⁶ os processos de justicialização dos direitos humanos, envolvem quatro dimensões:

- 1) fixam um consenso internacional sobre a necessidade de adotar parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos;
- 2) celebram a relação entre a gramática de direitos e a gramática de deveres; ou seja, os direitos internacionais impõe deveres jurídicos aos Estados, no sentido de respeitar, proteger e implementar os direitos humanos;
- 3) instituem órgãos de proteção, como meios de proteção dos direitos assegurados;
- 4) estabelecem mecanismos de monitoramento voltados a implementação de direitos internacionalmente assegurados.

Bobbio¹⁷, aduz que os aspectos presentes na sociedade em diferentes épocas e que prezaram sempre pela melhoria da condição do homem terminaram na reivindicação de liberdade e de direitos sinteticamente qualificados de Direitos Humanos. Contrária a ideia de Bobbio, Hannah Arendt¹⁸ destaca que os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Os direitos humanos num contexto simultaneamente cultural e global, são considerados como uma ferramenta de grande importância na criação de condições objetivas de diálogo intercultural e no fortalecimento da autonomia pessoal conforme preceitua Kymlicka¹⁹.

Por outro lado, o Kymlicka reflete sobre a ideia de que os direitos humanos por ainda estarem estritamente ligados à tradição liberalista acabam muitas vezes não reconhecendo de forma justa a representatividade das minorias, visto que refletem a defesa de interesses iminentemente individuais. Apesar do desapontamento sofrido pelos grupos minoritários, conforme alude Flores²⁰, os direitos humanos são fontes que salvaguardam a democracia em um contexto intercultural, representam a esperança de um horizonte moral, pautado pela gramática da inclusão, refletindo a plataforma

¹³ FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. **Direito e Democracia**, v. 4, n. 2, 2003.

¹⁴ **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948** – Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 27 de junho de 2020.

¹⁵ PIZZI, Jovino. Juridicidade, judicialização e justicialização: entre o direito positivo e a justiça. **Justiça, Teoria Crítica e Democracia**, p.180.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁷ BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. v. 1. Brasília: UnB, 1998.

¹⁸ ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. Rio de Janeiro: Documentário, 1979. Apud

¹⁹ KYMLICKA, Will. **La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía**. Grupo Planeta (GBS), 2003.

²⁰ FLORES, Joaquin Herrera. **Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência**.

emancipatória de nosso tempo, os quais são delineados na Declaração Universal dos Direitos Humanos²¹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos passou por um longo processo até sua real instituição. Em 16 de fevereiro de 1946 o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, decidiu criar uma Comissão de Direitos Humanos, a qual tinha o dever de desenvolver seus trabalhos em etapas. A primeira grande etapa se dava por elaborar uma declaração de direitos humanos, com base no artigo 55 da Carta das Nações Unidas; a segunda, produzir um documento mais complexo e abrangente que uma simples declaração; a terceira e última, o desenvolvimento de uma espécie de arma que assegurasse o respeito aos direitos humanos e tratar cautelosamente os casos que o violassem²²

Passo a passo, a declaração foi tomando forma e como se encontra redigida em seu próprio preâmbulo, a mesma teve boa parte inspirada nas atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948). Porém nem todos os países participantes das Nações Unidas concordavam e partilhavam da declaração, que embora tenha sido aprovada de forma unânime, os países de regime comunista abstiveram-se de votar.²³

Segundo Bobbio²⁴, as consequências lógicas do princípio de igualdade, podem ser vista como um dos pilares dos conteúdos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, abrindo novas dimensões aos Direitos Humanos e afirmando a validade e atualidade do texto setecentista. De maneira inovadora a Declaração de 1948 ainda introduz uma concepção atual de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade de tais direitos. Explica Piovesan:

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos cíveis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também são.²⁵

Considerando os aspectos interculturais e a diversidade dos povos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) desempenhou o papel da manifestação universal pelo reconhecimento da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, reconhecimentos trazidos em seu artigo 1: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

Indiscutivelmente, a Declaração Internacional dos Direitos Humanos representa todo o trajeto de um projeto de etnias que teve início com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, além da Revolução Francesa que formaram um compendio de valores sobre a dignidade da pessoa humana. Tal reconhecimento se dá um pouco tarde, depois de toda crueldade vivida na Segunda Grande Guerra Mundial, percebendo-se que a submissão de outras culturas perante uma representava um grande risco à sobrevivência da diversidade humana.²⁶

Neste mesmo contexto, as Nações Unidas aprovaram a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, ratificada por 167 países, inclusive o Brasil desde 1968. A

²¹ **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.**

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**.

²⁴ BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. p. 47.

²⁶ WEISSMANN, Lisette. Multiculturalidade, transculturalidade, interculturalidade. **Construção psicopedagógica**, v. 26, n. 27, p. 21-36, 2018.

mencionada Convenção aponta que “qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum”²⁷

Desta forma, de acordo com Flávia Piovesan²⁸, resta presumida a urgência na adoção de medidas imperativas com a finalidade de eliminar a discriminação em todas as suas formas e manifestações a fim de prevenir e combater doutrinas e práticas que interfiram diretamente no desenvolvimento dos movimentos interculturais. A universalização dos direitos humanos, representada principalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, permite a formação de um sistema de proteção acerca da consciência étnica compartilhada pelo mundo todo, invocando um consenso internacional perante a diversidade e permitindo a construção de um sistema democrático e igualitário para as diversas culturas.

3. A DEMOCRACIA E OS INTEGRANTES DO MOVIMENTO INTERCULTURAL

O conceito de democracia tem figurado de diversas formas com o passar dos anos, atualmente, Zambam explica que a democracia pode ser entendida como uma ferramenta na qual os cidadãos podem escolher seus representantes ou ainda discutir o acesso aos direitos fundamentais, sendo assim, a democracia passa a ser considerada como um fator de desenvolvimento social. Conforme elucida o autor, as mudanças das condições econômicas e dos direitos civis refletem diretamente nas oportunidades de inserção e atuação nas mais diversas instâncias sociais.²⁹

Ainda, segundo Zambam³⁰, a evolução nas formas de convivência humana, bem como as formas de superar situações que refletem negativamente no equilíbrio social, a exemplo das formas de preconceito quanto aos valores culturais ou a política e a religião, acabam superados quando há integração e interação sociais. A construção de um sistema democrático e igualitário que fosse capaz de derrubar barreiras entre as diferenças culturais, segundo Santos³¹, somente seria possível através da exigência do reconhecimento e da redistribuição, permitindo assim a realização da igualdade. Nesse sentido, o autor acrescenta que

[...]temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.³²

De acordo com Piovesan³³, para que haja efetivamente uma garantia do pleno exercício dos direitos civis e políticos, tal como dos direitos sociais, econômicos e culturais, sob a perspectiva de uma repressão punitiva, há a urgência na erradicação de todos os meios de discriminação. Medidas proibitivas de atos discriminatórios cumulada a políticas compensatórias são imprescindíveis para que acelerem a igualdade entre as mais diversas culturas, na construção de uma democracia que alcance a todos. Nesse sentido, Flávia, salienta que são “essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão

²⁷ BRASIL. **Decreto nº 65.810 de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em 28 de julho de 2020.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas**. Brasília: Secad/MEC, 2005.

²⁹ZAMBAM, Neuro José. John Rowls e a educação para a democracia. **Argumentos: Revista de Filosofia**. Fortaleza, ano 10, n. 19, p. 129-138, jan.-jun. 2018.p.135.

³⁰ZAMBAM, Neuro José. **Amartya Sen: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável**. Passo Fundo: IMED, 2012.

³¹SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Civilização brasileira, 2003.

³²SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. p. 56.

³³ PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. 2005.

de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.³⁴

A igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão/exclusão.” O direito à igualdade é indispensável para que haja a implementação de um projeto democrático, consoante explica a autora, a democracia é sinônimo de igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Diante da instauração de processos democráticos frente as mais diversas culturas, “a democracia confunde-se com a igualdade, a implementação do direito à igualdade, por sua vez, impõe tanto o desafio de eliminar toda e qualquer forma de discriminação como o desafio de promover a igualdade.”³⁵

A interculturalidade tem importante papel na construção de uma sociedade democrática. Walsh³⁶, destaca que os movimentos interculturais são como uma ferramenta que “aponta e requer a transformação das estruturas, instituições e relações sociais, e a construção de condições de estar, ser, conhecer, aprender, sentir e viver distintas”. Consoante, a aquiescência do direito dos povos encontra amparo na reciprocidade que os mesmos têm em conviver de maneira pacífica e justa com outros povos.³⁷

Os direitos humanos exercem importantes funções frente a efetivação da democracia, a obediência a tais direitos se faz imperiosa na política da sociedade e sua respectiva ordem jurídica, conforme explica Rawls³⁸. Segundo o mesmo autor, os direitos humanos são vistos como um aglomerado de direitos que se baseia num regime democrático liberal, ou seja, reconhecidos de forma constitucional e aceitos por sociedade de povos politicamente justos. Como aborda Zambam, a igualdade e a liberdade, bem como os princípios de justiça, tem como intuito marcar o bem comum. Neste sentido o autor discorre: “uma constituição democrática tem como condão materializar e sintetizar a razão pública, ao passo que são possíveis estabelecer acordos e garantias indispensáveis para a condição de justiça”³⁹

De acordo com Flávia Piovesan⁴⁰, o respeito ao direito da igualdade entre as culturas, tem de ser um imperativo ético-político-social, o qual seja suficientemente apto a desestabilizar toda a história de discriminação de determinados povos, o que sempre impediu o pleno exercício de direitos e liberdades fundamentais e conseqüentemente a construção de um sistema democrático e garantidor de direitos. Afinal, conforme as palavras de Zambam⁴¹, a “característica da diversidade em sociedades plurais e democráticas, acentuadas por valores, princípios e costumes formam a identidade da sociedade que embora plural possui consenso nos valores políticos possibilitando assim a convivência.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O quadro conceitual da interculturalidade vai muito além de um conjunto cultural, traz consigo exigências como a interação, inter-relação e diálogo entre os povos. Diante deste entendimento bem como de um olhar analítico que visa os direitos humanos como fonte garantidora de direitos a nível mundial, capaz de colaborar abundantemente na construção de sociedades interculturais democráticas, foi norteadada a discussão desta pesquisa.

Nesse sentido, o presente estudo teve como intuito destacar a importância dos direitos humanos

³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. p.49.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. p.52.

³⁶ WALSH, Catherine. Interculturalidade crítica e educação intercultural. **Construindo interculturalidade crítica**, v. 75, p. 96, 2010.

³⁷ SEMPRIMI, Andréa. **Multiculturalismo**. Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999.

³⁸ RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

³⁹ ZAMBAM, Neuro José. **John Rowls e a educação para a democracia**. p.135.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. 2005.

⁴¹ ZAMBAM, Neuro José. **John Rowls e a educação para a democracia**. p.135.

como ferramenta de defesa aos adeptos do movimento intercultural e a construção da democracia, evidenciando a importância de se estabelecer bons argumentos para a efetivação e o respeito universal aos direitos humanos. O embasamento se dá na tradição e na história dos movimentos interculturais, os quais continuam sendo decisivos na promoção de novas teorias, propiciando viabilizar a construção de uma sociedade democrática, independentemente da cultura prevalecente em determinada sociedade.

Dentre as questões, a pesquisa buscou trazer questionamentos e referencial teórico capazes de instigar novas respostas que sejam capazes de desmitificar tanto no mundo acadêmico, como no convívio social, formas concretas de construção de uma sociedade democrática, que priorize o respeito aos direitos humanos e conviva pacificamente com as diversas culturas existentes.

Os constantes questionamentos acerca do tema, além dos debates travados atualmente a respeito da interculturalidade, torna-se cada dia mais relevante ao presenciar a evolução destes movimentos movida pela globalização. A criação de políticas públicas de inclusão entre as diversas culturas, bem como de respeito aos direitos humanos, tornam-se instrumentos de política necessários ao desenvolvimento humano e social, em busca de um sistema de tratamento igualitário.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

APEL, Karl – Otto. O problema do multiculturalismo à luz da ética do discurso. In: **ETHICA- Cadernos Acadêmicos**, v.7. Rio de Janeiro, 2000, p. 9-34.

ARENDT, Hannah. As Origens do Totalitarismo. Rio de Janeiro: Documentário, 1979. Apud PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. **Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas**. Brasília: Secad/MEC, 2005.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo, respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. v. 1. Brasília: UnB, 1998.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 28 de jul. 2020.

CANCLINI, Néstor García et al. **Diferentes, desiguales y desconectados: mapas de la interculturalidad**. Barcelona: Gedisa, 2004.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948 – Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 27 de jun. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. **Direito e Democracia**, v. 4, n. 2, 2003.

IANNI, Octavio. Globalização e a nova ordem internacional. In: REIS FILHO, D. A.; FERREIRA, J.; ZENHA, C., org. **O século XX, o tempo das dúvidas: do declínio das utopias às globalizações**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

- KYMLICKA, Will. **La política vernácula**: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía. Grupo Planeta (GBS), 2003.
- KREUTZ, Lúcio. Identidade étnica e processo escolar. **Cadernos de pesquisa**, n. 107, p. 79-96, 1999.
- WEISSMANN, Lisette. Multiculturalidade, transculturalidade, interculturalidade. **Construção psicopedagógica**, v. 26, n. 27, p. 21-36, 2018.
- ORTIZ, Renato. **Mundialização e cultura**. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- PAREKH, Bhikhu. **Repensando el multiculturalismo**. Diversidad cultural y teoría política. Tradução de Sandra Chaparro. Madrid: Ediciones Istmo, 2000.
- PANIKKAR, Raimundo. **Sobre el diálogo intercultural**. Tradução de J. R. Lopes de La Osa. Salamanca: Editorial San Esteban, 1990.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PIOVESAN, Flávia; GUIMARÃES, Luis Carlos Rocha. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. **Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade**, 1998.
- PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, 2005.
- PIZZI, Jovino. Juridicidade, judicialização e justicialização: entre o direito positivo e a justiça. **Justiça, Teoria Crítica e Democracia**, p. 174.
- RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Civilização brasileira, 2003.
- STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.
- SEMPRIMI, Andréa. **Multiculturalismo**. Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999.
- WALSH, Catherine. Interculturalidade crítica e educação intercultural. **Construindo interculturalidade crítica**, v. 75, p. 96, 2010.
- ZAMBAM, Neuro José. Amartya Sen: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: IMED, 2012.
- ZAMBAM, Neuro José. John Rowls e a educação para a democracia. **Argumentos: Revista de Filosofia**. Fortaleza, ano 10, n. 19, p. 129-138, jan.-jun. 2018.

A ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO À DE ESCRAVO NO BRASIL: CASO FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL

Vitória Piucco¹

Stéfani Versa Brunetto²

Patrícia Grazziotin Noschang³

INTRODUÇÃO

O Brasil ratificou instrumentos internacionais de grande importância, no qual o comprometem na atuação ao trabalho em condição análoga a de escravo. Sendo eles: a Convenção sobre Escravatura de 1926, a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956, Estatuto do Tribunal Penal Internacional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Protocolo do Tráfico, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenções nº 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Entretanto, apesar desses mecanismos, no ano de 2016, o Brasil foi condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, pela violação dos arts. 6º, 8º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tornando assim, o primeiro país a ser responsabilizado internacionalmente pela prática da escravidão.

O comprometimento com os direitos humanos intensifica a obrigação que o Brasil deve assumir referente aos seus compromissos nacionais e também internacionais, pois ao ratificá-los deve cumpri-lo.

Entretanto, o Brasil vem adotando algumas medidas para visar à erradicação do trabalho escravo. Destaca-se a atuação da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE) responsável pelo Primeiro e Segundo Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo e o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), onde possui como objetivo fiscalizar os crimes apurando as denúncias do trabalho escravo. Outra medida é a publicação da “lista suja” que serve como base para as empresas do Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo e Cadeia Produtiva de Trabalho Escravo.

Após análise, chega-se a conclusão que as leis e tratados tem sido insuficientes para resolver o problema. Sendo necessário estudar os diversos mecanismos existentes e o motivo pelo qual se está perpetuando essa prática.

¹ Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Bolsista PROBIC/FAPERGS. E-mail: viipiucco@gmail.com.

² Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela IMED. Pós-Graduada em Direito Penal pela Damásio de Jesus. E-mail: stefanibrunetto@gmail.com.

³ Doutora e Mestre em Direito Internacional pelo PPGD/UFSC, Professora na Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Passo Fundo/RS. Membro do Módulo Jean Monnet CCIJ/UFSC. Contato: patriciagn@upf.br.

1. TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS RELACIONADOS À REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO

Dentre os tratados internacionais ratificados pelo Brasil para combater o trabalho em condição análoga a de escravo está a Convenção nº 29 e nº 105 da OIT, a Convenção sobre Escravatura de 1926, a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956, Estatuto do Tribunal Penal Internacional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

A Convenção nº 29 da OIT teve sua vigência no Brasil em 25 de abril de 1958 e aborda sobre a definição de trabalho forçado ou obrigatório em seu art. 2º, onde o trabalho forçado “é todo trabalho ou serviço, exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”. Designa ainda em seu art. 1º que os Estados que ratificassem a Convenção são obrigados a adotar medidas para suprimir o trabalho forçado ou obrigatório.

A Convenção de nº 105 de 1957 aborda o tema da Abolição do Trabalho Forçado e impõe aos Estados a obrigação de abolir o trabalho forçado como meio de coerção ou de educação política; a punição para pessoas que expressem opiniões políticas ou participem em greves; a utilização de trabalho forçado para o desenvolvimento econômico e sua realização como forma de discriminação racial, social, nacional ou religiosa⁴. A mesma foi adotada no Brasil em 18 de junho de 1966.

Ademais, a Convenção é clara no sentido de que não será usado o trabalho forçado “sob forma alguma”, como medida de disciplina no trabalho.

A Convenção sobre a Escravatura foi assinada em 25 de setembro de 1926, em Genebra, e ratificada pelo Brasil em 1966. A Convenção em seu artigo 1º define trabalho escravo como sendo “o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade”.

A Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura foi adotada em 7 de setembro de 1956 e adotada no Brasil em 1966. Sucedeu a Convenção sobre Escravatura de 1926, com o intuito de intensificar os esforços para abolir a escravidão, o tráfico de escravos e as instituições e práticas análogas a escravidão. É definida a escravidão como “o estado ou a condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou parte dos poderes atribuídos ao direito de propriedade”⁵.

O Brasil é signatário desde 1992 do Pacto de San José da Costa Rica, no qual foi compilado e assinado em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica. No art. 6º do Capítulo II, a Convenção veda a submissão de qualquer pessoa a escravidão ou servidão, que são proibidas em todas as suas formas, onde ninguém deve ser constrangido a executar o trabalho forçado ou obrigatório⁶.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional estipula que a escravidão constitui crime contra a humanidade, sendo “o exercício relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças” (art. 7.2, “c”)⁷.

⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **O que é o trabalho forçado?** Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalhoescravo/WCMS_393058/lang-pt/index.htm#:~:text=A%20OIT%20tamb%C3%A9m%20possui%20outra,participem%20em%20greves%3B%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 24 set. 2020.

⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 174-175.

⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. p. 326.

⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. p. 176.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) foi adotado no Brasil em 6 de julho de 1992, onde prevê em seu art. 8.1 e 8.2 que “ninguém poderá ser submetido à escravidão”, além que, “a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos” e que “ninguém poderá ser submetido à servidão”. Na Parte III, o PIDCP anuncia o rol dos direitos nele protegidos, onde em seu art. 8º proíbe todas as formas de escravidão e tráfico de escravos⁸

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi adotado em 1966 juntamente com o PIDCP e entrou em vigor apenas em 1976. No Brasil, o mesmo entrou em vigor em 7 de julho de 1992. É considerado um marco, pois venceu a resistência de vários Estados e da doutrina, que viam os direitos sociais apenas como meras recomendações⁹.

Na parte III, o PIDESC elenca em seu art. 7º o direito ao gozo de condições de trabalho equitativas e satisfatórias, com remuneração mínima, igualdade de valor sem distinções, segurança e higiene no trabalho, igualdade de oportunidade de promoção no trabalho, além de descanso, limitação de jornada e férias periódicas pagas e remuneração dos feriados¹⁰, ou seja, todas as condições equitativas e satisfatórias de trabalho.

A diferença entre os Pactos de 1966 diz respeito ao seu endereçamento, pois o PIDCP estabelece direitos endereçados aos indivíduos, enquanto o PIDESC estabelece deveres aos Estados.

Apesar desses mecanismos internacionais, não foram o suficiente para evitar a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. A (IN) EFICÁCIA DOS TRATADOS PARA A ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL

As ações referentes à verdadeira abolição da condição análogas a de escravo no Brasil tornou-se mais visível em 1995, momento em que o país admite para a comunidade internacional a veracidade da existência de pessoas em condições escravistas em território nacional.

Em 1993, a Central Latino-Americana de Trabalhadores (CLAT) apresentou uma reclamação contra o Brasil, baseada no artigo 24 da Constituição da OIT, alegando a inobservância das Convenções 29 e 105 sobre o trabalho forçado. Dessa forma, órgãos como a OIT e a Organização das Nações Unidas - ONU “recomendaram” ao país em questão, que tomasse uma série de medidas a respeito¹¹.

As reclamações em questão eram sobre o caso do José Pereira Ferreira, com 17 anos, e um companheiro de trabalho que tentaram escapar de pistoleiros que impediam a saída de trabalhadores da fazenda Espírito Santo, cidade de Sapucaia, sul do Pará, Brasil, em setembro de 1989. Após a fuga, foram emboscados, mas José Pereira conseguiu fugir e buscar ajuda, denunciando a situação à Polícia Federal.

Assim, a CPT e as organizações não-governamentais *Center for Justice and International Law* - CEJIL e *HumanRightsWatch* apresentaram uma denúncia em 1994 à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)¹².

Apenas em 2003 houve a resolução do caso *José Pereira vs. Brasil*, no qual as partes assinaram um Acordo de Solução Amistosa perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esse acordo estabelecia

⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. p. 161-176.

⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. p. 167.

¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. p. 168.

¹¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil** / International Labour Office; ILO Office in Brazil. - Brasília: ILO, 2010 1 v. p. 32.

¹² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil**. p. 28.

o reconhecimento público por parte do Estado brasileiro de sua responsabilidade no caso mencionado, o amparo financeiro à vítima pelos danos causados, o julgamento e punição dos responsáveis e a criação de medidas de fiscalização e repressão do trabalho escravo no Brasil¹³.

Em outubro de 2016 a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. Em razão, sucintamente, de não ter adotado as medidas necessárias para impedir a prática do trabalho escravo, bem como não ter apurado a punição aos responsáveis.

Desde 1989, na Fazenda supracitada, centenas de trabalhadores eram submetidos ao trabalho escravo. Além disso, tinham os seus documentos apreendidos, trabalhavam mediante ameaça, violência, forte vigilância armada, possuíam precárias condições de higiene e moradia. Não havia tratamento de água e esgoto, não existiam banheiros, refeitório, armários e camas e o pavimento era coberto apenas por lona. A alimentação era insuficiente e elaborada em péssimas condições sanitárias, ainda era cobrada dos trabalhadores. Verificou-se também que os trabalhadores não tinham permissão de deixar a fazenda¹⁴

Em novembro de 1998 a Comissão Pastoral da Terra, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional, representando os trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, apresentaram a petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁵.

Em novembro de 2011 a CIDH emitiu o Relatório de Admissibilidade e Mérito, determinando várias recomendações ao Estado Brasileiro. Mas diante da omissão do Estado em apurar a prática de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde, em 04 de março de 2015 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte Interamericana a análise e julgamento do caso¹⁶.

A Corte apontou que os trabalhadores vítimas, submetidos ao trabalho escravo, eram na sua maioria afrodescendentes, analfabetos ou com pouca instrução escolar, moradores de Municípios localizados no interior do Estado do Pará ou estados vizinhos, e que vivam em condições de pobreza. Trabalhavam com jornada de 12 horas diárias, com intervalo de meia hora e com apenas um dia de descanso semanal. Seus salários eram extremamente baixos e apenas eram pagos se alcançassem uma meta, e ainda havia os descontos salariais, em razão da alimentação e hospedagem¹⁷.

Nesse contexto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, submeteu a petição a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo a primeira a violar os artigos 6, 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim tornando o Brasil o primeiro país a ser condenado pela prática da escravidão.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe em seu art. 6º sobre a proibição da escravidão e da servidão:

Artigo 6. Proibição da escravidão e da servidão

¹³ **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

¹⁴ ILKIU, Júlia Aliot da Costa; GOMES, Eduardo Biacchi. **A Condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil.** p. 109.

¹⁵ NOSCHANG, Patricia Grazziotin. **Aplicação do controle de convencionalidade para erradicação da escravidão no Brasil: o caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde C. Brasil.** Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Organizadores João Otávio de Noronha, Paulo Pinto de Albuquerque. – 1 ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 15.

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Fazenda Brasil Verde VS. Brasil.** Sentença 20 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em 25 set 2020. p. 90-91.

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Fazenda Brasil Verde VS. Brasil.** p. 44-59.

1. Ninguém pode ser submetido à escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso¹⁸

Dessa forma, a Corte chegou ao entendimento que trabalho escravo contemporâneo não se limita à propriedade sobre a pessoa, mas se caracteriza com dois fatores: o estado ou condição de um indivíduo, de modo a ser desnecessário documento formal ou norma jurídica para a caracterização da escravidão; e o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade, isto é, que o escravizador exerça poder ou controle sobre a pessoa escravizada ao ponto de anular a personalidade da vítima¹⁹.

A respeito dos atributos do direito de propriedade, a Corte considerou que devem ser analisados os seguintes elementos:

a) restrição ou controle da autonomia individual; b) perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa; c) obtenção de um benefício por parte do perpetrador; d) ausência de consentimento ou de livre arbítrio da vítima, ou sua impossibilidade ou irrelevância devido à ameaça de uso da violência ou outras formas de coerção, o medo de violência, fraude ou falsas promessas; e) uso de violência física ou psicológica; f) posição de vulnerabilidade da vítima; g) detenção ou cativeiro, i) exploração²⁰.

Diante do caso concreto, o Tribunal entendeu que a situação dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde caracterizou-se como trabalho escravo. Determinando que o Brasil deveria exercer o controle de convencionalidade interno, aplicando as normas internacionais a que está vinculado. Esse controle de convencionalidade deve ser realizado pelo Estado brasileiro toda vez que ratifica um tratado, no qual não foi feito, realizando as adequações necessárias no seu ordenamento jurídico interno para que a norma internacional passe a ser efetiva, sem entraves ou confrontos com o direito interno²¹.

Verifica-se a realidade social de exclusão e miséria no qual os trabalhadores da Fazenda Brasil Verde foram vítimas, além do sistema ineficiente da justiça brasileira, não sendo capaz de conceder seus direitos básicos. Nos dois casos mencionados, há um total descompromisso por parte do Brasil, não cumprindo com o controle de convencionalidade em relação à erradicação do trabalho escravo. Assim, no próximo capítulo, serão abordadas formas de coibir as novas modalidades do labor análogo à escravidão, no qual se torna cada vez mais presente.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS EXECUTADAS PELO BRASIL

A partir de 1995, quando o Brasil reconhece a existência do trabalho escravo, algumas políticas públicas de combate ao trabalho escravo foram formuladas.

A CONATRAE é responsável pelo Primeiro e Segundo Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do

¹⁸ **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

¹⁹ ILKIU, Júlia Aliot da Costa; GOMES, Eduardo Biacchi. **A Condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil.** p. 113-114.

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Fazenda Brasil Verde VS. Brasil.** p. 68.

²¹ NOSCHANG, Patricia Grazziotin. **Aplicação do controle de convencionalidade para erradicação da escravidão no Brasil: o caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde C. Brasil.** Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. p. 503.

Trabalho Escravo. Possui como objetivo fiscalizar as metas propostas pelo Governo Brasileiro no Acordo de Solução Amistosa assinado perante a CIDH.

Consiste em um órgão vinculado à Secretaria Especial dos Direitos Humanos, sendo formada por representantes dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e ainda pelos seguintes Ministérios: Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Defesa; Desenvolvimento Agrário; Meio Ambiente; Previdência Social; Trabalho e Emprego²².

O Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo foi lançado em 11 de março de 2003 e reúne 76 medidas de combate ao trabalho escravo. Ressalta a apresentação do plano que:

Consciente de que a eliminação do trabalho escravo constitui condição básica para o Estado Democrático de Direito, o novo Governo elege como uma das principais prioridades a erradicação de todas as formas contemporâneas de escravidão. E o enfrentamento desse desafio exige vontade política, articulação, planejamento de ações e definição de metas objetivas²³.

No que concerne ao primeiro Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo foi criado setenta e seis medidas agrupadas em seis blocos, sendo elas: ações gerais; melhoria na estrutura administrativa do Grupo de Fiscalização Móvel; melhoria na estrutura administrativa da ação policial; melhoria na estrutura administrativa do Ministério Público Federal e do Trabalho; ações específicas de promoção da cidadania e combate a impunidade e ações específicas de conscientização, capacitação e sensibilização²⁴.

Para fins de fiscalização dos resultados, o Plano possui um procedimento coordenado pela Auditoria-Fiscal do Trabalho, no qual monitora as ações fiscais de combate ao trabalho escravo. As respostas a esses quesitos devem ser explicitadas à Secretaria de Inspeção do Trabalho e a Divisão de Fiscalização (DETRAE/SIT) para comprovar a ocorrência de violações penais, trabalhistas, previdenciárias, ambientais e de direitos humanos. Além disso, deve conter todas as ações de fiscalização, como número de operações, número de fazendas fiscalizadas, trabalhadores registrados, trabalhadores libertados, pagamento de indenizações e autos de infrações lavrados, de modo a promover a correção e regularização dessas condutas²⁵.

Entretanto, estes são os únicos dados de acompanhamentos feitos pela secretaria mensalmente, onde os resultados são poucos compartilhados, não existindo uma definição clara e precisa de critérios ou indicadores para o monitoramento.

A avaliação do Primeiro Plano foi realizada em 2005, através da OIT que produziu o relatório "Trabalho escravo no Brasil do século XXI", em parceria com diversos agentes, entidades e órgãos envolvidos nas políticas de combate à escravidão. A avaliação foi efetuada com base nos dados estatísticos de indicadores do combate ao trabalho escravo; na análise dos projetos de prevenção e repressão relacionados ao tema; avaliação dos representantes das principais instituições envolvidas além do engajamento e participação política dos responsáveis políticos pelas metas²⁶.

²² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. p. 573.

²³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Secretaria Especial dos Direitos Humanos**. Brasília: OIT, 2003.

²⁴ DIAS, Priscila Tamara Menezes. **Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil: ambivalências e ambiguidades na operacionalização da política**. Belém, 2011. p. 115.

²⁵ DIAS, Priscila Tamara Menezes. **Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil: ambivalências e ambiguidades na operacionalização da política**. p. 116.

²⁶ DIAS, Priscila Tamara Menezes. **Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil: ambivalências e ambiguidades na operacionalização da política**. p. 117.

Dentro dos seis grandes eixos de metas contidos no Primeiro Plano, pelos quais se orientaram a análise, foi possível afirmar que o Brasil apesar de ter avançado em termos de mobilização da consciência nacional, na sensibilização, capacitação de atores para o combate a essa prática e nos mecanismos de repressão, na análise da situação destas metas afirmou-se também que o Primeiro Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo foi parcialmente cumprido²⁷.

Através do Primeiro Plano, o Brasil foi intitulado em 2005 de “uma aliança global contra o Trabalho Forçado”, como referência internacional no combate ao trabalho forçado. Entretanto, segundo Schwarz, das setenta e seis metas contidas no plano ainda faltava muito para obter a efetividade. Entretanto, verificando-se as reincidências de infratores e vítimas, a impunidade e da pobreza, nas quais se fundamenta a escravidão brasileira contemporânea e, para isso, deveriam ser privilegiadas as demandas sociais debilitadas inicialmente, voltado às políticas de emprego, renda e da redução das desigualdades sociais²⁸.

Em 2008, foi elaborado o II Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo com mais 66 metas, agrupadas em ações gerais, ações de enfretoamento e repressão, ações de reinserção e prevenção, ações de informação e capacitação e ações específicas de repressão econômica, tido como prioridade do Estado Brasileiro.

Dentre as ações executadas pelo Governo Federal, ganha destaque o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM). Criado em 1995, possui como objetivo fiscalizar os crimes apurando as denúncias de trabalho escravo *in loco*, autuando os proprietários das fazendas onde foram encontrados trabalhadores em condições análogas à escravidão e libertando os trabalhadores²⁹.

Porém, riscos e dificuldades marcam suas atuações, como a presença constante de ameaças e ataques advindos dos fazendeiros, o que gera insegurança entre os fiscais do Governo e, conseqüentemente, gerando um dos principais motivos do não cumprimento de metas relacionadas à melhoria de estrutura para o grupo móvel de fiscalização³⁰.

Conquanto sejam degradantes as condições de labor em quase todos os processos que envolvam trabalho escravo, quase todos os trabalhadores resgatados pela equipe de fiscalização veem a situação de dominação e exploração a que estão submetidos como natural. Esses trabalhadores muitas vezes são aliciados novamente para trabalhar em outras fazendas ou na mesma da qual foram resgatados. Essa atitude de submissão e de aceitação do desamparo é fator que contribui para a perpetuação do trabalho escravo³¹.

Entretanto, quando finalmente alguns escravos conseguem fugir das fazendas e possuem a possibilidade de prestar queixas, não o fazem, pois apesar da seriedade de policiais e de autoridades locais, há casos de pessoas desses grupos ligados aos fazendeiros.

Outra medida que vem sendo adotada na tentativa de atingir economicamente quem se vale do trabalho escravo é a publicação da “lista suja” no Brasil pelo governo federal.

A “lista suja” foi instituída através das Portarias nº. 540 do MTE que divulga a cada semestre o

²⁷ DIAS, Priscila Tamara Menezes. **Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil: ambivalências e ambiguidades na operacionalização da política.** p. 117.

²⁸ DIAS, Priscila Tamara Menezes. **Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil: ambivalências e ambiguidades na operacionalização da política.** p. 118.

²⁹ **Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil.** p. 128.

³⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil.** p. 130.

³¹ ROCHAS, Jan et al. **Report on a supplementary study of the magnitude of slave labor in Brazil** (relatório inédito). Brasília: International Labor Organization, 2003.

nome das pessoas físicas ou jurídicas que utilizam o trabalho escravo em suas atividades, tornando público seus nomes. Outra consequência é a proibição de receber financiamento de instituições públicas ou privadas³².

Os procedimentos de inclusão e exclusão dos nomes dos empregadores são determinados pela Portaria Interministerial nº. 2/2011 do Ministério do Trabalho e Emprego e da Secretaria de Direitos Humanos. A Portaria estabelece que a inclusão do nome do infrator no Cadastro ocorrerá após decisão administrativa relativa ao auto de infração, lavrado em decorrência de ação fiscal, em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos ao trabalho escravo. Por sua vez, as exclusões derivam do monitoramento, direto ou indireto, pelo período de dois anos da data da inclusão do nome do infrator no Cadastro, visando verificar a não reincidência na prática do trabalho escravo e do pagamento das multas resultantes da ação fiscal³³.

Mesmo atuando de forma irregular, as empresas flagradas na exploração do trabalho escravo recorrem ao Judiciário para retirar o seu nome da “lista suja”, sob a alegação de difamação a sua imagem, onde infelizmente conseguem liminares que lhes dão o direito de não ter o seu nome incluído no referido cadastro³⁴

Além disso, a “lista suja” serve de base para as empresas do Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo e a Cadeia Produtiva de Trabalho Escravo.

O objetivo do Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo e a Cadeia Produtiva de Trabalho Escravo é informar a sociedade brasileira, a indústria e os mercados consumidores sobre a existência da mão-de-obra escrava na origem da cadeia de produção de diversas mercadorias comercializadas no país. A eficácia está no crescente “consumo consciente” em que os consumidores dão importância ao respeito às leis sociais, trabalhistas e ambientais por parte de uma empresa na hora de optar pela compra de um bem. Assim, de certa forma, consumir um produto associado ao trabalho escravo torna o consumidor parte dessa cadeia produtiva³⁵.

O Pacto Nacional é um compromisso voluntário assumido por empresas que visam dignificar e modernizar as relações de trabalho em suas cadeias produtivas, ou seja, nas relações de trabalho em todos os segmentos econômicos³⁶

Além disso, a Portaria Interministerial nº. 2/2011 estabelece relações comerciais com empregadores flagrados com atividade análoga a de escravos, e também para bancos públicos, que usam a tabela como referência para concessão de créditos. Devido o compromisso assumido pelas empresas em promover ações de responsabilidade social empresarial junto na prevenção e erradicação do trabalho escravo, em novembro de 2013, foi fundado o Instituto Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo³⁷.

O Instituto tem como objetivo fortalecer e ampliar as ações realizadas pelo Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo e tem como missão promover a prevenção e a erradicação do trabalho

³² VIANA, Márcio Túlio. **Trabalho escravo e “lista suja”**: um modo original de se remover uma mancha. In: Organização Internacional do Trabalho. Possibilidades jurídicas de combate à escravidão contemporânea. Brasília: OIT, 2007. p. 32-60. NAMATRA/ LTr, 2006. p. 49.

³³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Diálogos da Cidadania: Enfrentamento ao trabalho escravo**. Ed. revisada. Agosto/2014. p. 26.

³⁴ SIQUEIRA, Túlio Manoel Leles de. **O Trabalho escravo perdura no Brasil do século XXI**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.52, n.82, p.127-147, jul./dez.2010. p. 142.

³⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil**. p. 154.

³⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil**. p. 157.

³⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Diálogos da Cidadania: Enfrentamento ao trabalho escravo**. p. 32.

escravo no Brasil nas cadeias produtivas de empresas nacionais e internacionais³⁸

O Brasil é Estado Parte de diversos organismos internacionais e tem como dever cumprir com as determinações por eles adotadas, bem como na temática específica referente à erradicação do trabalho escravo. Mas ainda há muitos obstáculos, como no caso da condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no qual demonstra que a política de erradicação ao trabalho escravo no Brasil está apenas no papel e carece de fiscalização e combate efetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dos tratados internacionais proibindo a prática do trabalho escravo no Brasil, tal situação ainda se faz presente, expressando-se assim a continuidade das ações já implantadas e no desdobramento de novas.

Conclui-se que o contínuo trabalho escravo somado à omissão do Estado na realização de políticas públicas corroboram com a exclusão social e econômica de parcela da população brasileira e a submissão a trabalhos escravos.

Medidas devem ser tomadas para que envolvam soluções voltadas à diminuição da impunidade dos empregadores condenados pela prática de trabalho escravo e à garantia de emprego nas regiões fornecedoras de mão-de-obra escrava. A participação da sociedade e o compromisso do Estado com a promoção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no trabalho são aspectos fundamentais para a superação desse problema. Além disso, o trabalho em condições análogas à escravidão deve ser abolida definitivamente, tanto nas relações de trabalho quanto do imaginário social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL, Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. II Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo / Secretaria Especial dos Direitos Humanos. – Brasília: SEDH, 2008.

Constituição da OIT e Declaração da Filadélfia. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 nov. 2019.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Fazenda Brasil Verde VS. Brasil.** Sentença 20 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em 25 set 2020.

DIAS, Priscila Tamara Menezes. **Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil: ambivalências e ambiguidades na operacionalização da política.** Belém, 2011.

ILKIU, Júlia Aliot da Costa; GOMES, Eduardo Biacchi. A Condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Diálogos da Cidadania: Enfrentamento ao trabalho escravo.** Ed. revisada.

³⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Diálogos da Cidadania: Enfrentamento ao trabalho escravo.** p. 33.

Agosto/2014.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin. **Aplicação do controle de convencionalidade para erradicação da escravidão no Brasil: o caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde C. Brasil.** Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Organizadores João Otávio de Noronha, Paulo Pinto de Albuquerque. – 1 ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil / International Labour Office; ILO Office in Brazil.** - Brasília: ILO, 2010 1 v.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília: OIT, 2003.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **O que é o trabalho forçado?** Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalhoescravo/WCMS_393058/lang--pt/index.htm#:~:text=A%20OIT%20tamb%C3%A9m%20possui%20outra,participem%20em%20greves%3B%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 24 set. 2020.]

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 6ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ROCHAS, Jan et al. **Report on a supplementary study of the magnitude of slave labor in Brazil** (relatório inédito). Brasília: International Labor Organization, 2003.

SIQUEIRA, Túlio Manoel Leles de. **O Trabalho escravo perdura no Brasil do século XXI.** Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.52, n.82, p.127-147, jul./dez. 2010.

VIANA, Márcio Túlio. **Trabalho escravo e “lista suja”:** um modo original de se remover uma mancha. In: Organização Internacional do Trabalho. Possibilidades jurídicas de combate à escravidão contemporânea. Brasília: OIT, 2007. p. 32-60. NAMATRA/ LTr, 2006.

ARTIGOS GT 4 – PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS

O PAPEL DA GENERIFICAÇÃO NO EXERCÍCIO DO CONTROLE BIOPOLÍTICO DOS CORPOS

Ariane Faverzani da Luz¹

Mariana Chini²

INTRODUÇÃO

O conceito de gênero ultrapassou a ligação estrita com a biologia para revelar a sua associação com a discursividade e com as construções sociais. A partir disso, as características e diferenças dos corpos são valoradas a ponto de determinarem aquelas que podem ser consideradas naturais - e, conseqüentemente, aceitáveis - ou inadequadas, devendo ser refutadas de imediato.

Com isso, denota-se que o gênero pode ser um mecanismo de produção de poder ao considerar a sua essencialidade no estabelecimento do que é certo ou errado no âmbito social, bem como a sua capacidade de fundamentar lutas políticas e, até mesmo, cenários de exclusão e de violação. Ao reconhecer as repercussões da generificação, vislumbra-se que a sua atuação pode ser efetivada por meio de um controle biopolítico, o qual utiliza características biológicas para estipular uma estratégia política e geral de poder.

Nesse sentido, utilizando-se do escopo teórico-bibliográfico e do método hipotético-dedutivo, o presente artigo científico busca analisar a generificação sob o viés do controle biopolítico dos corpos. Para tanto, em um primeiro momento, apresenta uma breve abordagem teórica sobre gênero, de acordo com os ensinamentos de Judith Butler, destacando-se o seu envolvimento com as construções sociais, com a superação do binarismo naturalizado, bem como a sua potencialidade de produzir poder.

Em seguida, expõe a biopolítica e suas vertentes, já que se revela como uma ferramenta de poder que tende a governar não apenas os indivíduos mediante procedimentos disciplinares, mas, sim, a vida das populações. Por fim, alude, especificamente, sobre a vinculação entre a generificação e a biopolítica com o intuito de instituir sujeitos homogêneos e regrados.

1. APORTES TEÓRICOS SOBRE GÊNERO EM JUDITH BUTLER

Inicialmente, revela-se necessário aludir acerca da conceituação do termo “gênero”, haja vista que a ideia primária ligada às características biológicas e/ou naturais do corpo humano se encontra superada. Sendo assim, o gênero está relacionado com as construções sociais que definem a função exercida por cada indivíduo no organograma social, uma vez que “[...] as diferenças sexuais não são por si só determinantes

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF) com auxílio CAPES. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Especialista em Ciências Criminais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Meridional (IMED). Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Advogada. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: 115907@upf.br.

² Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF) com auxílio CAPES. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (UNINTER). Especialista em Teologia (UNESA). Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais (UPF). Bacharela em Filosofia (UNISUL). Integrante do Projeto de Pesquisa “Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma ‘nova política’” (UPF-RS). Sarandi, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: 134727@upf.br.

das diferenças sociais entre homens e mulheres, mas são significadas e valorizadas pela cultura de forma a produzir diferenças que são ideologicamente afirmadas como naturais”³.

Ao mesmo tempo que o gênero é o mecanismo que retrata a produção e a naturalização das noções de masculino e de feminino, também representa a desconstrução e a desnaturalização dessa dicotomia⁴, tendo em vista que “não há uma ‘natureza feminina’ ou uma ‘natureza masculina’ que sejam imutáveis [...]”⁵. Em outras palavras, Butler⁶ esclarece:

Gênero não é exatamente o que alguém ‘é’ nem é precisamente o que alguém ‘tem’. Gênero é o aparato pelo qual a produção e a normalização do masculino e do feminino se manifestam junto com as formas intersticiais, hormonais, cromossômicas, físicas e performativas que o gênero assume.

Desse modo, “supor que gênero sempre e exclusivamente significa as matrizes ‘masculino’ e ‘feminina’ é perder de vista o ponto crítico de que essa produção coerente e binária é contingente, que ela teve um custo”⁷ e “que as permutações de gênero que não se encaixam nesse binarismo são tanto parte do gênero quanto seu exemplo mais normativo”⁸. Ressalta-se que “assimilar a definição de gênero à sua expressão normativa é reconsolidar inadvertidamente o poder da norma em delimitar a definição de gênero”⁹.

Outrossim, a questão de gênero não se restringe ao sexo masculino e feminino. Contrariamente, deve-se abordar o termo no sentido de superar o binarismo naturalizado, visto que limitá-lo a uma concepção dualista fortaleceria justamente a própria convicção que a ideia de gênero busca refutar. Sobre isso, Butler¹⁰ comenta:

Um discurso restritivo sobre gênero que insista no binarismo homem e mulher como a maneira exclusiva de entender o campo do gênero atua no sentido de efetuar uma operação reguladora de poder que naturaliza a instância hegemônica e exclui a possibilidade de pensar sua disrupção.

Em relação ao sexo e ao gênero, cumpre referir que, até meados da década de 1980, havia uma diferenciação defendida pelas teorias feministas, qual seja, o sexo decorria de aspectos biológicos e naturais, enquanto que o gênero era socialmente construído¹¹. À vista disso, Judith Butler, em sua obra “Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade”¹², busca desconstruir essa distinção hipotética ao demonstrar que pode ser arbitrária.

Para ela, da mesma maneira que o gênero não se origina naturalmente, mas, sim, é delimitado social e culturalmente, o sexo também o é. Nesse sentido, “talvez o próprio construto chamado ‘sexo’ seja

³ FIRMINO, Flávio Henrique; PORCHAT, Patricia. Feminismo, Identidade e Gênero em Judith Butler: apontamentos a partir de “problemas de gênero”. *Doxa: Rev. Bras. Psicol. Educ.*, Araraquara, v. 19, n. 1, p. 51-61, jan./jun. 2017. p. 55.

⁴ BUTLER, Judith. Regulações de Gênero. *Cadernos Pagu*, v. 42, p. 249-274, jan./jun. 2014. p. 253.

⁵ COELHO, Mateus Gustavo. *Gêneros Desviantes: o conceito de gênero em Judith Butler*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. p. 27.

⁶ BUTLER, Judith. *Regulações de Gênero*. p. 253.

⁷ BUTLER, Judith. *Regulações de Gênero*. p. 253.

⁸ BUTLER, Judith. *Regulações de Gênero*. p. 253.

⁹ BUTLER, Judith. *Regulações de Gênero*. p. 253.

¹⁰ BUTLER, Judith. *Regulações de Gênero*. p. 254.

¹¹ RODRIGUES, Carla. Butler e a desconstrução do gênero. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 179-183. Jan./abr. 2005. p. 179.

¹² BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

tão culturalmente construído quanto o gênero; a rigor, talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revela-se absolutamente nenhuma”¹³. Ainda, acrescenta-se:

Se o sexo é, ele próprio, uma categoria tomada em seu gênero, não faz sentido definir o gênero como a interpretação cultural do sexo. O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (uma concepção jurídica); tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos. Resulta daí que o gênero não está para a cultura como o sexo para a natureza; ele também é o meio discursivo/cultural pelo qual “a natureza sexuada” ou “um sexo natural” é produzido e estabelecido como “pré-discursivo”, anterior à cultura, uma superfície politicamente neutra *sobre a qual* age a cultura. [...]. Na conjuntura atual, já está claro que colocar a dualidade do sexo num domínio pré-discursivo é uma das maneiras pelas quais a estabilidade interna e a estrutura binária do sexo são eficazmente asseguradas. Essa produção do sexo como pré-discursivo deve ser compreendida como efeito do aparato de construção cultural que designamos por *gênero*¹⁴.

Desse modo, “[...] o sexo não poderia qualificar-se como uma facticidade anatômica pré-discursiva”¹⁵, pois o sexo se assemelha ao gênero desde a sua origem ao considerar que ambos são produzidos discursivamente e culturalmente. Nas palavras de Firmino e Porchat¹⁶, “o sexo – tal como o gênero – não é anterior ao discurso: é, em vez disso, um efeito do discurso. Assim, considera que nem mesmo o sexo existe pré-discursivamente. Não é uma substância ou essência, mas uma produção ou efeito discursivo”. Inversamente, também é possível concluir que “a teoria feminista que defende a identidade dada pelo gênero e não pelo sexo escondia a aproximação entre gênero e essência, entre gênero e substância”¹⁷.

Para além dessas concepções, Firmino e Porchat¹⁸ aludem que “gênero não é uma essência nem uma construção social, mas uma produção do poder”, uma vez que atua como fundamento para lutas políticas, ao mesmo tempo que estabelece atitudes de exclusão, de preconceito e de violência¹⁹. Nessa perspectiva, Giddens²⁰ aborda o gênero como uma forma de estagnação social e de domínio:

As diferenças de gênero raramente são neutras – em quase todas as sociedades, o gênero é uma forma significativa de estratificação social. O gênero é um fator crítico na estruturação dos tipos de oportunidade e das hipóteses de vida que os indivíduos e os grupos enfrentam influenciando fortemente os papéis que desempenham nas instituições sociais, da família ao Estado.

Com isso, denota-se que as construções sociais induzem o estabelecimento do que deve ser aceito ou rejeitado em inúmeros âmbitos da sociedade, impactando diretamente no modo de agir da coletividade. Por conseguinte, o livre-arbítrio humano está constantemente em oposição ou buscando encontrar um equilíbrio com um conjunto de normas que ditam como os sujeitos devem se comportar, o que devem

¹³ BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. p. 25.

¹⁴ BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. p. 25-26.

¹⁵ BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. p. 27.

¹⁶ FIRMINO, Flávio Henrique; PORCHAT, Patricia. **Feminismo, Identidade e Gênero em Judith Butler**: apontamentos a partir de “problemas de gênero”. p. 56.

¹⁷ RODRIGUES, Carla. **Butler e a desconstrução do gênero**. p. 180.

¹⁸ FIRMINO, Flávio Henrique; PORCHAT, Patricia. **Feminismo, Identidade e Gênero em Judith Butler**: apontamentos a partir de “problemas de gênero”. p. 51.

¹⁹ FIRMINO, Flávio Henrique; PORCHAT, Patricia. **Feminismo, Identidade e Gênero em Judith Butler**: apontamentos a partir de “problemas de gênero”. p. 52.

²⁰ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4. ed. Lisboa: Serviço de Educação e Bolsas: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 114.

vestir e com quem devem se relacionar considerando o seu sexo biológico²¹. Assim, “as noções jurídicas de poder parecem regular a vida política em termos puramente negativos – isto é, por meio de limitação, proibição, regulamentação, controle e mesmo ‘proteção’ dos indivíduos relacionados àquela estrutura política [...]”²²

Diante disso, constata-se que as construções de gênero influenciam e direcionam a vida dos sujeitos, sobretudo a das mulheres, atuando como um instrumento de poder que se revela por meio de um controle biopolítico. Nesse contexto, torna-se imperativo explorar a relação existente entre a generificação e a biopolítica.

2. GENERIFICAÇÃO E CONTROLE BIOPOLÍTICO

Após tratar da temática da generificação objetiva-se dispor, no presente capítulo, acerca de seu papel no controle biopolítico dos corpos. Para tanto, será abordado o tema da biopolítica em seus aspectos gerais e, em seguida, de modo mais específico, sobre a influência da construção do gênero nessa seara.

Atente-se que, segundo Foucault, a partir do século XXI, a prática governamental sofreu mudanças quanto à forma de gerenciamento da população, buscando-se racionalizar problemas relativos à “[...] saúde, higiene, natalidade, longevidade, raças”²³, o que não significa que antes não se buscasse regular populações, apenas que as formas dessa regulação precisaram ser adequadas aos novos contornos sociais.

No mesmo sentido, Warat afirma que o termo biopolítica remete a Foucault, mas que, antes dele, Aristóteles já o teria descrito (apesar de não utilizar o termo em si) ao tratar da diferenciação do simples ato de viver e “[...] a vida-nua, o mero nascimento, do bem viver (o que hoje chamaríamos qualidade de vida)”²⁴.

Para o autor, Foucault rerepresentaria essa questão ao revelar a importância da vida biológica e da saúde da nação como sendo problemas do poder e acrescentando que “[...] a consolidação do capitalismo não seria exitosa sem o controle disciplinar executado pelo novo biopoder que criou, através de tecnologias adequadas, os corpos dóceis”²⁵.

Hardt e Negri, nesse contexto, dizem que, para Foucault, a transição no modelo social foi de uma sociedade disciplinar, na qual “[...] o comando social é construído mediante uma rede difusa de dispositivos ou aparelhos que produzem e regulam os costumes, os hábitos e as práticas produtivas”, para uma sociedade de controle, na qual a manifestação do poder se dá “[...] na estruturação de parâmetros e limites do pensamento e da prática, sancionando e prescrevendo comportamentos normais e/ou desviados”²⁶.

Os autores, ainda, afirmam que o poder político não apenas faz parte da sociedade, mas também opera de forma a envolvê-la²⁷, assim, para eles, o poder que incorpora a vida é um biopoder, ou seja, um

²¹ FIRMINO, Flávio Henrique; PORCHAT, Patricia. **Feminismo, Identidade e Gênero em Judith Butler**: apontamentos a partir de “problemas de gênero”. p. 56.

²² BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. p. 18.

²³ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979); edição estabelecida por Michel Senellart; sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana; tradução Eduardo Brandão; revisão da tradução Claudia Berliner. – São Paulo: Martins Fontes, 2008. – (Coleção tópicos), p. 29-31.

²⁴ WARAT, Luiz Alberto. **A rua grita Dionísio!** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 41.

²⁵ WARAT, Luiz Alberto. **A rua grita Dionísio!** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia, p. 41.

²⁶ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**, p. 42.

²⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 2ª Edição – Editora Record: Rio de Janeiro, 2001, p. 185.

poder que se relaciona ao envolvimento e administração da vida social a partir de dentro²⁸.

Segundo Hardt e Negri, “para compreender de que maneira Michel Foucault entende o biopoder, devemos situá-lo no contexto da teoria de poder mais ampla por ele desenvolvida no período em que começa a trabalhar com o conceito, na segunda metade da década de 1970”²⁹ (tradução nossa). Para eles, Foucault dedicou sua atenção, em especial, aos regimes disciplinares, bem como “[...] às arquiteturas do poder e às aplicações do poder através de redes disseminadas e capilares, um poder que não reprime tanto quanto produz submissão”³⁰ (tradução nossa). Além disso,

Foucault também teoriza um outro em relação ao poder (ou mesmo um outro poder), para o qual aparentemente não consegue encontrar um nome adequado. Resistência é o termo que usa com maior frequência, mas que não captura realmente o que ele tem em mente, pois a resistência, como geralmente entendida, é por demais dependente ou subordinada ao poder a que se opõe [...]. Esse entendimento da duplicidade do poder nos ajuda a abordar as tentativas de Foucault de desenvolver o conceito de biopoder³¹ (tradução nossa).

Além desse conceito, Foucault também fala em biopolítica como sendo o termo que se refere “[...] a maneira pela qual o poder tende a se transformar [...] a fim de governar não somente os indivíduos por meio de um certo número de procedimentos disciplinares, mas o conjunto dos viventes constituídos em população”, desse modo “[...] por meio dos biopoderes locais” a biopolítica se ocuparia “[...] da gestão da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade, da natalidade etc., na medida em que elas se tornaram preocupações políticas”³².

Nessa lógica, o biopoder seria “[...] o conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais vai poder entrar numa biopolítica, numa estratégia política, numa estratégia geral de poder”; seria o modo como “[...] as sociedades ocidentais modernas, a partir do século XVIII, voltaram a levar em conta o fato biológico fundamental de que o ser humano constitui uma espécie humana”³³.

Conforme Pinto Neto³⁴, Agamben já demonstrava que entre os gregos não havia um termo único que caracterizasse a ideia de vida, mas, sim, dois termos que eram, tanto semântica quanto morfologicamente, diferentes e que serviam a esse propósito:

²⁸ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**, p. 43.

²⁹ To grasp how Michel Foucault understands biopower, we have to situate it in the context of the broader theory of power he develops in the period when he begins working with the concept, the second half of the 1970s. In: HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Commonwealth**. The Belknap press of Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2009. Disponível em: <http://www.thing.net/~rdom/ucsd/biopolitics/Commonwealth.pdf> - Acesso em: 03/12/2020, p. 56.

³⁰ He devotes most of his attention to disciplinary regimes, architectures of power, and the applications of power through distributed and capillary networks, a power that does not so much repress as produce subjects. In: HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Commonwealth**, p. 56.

³¹ Foucault also constantly theorizes an other to power (or even an other power), for which he seems unable to find an adequate name. Resistance is the term he most often uses, but it does not really capture what he has in mind, since resistance, as it is generally understood, is too dependent on and subordinate to the power it opposes. [...] This understanding of the doubleness of power helps us approach Foucault's attempts to develop the concept of biopower. In: HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Commonwealth**, p. 56.

³² REVEL, Judith. **Michel Foucault: conceitos essenciais**. Tradução Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani. – São Carlos: Claraluz, 2005, p. 26.

³³ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977- 1978) / Michel Foucault; edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana; tradução Eduardo Brandão; revisão da tradução Claudia Berliner. – São Paulo: Martins Fontes, 2008. - (Coleção tópicos), p. 3.

³⁴ PINTO NETO, Moysés. **O rosto do inimigo**: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 28.

[...] *zoé*, que exprimia o simples fato de viver comum a todos os seres vivos (animais, homens ou deuses) e *bíos*, que indicava a forma de viver própria de um indivíduo ou de um grupo. Essa simples vida natural é excluída do mundo clássico, da *pólis*, pertencendo ao domínio privado do *oîkos*. Michel Foucault teria partido dessa distinção para resumir o processo pelo qual, nos limiares de Idade Moderna, a vida natural começa a ser incluída nos cálculos do poder estatal, transformando a política em biopolítica. Na Modernidade, o indivíduo passa a integrar as estratégias políticas a partir do seu simples corpo vivente, resultando numa espécie de “animalização do homem” – orientada por um controle disciplinar que formava os “corpos dóceis” que necessitava. A partir disso, foi possível tanto proteger a vida quanto produzir seu holocausto. Trata-se, em síntese, do ingresso da *zoé* na *polis*: politização da “vida nua”³⁵.

Desse modo, a vida passa a fazer parte da política com contornos em torno do biopoder, que seria “[...] a forma de poder que regula a vida social por dentro, acompanhando-a, interpretando-a, absorvendo-a e a rearticulando”, assim, “[...] o poder só pode adquirir comando efetivo sobre a vida total da população quando se torna função integral, vital, que todos os indivíduos abraçam e reativam por sua própria vontade”³⁶.

Nesse contexto, se reconhece que “[...] na passagem da sociedade disciplinar para a sociedade de controle, um novo paradigma de poder é realizado, o qual é definido pelas tecnologias que reconhecem a sociedade como o reino do biopoder”³⁷.

Na sociedade disciplinar, portanto, a relação entre o poder e o indivíduo permaneceu estável: a invasão disciplinar de poder corresponde à resistência do indivíduo. Em contraste com isso, quando o poder se torna inteiramente biopolítico, todo o corpo social é abarcado pela máquina do poder e desenvolvido em suas virtualidades. Essa relação é aberta, qualitativa e expressiva. A sociedade, agrupada dentro de um poder que vai até os gânglios da estrutura social e seus processos de desenvolvimento, reage como um só corpo. O poder é, dessa forma, expresso como um controle que se estende pelas profundezas da consciência e dos corpos da população – e ao mesmo tempo através da totalidade das relações sociais³⁸.

Nesse contexto, se pode perceber que os controles exercidos sobre os corpos são fruto de racionalizações impostas, de diferentes modos, aos indivíduos, mas todas com o intuito de resultar em uma população homogênea e regrada. Dentre essas racionalizações destaca-se a imposição das concepções de gênero, que acaba por influenciar no modo como as pessoas se comportam na sociedade.

Butler, ao falar sobre sua teoria da performatividade, diz que ela simboliza “[...] primeiro e, acima de tudo, aquela característica dos enunciados linguísticos que, no momento da enunciação, faz alguma coisa acontecer ou traz algum fenômeno à existência”. Significa dizer que “[...] não é apenas que a linguagem atua, mas que atua de maneira poderosa”, de modo que se pode falar na possibilidade de que uma teoria performativa dos atos de fala se torne uma teoria performativa de gênero³⁹.

Em primeiro lugar, geralmente há os profissionais da área médica que declaram uma criança aos berros como sendo menino ou menina, e mesmo que o enunciado deles não seja audível por causa do barulho, o quadrado que marcam certamente está legível nos documentos legais que são registrados pelo Estado. Minha aposta é que a maioria de nós teve seu gênero estabelecido porque alguém

³⁵ PINTO NETO, Moysés. **O rosto do inimigo**: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo, p. 28 e 29.

³⁶ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**, p. 43.

³⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**, p. 43.

³⁸ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**, p. 43 e 44.

³⁹ BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa da assembleia. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 35.

marcou um quadrado em um papel e o enviou, embora em alguns casos, especialmente para aqueles com condições intersexuais, possa ter demorado mais para que o quadrado fosse marcado, ou a marcação possa ter sido apagada algumas vezes, ou a carta possa ter demorado mais para ser enviada. Em qualquer caso, sem dúvida houve um evento gráfico que inaugurou o gênero para a grande maioria de nós, ou talvez alguém tenha simplesmente gritado “é um menino” ou “é uma menina” (embora algumas vezes essa primeira exclamação seja certamente uma questão: alguém, sonhando em ter um menino, pode fazer apenas uma pergunta: “é um menino?”). Ou se formos adotados, alguém que decide considerar a nossa adoção tem que registrar a preferência de gênero, ou tem que concordar com o nosso gênero antes de seguir em frente. De certa forma, todos esses exemplos continuam a ser momentos discursivos na origem da nossa vida classificada pelo gênero. E raramente foi de fato apenas uma pessoa a decidir o nosso destino – a ideia de um poder soberano com poderes linguísticos extraordinários foi, em grande parte, substituída por um conjunto mais difuso e complicado de poderes discursivos e institucionais⁴⁰.

Esse enunciado demonstra de modo bastante elucidativo como o papel da generificação afeta o exercício do controle biopolítico dos corpos, pois é a partir de uma afirmação linguística (que parece simples) que a vida de todos os indivíduos passa a se desenvolver na sociedade.

Bentes, ao falar de Preciado, refere que sua noção de contrassexualidade é utilizada para questionar os dispositivos de normatização da heterossexualidade, bem como os processos de assujeitamento entre os corpos e o que chama de sistema heterocentrado, os quais seriam utilizados para caracterizar o que entendemos por natureza⁴¹.

Seu objetivo, para além das teorias clássicas de denominação/distinção do feminino/masculino, aponta para uma teoria das performatividades inscritas como verdades biológicas e natureza. Coerção do gênero, coerção do sexo e da sexualidade e coerção do desejo que foram estabelecidos e construídos linguística, discursiva e culturalmente, podendo dar lugar aos corpos parlantes, corpos falantes, uma posse do corpo e reivindicação do corpo como produtor de outros discursos⁴².

Com isso, o que se pretende demonstrar é que o modo como o gênero é imposto às pessoas desde seu nascimento acaba por influenciar na forma como elas são controladas biopoliticamente, sendo que seu comportamento na sociedade tende a ser previamente delimitado, e quando se busca sair dessa delimitação, acaba-se por enfrentar violências tanto físicas quanto simbólicas. Nesse sentido, é cada vez mais importante que se construam formas de luta contra esse tipo de controle, dando espaço e voz, principalmente, para aqueles que não se sentem parte do sistema pré-estabelecido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As construções sociais possuem papel fundamental na formação do gênero em razão de que as simples diferenças biológicas existentes entre os indivíduos não são capazes de definirem o que é tido como natural. Assim, quando uma criança é declarada menina ou menino, simultaneamente, está sendo classificada pelo gênero que foi pré-determinado por poderes discursivos e institucionais. Em outras palavras, a valoração das características biológicas dos sujeitos é que irá delimitar e propagar a sua naturalidade.

Nesse contexto, verifica-se que a linguagem comanda e atua de maneira arbitrária na definição do

⁴⁰ BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa da assembleia, p. 35 e 36.

⁴¹ BENTES, Ivana. Biopolítica feminista e estéticas subversivas. In: **MATRIZES**, v. 11 – nº 2, maio/ago., 2017. São Paulo, Brasil. Disponível em: Biopolítica feminista e estéticas subversivas | MATRIZES (usp.br) - Acesso em: 03/12/20, p. 95.

⁴² BENTES, Ivana. **Biopolítica feminista e estéticas subversivas**, p. 95 e 96.

gênero. Por conseguinte, a generificação afeta e reflete o exercício do controle biopolítico dos corpos, na medida em que os indivíduos irão atuar e se desenvolver na sociedade de acordo com o sexo que foi imposto a partir do seu nascimento.

Saliente-se que a biopolítica é uma forma de gerir populações considerando aspectos da vida que anteriormente não eram ponderados, como a saúde, a natalidade, o nascimento e a morte. Nessa perspectiva, a vida é utilizada como um elemento de cálculos políticos para a definição de estratégias de poder.

Desse modo, os indivíduos constantemente estão em oposição ou tentando alcançar uma maneira de estabelecer um equilíbrio com um conjunto de normas que determinam o comportamento social ideal, sendo que, muitas vezes, não conseguem se identificar diante de inúmeras imposições sociais. Portanto, revela-se oportuna a manifestação daqueles que não se sentem inseridos nos espaços controlados biopoliticamente a fim de que sejam reconhecidas as suas particularidades, sem rotulações prévias.

Constata-se que os indivíduos já exteriorizam os seus desejos e aflições por meio de reuniões em espaços públicos ou até mesmo virtuais com a finalidade de se afirmarem e de serem reconhecidos como sujeitos políticos. Contudo, mais do que dar espaço a essas manifestações, faz-se necessário ouvi-las, aceitando as diferenças e estabelecendo critérios que assegurem a igualdade diante da diversidade que permeia a vida humana.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BENTES, Ivana. Biopolítica feminista e estéticas subversivas. *In: MATRIZes*, v. 11 – nº 2, maio/ago., 2017. São Paulo, Brasil. Disponível em: Biopolítica feminista e estéticas subversivas | MATRIZes (usp.br) - Acesso em: 03/12/20.

BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa da assembleia. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BUTLER, Judith. Regulações de Gênero. **Cadernos Pagu**, v. 42, p. 249-274, jan./jun. 2014.

COELHO, Mateus Gustavo. **Gêneros Desviantes**: o conceito de gênero em Judith Butler. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

FIRMINO, Flávio Henrique; PORCHAT, Patricia. Feminismo, Identidade e Gênero em Judith Butler: apontamentos a partir de “problemas de gênero”. **Doxa: Rev. Bras. Psicol. Educ.**, Araraquara, v. 19, n. 1, p. 51-61, jan./jun. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979); edição estabelecida por Michel Senellart; sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana; tradução Eduardo Brandão; revisão da tradução Claudia Berliner. – São Paulo: Martins Fontes, 2008. – (Coleção tópicos).

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977- 1978) / Michel Foucault; edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana; tradução Eduardo Brandão; revisão da tradução Claudia Berliner. – São Paulo: Martins Fontes, 2008. - (Coleção tópicos).

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4. ed. Lisboa: Serviço de Educação e Bolsas: Fundação Calouste Gulbencian, 2001.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Commonwealth**. The Belknap press of Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2009. Disponível em: <http://www.thing.net/~rdom/ucsd/biopolitics/Commonwealth.pdf> - Acesso em: 03/12/2020.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 2ª Edição – Editora Record: Rio de Janeiro, 2001.

PINTO NETO, Moisés. **O rosto do inimigo: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REVEL, Judith. **Michel Foucault: conceitos essenciais**. Tradução Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani. – São Carlos: Claraluz, 2005.

WARAT, Luiz Alberto. **A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

O TRANSFEMINISMO E A REIVINDICAÇÃO DE DIREITOS PARA OS TRANSEXUAIS

Kaoanne Wolf Krawczak¹

Noli Bernardo Hann²

INTRODUÇÃO

O transfeminismo é uma corrente do feminismo voltada às questões da transexualidade. É um movimento que nasce da aplicação de conceitos trans ao discurso feminista, e também do discurso feminista sobre alguns conceitos da transexualidade. Trata-se de uma filosofia e de uma práxis sobre as identidades trans, que busca a transformação e a desconstrução dos feminismos clássicos a partir de uma crítica fundamental ao conceito biológico e binário de gênero.

Diante disso, o objetivo principal deste trabalho é abordar sobre o transfeminismo enquanto luta pelo reconhecimento de direitos para os transexuais. Neste viés, como objetivo específico irá discorrer-se sobre o transfeminismo, desde seu significado e surgimento até suas lutas e pautas reivindicatórias.

Este trabalho enfrenta a temática através do emprego dos seguintes procedimentos: a) método de procedimento hipotético-dedutivo e técnica de pesquisa do tipo exploratório, através de revisão bibliográfica, com coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores, seleção das leituras, e fichamentos das bibliografias que embasam o referencial teórico; b) reflexão crítica e compreensão das premissas; c) desenvolvimento da hipótese e exposição dos resultados obtidos. Por conseguinte, o presente artigo está estruturado em tópico único: 1) Em busca do reconhecimento e da reivindicação de direitos para os transexuais através do transfeminismo.

1. EM BUSCA DO RECONHECIMENTO E DA REIVINDICAÇÃO DE DIREITOS PARA OS TRANSEXUAIS ATRAVÉS DO TRANSFEMINISMO

A transexualidade hoje é um assunto bastante recorrente, inclusive ocupando páginas de revistas, programas de televisão e até mesmo capítulos de novela. Apesar disso, é ainda tratada com muito preconceito, pois nas palavras de Elisa Scheibe³, “para a maioria, o transexual ainda é um ser estranho a tudo e a todos, quase como se não fosse humano, o que implica incontáveis desconfortos, levando-os, quase sempre, à margem da sociedade [...]”. E mais, conforme Janaína Sturza e Janaína Schorr⁴ “todo e qualquer tema que esteja ligado à questão sexualidade é ainda cercada por inúmeros mitos e preconceitos

¹ Doutoranda e Bolsista Integral CAPES no Programa de Pós-Graduação em Direito – Curso de Doutorado em Direitos Especiais da URI/SAN. Mestra em Direito pela Unijuí. E-mail: kaoanne.krawczak@gmail.com CV: <http://lattes.cnpq.br/0939417143976643> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9358-2481>

² Pós-doutor pela Faculdades EST. Doutor em Ciências da Religião pela UMESp. Integra o corpo docente como professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Cursos de Mestrado Doutorado em Direitos Especiais da URI/SAN. E-mail: nolihahn@san.uri.br. CV: <http://lattes.cnpq.br/4888480291223483>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2637-5321>

³ SCHEIBE, Elisa. **Direitos da personalidade e transexualidade**: a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos, São Leopoldo, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2430>. Acesso em: 13 abr. 2020. p. 11.

⁴ STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. Transexualidade e os Direitos Humanos: Tutela Jurídica ao Direito à Identidade. **Cesumar**, Paraná, v. 15, n. 1, jan./jun. 2015, p. 265-283. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4101>. Acesso em: 14 abr. 2020. p. 267.

que acabam por evitar que estes sejam discutidos no grande grupo”. Se apenas falar no assunto ainda é um tabu, com a integração dos transexuais na sociedade o problema é ainda maior, pois ela não acontece de forma efetiva, sendo marcada por diversos processos traumáticos para os transexuais e para aqueles que tentem realizá-la de forma efetiva.

A transexualidade, seguindo Sandra Martini e Berta Schumann⁵ já existia em épocas anteriores à moderna e à contemporânea, tendo aparecido em diversos períodos históricos, inclusive em algumas culturas primitiva nas quais existiram pessoas que viviam como membros do sexo oposto ao seu sexo biológico, por desejo próprio, e até eram valorizadas. Havia também muitos mitos envolvendo a mudança de sexo, a qual era considerada também como uma punição, o que aparecia com frequência na mitologia. “Heródoto conta que Afrodite Urânia (Afrodite Celestial) amaldiçoou um grupo de citas que saquearam o templo de Vênus em Ascalon (Síria antiga, atualmente Israel), tornando-os efeminados.”⁶ Eles e “seus descendentes foram castigados pela deusa com uma doença feminina e assim chamados hermafroditas.”⁷

No mesmo sentido, “No Império Romano há relatos sobre a primeira cirurgia de transição executada a mando do imperador Nero. Conta a história que em um de seus ataques de cólera, o Imperador chutou o abdômen de sua esposa grávida, o que a levou a morte.”⁸ Para compensar seu remorso, “procurou alguém que fosse parecido com a falecida e encontrou no jovem *Sporum* o substituto. Nero ordenou que os cirurgiões o transformassem numa mulher, e, após o processo transexualizador, casou-se formalmente com ela.”⁹ Também no Império Romano existem registros de que o “imperador *Heliogábalo* casou-se formalmente com um escravo que adotou o papel de esposa, tendo oferecido metade do seu império ao médico que o equipasse com uma genitália feminina.”¹⁰

Enquanto que “No século XVIII, o caso emblemático foi de *Chevalier d’Eon/Madame Beaumont*, alto(a) funcionário(a) do rei Luís XV, oficial dos dragões e espadachim sensacional, dedicado(a) a intrigas e espionagens.”¹¹ Ele “Apresentava-se nas cortes europeias em trajes femininos e não teve a sua posição na corte francesa ameaçada, principalmente pelo rei.”¹² Outro caso conhecido é o de “Lilli Elbe, nascida *Einer Wegener*, na Dinamarca, [...] primeira transexual feminina a se submeter à cirurgia de transgenitalização, em 1930, na cidade de *Dresden*, na Alemanha.”¹³ Na época de Lilli não se falava na patologização da transexualidade e ela foi diagnosticada como histérica ou homossexual.¹⁴ Lilli “Morreu em 13 setembro de 1932 devido a rejeições derivadas das várias cirurgias a que se submeteu, dentre elas, um transplante de útero”.¹⁵ A história de Lilli inspirou o livro de ficção de David Ebershoff, adaptado para o filme homônimo dirigido por *Tom Hooper*, “*A Garota Dinamarquesa*” (*The Danish Girl*) em 2015.

⁵ MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. **Direito e transexualidade:** implicações sociais e jurídicas. Vol. III. Porto Alegre: Evangraf, 2017.

⁶ MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. **Direito e transexualidade:** implicações sociais e jurídicas. p. 43 e 44.

⁷ MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. **Direito e transexualidade:** implicações sociais e jurídicas. p. 44.

⁸ MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. **Direito e transexualidade:** implicações sociais e jurídicas. p. 44.

⁹ MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. **Direito e transexualidade:** implicações sociais e jurídicas. p. 44.

¹⁰ MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. **Direito e transexualidade:** implicações sociais e jurídicas. p. 44 e 45.

¹¹ MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. **Direito e transexualidade:** implicações sociais e jurídicas. p. 46.

¹² MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. **Direito e transexualidade:** implicações sociais e jurídicas. p. 46.

¹³ MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. **Direito e transexualidade:** implicações sociais e jurídicas. p. 48 e 49.

¹⁴ MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. **Direito e transexualidade:** implicações sociais e jurídicas.

¹⁵ MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. **Direito e transexualidade:** implicações sociais e jurídicas. p. 49.

Mas o primeiro caso público, conforme Diego Dias¹⁶, de uma pessoa que recorreu a um médico para afirmar sua condição de transexual ocorreu em 1952, no caso Christine Joergensen:

Em 1952, um soldado norte-americano foi até a Dinamarca, procurar auxílio médico com o endocrinologista Christian Hamburger, que fazia pesquisas com hormônios. Isto porque, desde 1935 a Dinamarca possuía uma lei que permitia a castração humana quando a sexualidade do paciente induzia-o a cometer crimes ou quando envolvia distúrbios mentais com acentuada gravidade. Lá, contou sua história, completamente inventada, de que seria intersex, isto é, hermafrodita, e precisava de uma intervenção cirúrgica. Para alterar seu corpo, pois sempre vivera como mulher. Como já tomava hormônios há anos, carregava no corpo características femininas, enquanto sua função masculina era deficitária. A falta de conhecimento sobre o transexualismo, aliada à sua silhueta feminina, levou a equipe médica a acreditar nele. Foi assim que conseguiu extirpar sua genitália. No entanto, ainda não se pensava na construção de uma vagina. Voltando aos Estados Unidos, agora como Christine, procurou o doutor Harry Benjamin, para quem relatou sua história. A partir dessa experiência, o doutor publica um artigo, em 1953, falando sobre o transexualismo. Esse é o ponto de inflexão em que a transexualidade adentra o campo médico.¹⁷

A primeira mulher transexual a ganhar visibilidade no Brasil foi Roberta Close (modelo, cantora, atriz e apresentadora), nascida Luis Roberto Gambine Morreira, que realizou a cirurgia de transgenitalização na Suíça no ano de 1989, pela impossibilidade de realizar no Brasil, à época.¹⁸ Após décadas de batalha judicial, somente em 10 de março de 2005, quinze anos depois de sua primeira tentativa legal, Roberta Close conseguiu, finalmente, ter garantido o direito de mudar o nome e então uma nova certidão foi emitida pelo cartório da 4ª Circunscrição do Rio de Janeiro. Além dela, são mulheres trans brasileiras publicamente conhecidas: Lea T (estilista e modelo), Leonora Áquila (jornalista, cantora e *performer*), Nany People (humorista, comentarista, atriz, locutora, apresentadora, colunista e repórter de TV), Renata Finsk (artista), Thelma Lipp (modelo e atriz), Tiffany Abreu (jogadora de vôlei), Pabblo Vittar (cantora), Carol Marra, Carol Zwick, Michelly X, Layla Ken, entre outras.

Quanto a um conceito para o que são transexuais, recentemente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, através da *Opinión Consultiva OC-24/17* de 24 de novembro de 2017 solicitada pela Costa Rica, se pronunciou a respeito de um conceito sobre o que significa ser transexual. Assim, conforme a Corte diz-se transgênero ou pessoa trans:

Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa'afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual.¹⁹

¹⁶ DIAS, Diego Madi. Brincar de gênero, uma conversa com Berenice Bento. **Cadernos Pagu**, n. 43, jul./dez. 2014, p. 475–497. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0104-8333201400430475>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332014000200475. Acesso em: 17 abr. 2020.

¹⁷ DIAS, Diego Madi. Brincar de gênero, uma conversa com Berenice Bento. p. 12.

¹⁸ STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. Transexualidade e os Direitos Humanos: Tutela Jurídica ao Direito à Identidade.

¹⁹ CoIDH. **Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica**. San José, 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 18 abr. 2020. p. 17 e 18.

Segundo a mesma Corte pode-se compreender por pessoa transexual:

Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica – hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.²⁰

A transexualidade é uma experiência identitária que pode ser caracterizada pela construção do gênero em contraste com as normas que instituem inteligibilidade entre corpo, identidade e sexualidade. É, portanto, a possibilidade de reinterpretar os sentidos da feminilidade e da masculinidade contrariando o impositivo de que o sexo deve ser coerente com o gênero e, nesse caso, também ultrapassar a ideia de que a fêmea biológica é a única legitimada a carregar o *status* de mulher, enquanto o macho é o único legitimado a carregar o status de homem, em uma clara menção de que a biologia não é o destino. Nas palavras de Berenice Bento (2006, p. 16) “A transexualidade é um desdobramento inevitável de uma ordem que estabelece a inteligibilidade nos corpos.” No mesmo sentido, Silvana Goellner²¹

Mais do que um conjunto de músculos, ossos, vísceras, reflexos e sensações, o corpo é também o seu entorno, ou seja, a roupa, os acessórios que o adornam, as intervenções que nele se operam, a imagem que dele se produz, as máquinas que nele se incorporam, os silêncios que por ele falam e a educação de seus gestos [...] o corpo é produto de uma construção cultural, social e histórica sobre o qual são conferidas diferentes marcas, em diferentes tempos, espaços, conjunturas econômicas, grupos sociais, étnicos, etc.

Segundo ressalta Goellner²², cada marca que o corpo demonstra “não é algo dado *a priori*, nem mesmo é universal: é provisório, mutável e mutante, suscetível a inúmeras intervenções [...] visto que ele é construído também a partir daquilo que dele se diz”. Assim, temos que todas essas transformações, juntamente com a modernidade, libertaram os indivíduos das amarras da tradição e das estruturas. Nesta tendência “libertadora” tem-se o surgimento de novas categorias identitárias, compostas por sujeitos que já não encontram acolhimento nas tradicionais concepções de gênero: surgem, assim, a categoria transexual. Nas palavras da autora²³

[...] enfim, para a formação de um sujeito moderno, constitui dor de novos tempos cujo corpo a ser produzido e valorizado estava pautado pela lógica do rendimento, da produtividade e da individualização das aparências [...] a produção do corpo se opera simultaneamente no coletivo e no individual [...] é uma unidade biopolítica que, ao mesmo tempo em que é único, é também partilhado porque semelhante e similar a uma infinidade de outros corpos produzidos neste tempo e nesta cultura.

Conforme destaca Raewyn Connell²⁴, a transexualidade também recebeu um significado político, e passou a ser negociada pela nova esquerda dos EUA no fim da década de 1960, quando diversos grupos de transexuais e transgêneros publicaram manifestos com pedidos de justiça social, além deles, centros comunitários transexuais de autoajuda surgiram em Nova Iorque e São Francisco. Tais discussões sobre temáticas transexuais revolucionárias também estiveram presentes nos debates da nova esquerda

²⁰ CoIDH. **Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica.** p. 17 e 18.

²¹ GOELLNER, Silvana Vildore. A cultura fitness e a estética do comedimento: as mulheres, seus corpos e aparências. In: STEVENS, Cristina Maria Teixeira (Org.). **A construção dos corpos: perspectivas feministas.** Florianópolis: Ed. Mulheres, 2008. P. 245-260. p. 135.

²² GOELLNER, Silvana Vildore. A cultura fitness e a estética do comedimento: as mulheres, seus corpos e aparências. p. 135.

²³ GOELLNER, Silvana Vildore. A cultura fitness e a estética do comedimento: as mulheres, seus corpos e aparências. p. 137.

²⁴ CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais.** Tradução de Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2016.

européia, sendo, de acordo com Connell²⁵, em 1977 publicado o livro “*Homosexuality and Liberation*” o qual propôs “uma teoria de transexualidade universal, parcialmente decorrente de Freud, e considerou as mulheres transexuais como sujeitos das mais graves opressões – e, por isso, como a vanguarda da luta por libertação”.²⁶

Porém, “inicialmente, o movimento de Libertação da Mulher não deu atenção às mulheres transexuais, muito embora algumas militassem no grupo”²⁷, e muitos conflitos e resistências foram manifestos. Para a teóloga americana, Mary Daly, por exemplo, no livro “*Gyn/Ecology: The Metaethics of Radical Feminism*”, de 1978, a transexualidade seria uma “invasão necrofílica” dos corpos e espíritos femininos.²⁸ Já Janice Raymond na obra “*The Transsexual Empire*”, publicado em 1979, “apresentou uma visão sinistra das mulheres transexuais enquanto paródias da feminilidade e invasores masculinos dos espaços das mulheres”.²⁹ Susan Stryker³⁰, nos diz, que o livro foi situado como tendo “um papel muito importante na história política das pessoas transgêneras, servindo como fonte para argumentos anti-transgêneros e com um estímulo para a teorização sobre/por transgêneros”. A obra de Raymond influenciou outras teóricas feministas que abordaram o assunto, de modo que as mais radicais chegaram a afirmar que as mulheres transexuais não deveriam existir de jeito nenhum.

Conforme sintetiza Connell³¹, por duas décadas “a posição excludente dominou a relação entre as mulheres transexuais e o movimento feminista”, e conforme Flávia Almeida³², muitas “mulheres trans foram proibidas de participar de espaços feministas, convidadas a se retirar de eventos, boicotadas de todas as formas possíveis”. Isso inclui casos ocorridos no Brasil, onde “palestrantes trans foram ‘convidadas a se retirar’ de eventos feministas, pois sua presença ali era incômoda e proibida.”³³, sob o principal argumento de que eram “homens”, “tinham um pênis”, “sua presença era uma violência”.³⁴

Sob esta lógica, teriam tido certos privilégios masculinos e suas experiências eram diferentes das demais mulheres, pois foram socializadas como homens; “Ao nascer com um pênis, receberam um nome masculino, lhes foi dito que deveriam ser fortes, racionais”³⁵, que a “elas tudo era permitido, inclusive invadir corpos femininos, receberam o privilégio do poder de dominar e falar nos espaços sociais.”³⁶ É evidente que as mulheres trans não possuem as mesmas vivências que as mulheres cis, mas também não podemos ignorar suas vivências e dores e afirmar que elas tiveram os mesmos privilégios e vivências que um homem cis.³⁷ “Foi uma tentativa de definir um sujeito feminista único que justificou a exclusão das mulheres transexuais”.³⁸

²⁵ CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais**.

²⁶ CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais**. p. 227.

²⁷ CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais**. p. 227.

²⁸ DALY, Mary. **Gyn/Ecology: The Metaethics of Radical Feminism**. Boston, MA: Beacon Press, 1978.

²⁹ CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais**. p. 228.

³⁰ STRYKER, Susan. **Transgender History**. Berkeley: Seal Press, 2008. p. 226.

³¹ CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais**. p. 228.

³² ALMEIDA, Flávia. **Transfeminismo: a pauta que nos ensina ir além do binarismo homem e mulher**. Justificando, 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/11/29/transfeminismo-pauta-que-nos-ensina-ir-alem-do-binarismo-homem-e-mulher/>. Acesso em: 15 abr. 2020. s.p.

³³ ALMEIDA, Flávia. **Transfeminismo: a pauta que nos ensina ir além do binarismo homem e mulher**. s.p.

³⁴ ALMEIDA, Flávia. **Transfeminismo: a pauta que nos ensina ir além do binarismo homem e mulher**.

³⁵ ALMEIDA, Flávia. **Transfeminismo: a pauta que nos ensina ir além do binarismo homem e mulher**.

³⁶ ALMEIDA, Flávia. **Transfeminismo: a pauta que nos ensina ir além do binarismo homem e mulher**. s.p.

³⁷ ALMEIDA, Flávia. **Transfeminismo: a pauta que nos ensina ir além do binarismo homem e mulher**.

³⁸ CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais**. p. 223.

Assim, “como uma forma de responder a demandas dessas mulheres trans que foram expulsas do movimento feminista majoritário”³⁹ surge o Transfeminismo, como “uma crítica às desigualdades do movimento feminista, pela perspectiva transexual.”⁴⁰ Nas palavras de Almeida⁴¹ “É um movimento que surge a partir da necessidade de representação”, uma corrente ainda muito recente, tem sua presença mais forte na internet, difundindo-se através das redes sociais, e que baseia suas ideias nas fontes da terceira onda feminista, afastando a ideia de que o gênero estaria preso ao órgão genital, defendendo ainda que existem diferentes formas de ser mulher, derrubando o conceito universal de que mulher seria apenas quem tem vagina.⁴²

Neste sentido, afirma Connell⁴³, a maioria das discussões sobre a transexualidade são focadas nas questões identitárias, ao passo que o próprio movimento feminista tratou a transexualidade em termos identitários. Os textos trans falam de forma constante de um espectro ou de uma “miríade de expressões subculturais e específicas de ‘atipicidade de gênero’”⁴⁴, contrastando tal espectro a um binário normativo. Nesta linha de raciocínio, o autor Stephan Whittle⁴⁵ afirmou que “as identidades trans foram um dos assuntos com mais escritos no último século vinte”.

O movimento transfeminista, segundo Almeida⁴⁶, agrega pensamentos do movimento feminista, de transexuais, travestis, dos movimentos LGBT, de prostitutas etc., o que faz com que acabe esbarrando em diversas barreiras e divergências entre esses grupos. Entre suas principais pautas estão o fim da violência contra as mulheres e do sexismo, a legalização do aborto, a autonomia para definir o nome e o gênero nos documentos oficiais, entre muitas outras. O movimento transfeminista defende também, além das questões identitárias, viabilizar um tipo de atuação política que venha a suavizar hierarquias entre mulheres, tendo em vista as dificuldades enfrentadas na efetivação da democracia representativa, pois resta evidente “a dimensão utópica da democracia direta, tendo em vista desigualdades estruturais entre as mulheres.”⁴⁷

Segundo Almeida⁴⁸

É necessário para o empoderamento de pessoas trans, para dar-lhes voz e espaço, para que estas pessoas se sintam bem com seus corpos e para que tenham a liberdade de se identificarem como mulheres, homens ou como quiserem, pois são sujeitos relacionais, heterogêneos, donos e donas das suas próprias histórias e vivência, buscando libertar-se do discurso patologizante que ainda as oprime. É um movimento que ainda tem muito o crescer nos próximos anos e que demanda nossa atenção.

Entre as principais autoras do transfeminismo estão Judith Butler, Emi Koyama, Miquel Missé, Riki Wilchins, Julia Serano, entre outras. Judith Butler, como vimos anteriormente, ao escrever “*Undoing*

³⁹ ALMEIDA, Flávia. **Transfeminismo**: a pauta que nos ensina ir além do binarismo homem e mulher. s.p.

⁴⁰ ALMEIDA, Flávia. **Transfeminismo**: a pauta que nos ensina ir além do binarismo homem e mulher. s.p.

⁴¹ ALMEIDA, Flávia. **Transfeminismo**: a pauta que nos ensina ir além do binarismo homem e mulher. s.p.

⁴² ALMEIDA, Flávia. **Transfeminismo**: a pauta que nos ensina ir além do binarismo homem e mulher.

⁴³ CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais**.

⁴⁴ STRYKER, Susan; WHITTLE, Stephen. (Eds.) **The Transgender Studies Reader**. Nova Iorque: Routledge, 2006.

⁴⁵ STRYKER, Susan; WHITTLE, Stephen. (Eds.) **The Transgender Studies Reader**. Nova Iorque: Routledge, 2006. p. 11.

⁴⁶ ALMEIDA, Flávia. **Transfeminismo**: a pauta que nos ensina ir além do binarismo homem e mulher.

⁴⁷ RIBEIRO, Letícia; O'DWYER, Brena and HEILBORN, Maria Luiza. Dilemas do feminismo e a possibilidade de radicalização da democracia em meio às diferenças O caso da Marcha das Vadias do Rio de Janeiro. **Civitas**, 2018, vol.18, n.1, pp.83-99. DOI: <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2018.1.27560>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1519-60892018000100083&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 01 dez. 2020. p. 95.

⁴⁸ ALMEIDA, Flávia. **Transfeminismo**: a pauta que nos ensina ir além do binarismo homem e mulher. s.p.

Gnender” em 2004, discorreu longamente sobre a transgeneridade e transexualidade, criticando o diagnóstico médico de “transtorno de identidade de gênero” enquanto um local de normatividade de gênero e que a violência antitrans é um sinal de barbárie por meio do qual a heteronormatividade é reforçada.⁴⁹ Emi Koyama, por sua vez, é uma feminista japonesa, cadeirante e lésbica, que escreve sobre temas como feminismo, violência sexual e doméstica, comércio e tráfico sexual, questões de libertação de transsexuais, intersexos e pessoas com deficiência. Denuncia o racismo velado que existe nos debates sobre a inclusão/exclusão das pessoas trans no/do feminismo, e considera que as mulheres transexuais brancas operadas e as mulheres “não trans” utilizam argumentos claramente racistas e argumentos transfóbicos, não diretamente racistas, os quais também podem ser traduzidos em argumentos racistas. A autora também salienta que quando as mulheres trans afirmam ser iguais as outras mulheres, corre-se o risco de apagar as especificidades da história das mulheres transexuais.

Miquel Missé I Sánchez, é um sociólogo espanhol e ativista transexual, membro da Rede Internacional para a Despatologização Trans, assim como um catalisador para a campanha internacional Stop Trans Pathologization 2012. Já Riki Anne Wilchins é uma ativista americana, autora do livro *“Read My Lips: Sexual Subversion and the End of Gender”*, publicado em 1997, o qual se tornou um dos livros mais icônicos escrito por um transgênero. A obra de Wilchins mistura teoria de gênero, com referências as teorias de Butler e Foucault, com experiências pessoais, e deu o pontapé inicial para o movimento *“Gender Queer”*. Nas palavras da autora⁵⁰,

Uma luta transgênero é uma coisa importante, mas não é minha luta. Na verdade, eu pessoalmente não tenho interesse em ser transexual ou transgênero... O que me interessa é o gesto cultural original de regular o que seu corpo e o meu podem significar, diga ou faça.

Conforme Thiago Coacci⁵¹, “O transfeminismo no Brasil e as iniciativas desse movimento são ainda mais recentes, “Mesmo sem poder precisar uma data, as primeiras iniciativas provavelmente se localizam entre o final da década de 1990 e início dos anos 2000.”⁵² O texto “Ensaio de Construção do Pensamento Transfeminista”, da autora brasileira Aline de Freitas, publicado em 2005, pode ser citado como precursora na constituição do pensamento transfeminista no Brasil. Aline assumiu-se no final da década de 1990 como trans, não sendo bem recebida pelos homens do coletivo que ela participava na época, porém foi bem compreendida por diversas mulheres, que a convidaram para participar do movimento feminista. “Foi assim que Aline entrou em contato maior com o feminismo e a partir de então sentiu necessidade de juntar o pensamento feminista com as questões trans que estava vivenciando.”⁵³ Para tal, criou o *blog* chamado “Transfeminismo” no início dos anos 2000.⁵⁴ A autora “foi muito influenciada por Kim Perez, a quem deve seu primeiro contato com o termo transfeminismo, Patrick Califia e de uma forma menor, Emi Koyama.”⁵⁵

Aline afirma que hoje abandonou o uso do termo transfeminismo, acredita que atualmente o termo está muito ligado a um coletivo que mantém a página <www.transfeminismo.org> e a comunidade

⁴⁹ CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais**. p. 228.

⁵⁰ WILCHINS, Riki Anne. **Read My Lips: Sexual Subversion and the End of Gender: United States**, Paperback, 2000. p. 50. Tradução nossa.

⁵¹ COACCI, Thiago. Encontrando o transfeminismo brasileiro: um mapeamento preliminar de uma corrente. **História Agora**, n. 15, jan. 2014, p.134-161. Disponível: https://www.academia.edu/5922160/Encontrando_o_transfeminismo_brasileiro_um_mapeamento_preliminar_de_uma_corrente_em_ascens%C3%A3o. Acesso em: 22 abr. 2020. p. 150.

⁵² COACCI, Thiago. Encontrando o transfeminismo brasileiro: um mapeamento preliminar de uma corrente. p. 150.

⁵³ COACCI, Thiago. Encontrando o transfeminismo brasileiro: um mapeamento preliminar de uma corrente. p. 150.

⁵⁴ COACCI, Thiago. Encontrando o transfeminismo brasileiro: um mapeamento preliminar de uma corrente.

⁵⁵ COACCI, Thiago. Encontrando o transfeminismo brasileiro: um mapeamento preliminar de uma corrente. p. 150 e 151.

Transfeminismo no Facebook. Para evitar confusões prefere falar em feminismo transgênero, ou simplesmente feminismo, sem nenhuma adjetivação.⁵⁶

Desde o ano de 2011 há no Brasil um coletivo que se auto intitula Transfeminismo, “esse coletivo mantém a página já mencionada e um grupo de discussões no *Facebook* que serve como um misto de espaço de sociabilidade e solidariedade e também como um espaço de autoformação e discussão sobre pautas transfeministas.”⁵⁷ “Viviane V. é uma das moderadoras da comunidade e contribui para postagens no *blog*, juntamente com Hailey Alves e outros, além de manter um *blog*, no qual posta experiências pessoais, resenhas de textos acadêmicos e algumas discussões transfeministas.”⁵⁸

A principal autora transfeminista no Brasil é Berenice Bento, uma socióloga brasileira com pesquisas nas áreas de gênero, sexualidade e direitos humanos. Tendo sido considerada “uma referência incontornável para os estudos recentes de gênero no campo das ciências sociais”.⁵⁹ Bento é autora de duas obras muito importantes a respeito da transexualidade: “*A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*”, publicada em 2006, e “*O que é transexualidade*” lançado em 2017.⁶⁰ autora [Bento] foi contemplada em 2011 com o Prêmio Direitos Humanos na categoria Igualdade de Gênero. O prêmio é considerado a mais alta condecoração do governo brasileiro a pessoas e entidades que se destacaram na defesa, promoção, enfrentamento e combate às violações de Direitos Humanos no País.⁶¹ A premiação se deu em razão da contribuição de Bento nos estudos sobre a transexualidade.

Diante da amplitude do leque propiciado pelo conceito de gênero, abarcando (junto com a teoria *queer*) estudos sobre gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, intersexuais e outros mais, assim como das masculinidades, algumas teóricas feministas, a exemplo de Cláudia Lima Costa (1998), propuseram a partir da virada para os anos 2000 recriar o conceito de mulher a partir de uma perspectiva política, baseada nas reivindicações do feminismo enquanto movimento social.⁶²

Neste sentido, é possível considerar que os feminismos contemporâneos “estão em movimento: problematizam a construção da diferença sexual, a representação e a reiteração binária dos corpos, a produção da assimetria dos sujeitos, dos poderes e das desigualdades sociais.”⁶³ De modo que “atuam e buscam desconstruir identidades e representações do feminino e do masculino, mostrando que o discurso fundado no biológico ou na natureza dos sexos é um mecanismo do poder e do patriarcado em operação, marcado historicamente.”⁶⁴ Diante disso, “sugere-se o uso do termo no plural – feminismos – para dar a ler e reconhecer o conjunto diverso de experiências e acepções possíveis que remetem ao enunciado.”⁶⁵

Já sobre a categoria gênero, pode-se inferir que, “No marco dessa imbricação entre interesses feministas e teoria social, o gênero, ao não encaixar-se plenamente em certos critérios de ‘utilidade’

⁵⁶ COACCI, Thiago. Encontrando o transfeminismo brasileiro: um mapeamento preliminar de uma corrente. p. 151.

⁵⁷ COACCI, Thiago. Encontrando o transfeminismo brasileiro: um mapeamento preliminar de uma corrente. p. 151.

⁵⁸ COACCI, Thiago. Encontrando o transfeminismo brasileiro: um mapeamento preliminar de uma corrente. p. 151.

⁵⁹ DIAS, Diego Madi. Brincar de gênero, uma conversa com Berenice Bento. p. 475.

⁶⁰ DIAS, Diego Madi. Brincar de gênero, uma conversa com Berenice Bento.

⁶¹ DIAS, Diego Madi. Brincar de gênero, uma conversa com Berenice Bento.

⁶² VEIGA, Ana Maria; PEDRO, Joana Maria. Gênero. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antônio. **Dicionário crítico de gênero**. Dourados: Ed. UFGD, 2015.

⁶³ CARNEIRO, Maria Elizabeth Ribeiro. Feminismo-Feminismo. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antônio. **Dicionário crítico de gênero**. Dourados: Ed. UFGD, 2015. p. 247.

⁶⁴ CARNEIRO, Maria Elizabeth Ribeiro. Feminismo-Feminismo. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antônio. **Dicionário crítico de gênero**. p. 247.

⁶⁵ CARNEIRO, Maria Elizabeth Ribeiro. Feminismo-Feminismo. p. 248.

política parece ser abandonado pelo pensamento feminista”⁶⁶ tendo sofrido diversos desgastes ao longo de sua trajetória acadêmica, passando a receber críticas e recusa de muitas teóricas em utilizá-lo como categoria. O que nos leva a pensar o gênero como um conceito instável e fluído, que muito bem representa as relações sociais atuais, mostrando-se útil como categoria de análise, de modo que o gênero vem passando por diversas adaptações em razão das necessidades e especificidades de cada grupo que o reivindica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O transfeminismo é uma corrente do feminismo voltada às questões da transexualidade. É um movimento que nasce da aplicação de conceitos trans ao discurso feminista, e também do discurso feminista sobre alguns conceitos da transexualidade. Trata-se de uma filosofia e de uma práxis sobre as identidades trans, que busca a transformação e a desconstrução dos feminismos clássicos a partir de uma crítica fundamental ao conceito biológico e binário de gênero.

o objetivo principal deste trabalho era abordar sobre o transfeminismo enquanto luta pelo reconhecimento de direitos para os transexuais. Neste viés, como objetivo específico discorreu-se sobre o transfeminismo, desde seu significado e surgimento até suas lutas e pautas reivindicatórias. Como metodologia, foram empregados os seguintes procedimentos: a) método de procedimento hipotético-dedutivo e técnica de pesquisa do tipo exploratório, através de revisão bibliográfica, sendo estruturado em tópico único.

Por conseguinte, conclui-se que o transfeminismo significa a aplicação dos pensamentos e discursos feministas sobre uma nova perspectiva que inclua as pessoas trans, baseando-se em questões relevantes que envolvem todas as mulheres, independentemente de sua condição biológica ou registral. Sendo um movimento social que luta pelo reconhecimento e pela reivindicação de direitos para os transexuais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Flávia. **Transfeminismo**: a pauta que nos ensina ir além do binarismo homem e mulher. Justificando, 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/11/29/transfeminismo-pauta-que-nos-ensina-ir-alem-do-binarismo-homem-e-mulher/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

CARNEIRO, Maria Elizabeth Ribeiro. Feminismo-Feminismo. *In*: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antônio. **Dicionário crítico de gênero**. Dourados: Ed. UFGD, 2015. P. 244-248.

COACCI, Thiago. Encontrando o transfeminismo brasileiro: um mapeamento preliminar de uma corrente. **História Agora**, n. 15, jan. 2014, p.134-161. Disponível: https://www.academia.edu/5922160/Encontrando_o_transfeminismo_brasileiro_um_mapeamento_preliminar_de_uma_corrente_em_ascens%C3%A3o. Acesso em: 22 abr. 2020.

CoIDH. **Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica**. San José, 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 18 abr. 2020.

⁶⁶ VEIGA, Ana Maria; PEDRO, Joana Maria. Gênero. p. 307.

- CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais**. Tradução de Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2016.
- DALY, Mary. **Gyn/Ecology: The Metaethics of Radical Feminism**. Boston, MA: Beacon Press, 1978.
- DIAS, Diego Madi. Brincar de gênero, uma conversa com Berenice Bento. **Cadernos Pagu**, n. 43, jul./dez. 2014, p. 475–497. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0104-8333201400430475>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332014000200475. Acesso em: 17 abr. 2020.
- GOELLNER, Silvana Vildore. A cultura fitness e a estética do comedimento: as mulheres, seus corpos e aparências. In: STEVENS, Cristina Maria Teixeira (Org.). **A construção dos corpos: perspectivas feministas**. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2008. P. 245-260.
- MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. **Direito e transexualidade: implicações sociais e jurídicas**. Vol. III. Porto Alegre: Evangraf, 2017.
- RIBEIRO, Letícia; O'DWYER, Brena and HEILBORN, Maria Luiza. Dilemas do feminismo e a possibilidade de radicalização da democracia em meio às diferenças O caso da Marcha das Vadias do Rio de Janeiro. **Civitas**, 2018, vol.18, n.1, pp.83-99. DOI: <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2018.1.27560>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1519-60892018000100083&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 01 dez. 2020. p. 95.
- SCHEIBE, Elisa. **Direitos da personalidade e transexualidade: a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural**. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos, São Leopoldo, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2430>. Acesso em: 13 abr. 2020.
- STRYKER, Susan. **Transgender History**. Berkeley: Seal Press, 2008.
- STRYKER, Susan; WHITTLE, Stephen. (Eds.) **The Transgender Studies Reader**. Nova Iorque: Routledge, 2006.
- STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. Transexualidade e os Direitos Humanos: Tutela Jurídica ao Direito à Identidade. **Cesumar**, Paraná, v. 15, n. 1, jan./jun. 2015, p. 265-283. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4101>. Acesso em: 14 abr. 2020.
- VEIGA, Ana Maria; PEDRO, Joana Maria. Gênero. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antônio. **Dicionário crítico de gênero**. Dourados: Ed. UFGD, 2015.
- WILCHINS, Riki Anne. **Read My Lips: Sexual Subversion and the End of Gender: United States**, Paperback, 2000.

EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: PARA UMA PEDAGOGIA QUE TORNE OS INDIVÍDUOS CONSCIENTES DO SEU PAPEL SOCIAL

Juliana Oliveira Santos¹

Kaoanne Wolf Krawczak²

INTRODUÇÃO

A educação trata-se de um direito-chave, ou seja, a sua negação é altamente perigosa para o princípio democrático da igualdade. O acesso à educação promove nos seres humanos a construção de um ideal, bem como de uma sociedade mais expressiva, principalmente no tocante aos Direitos Humanos, visto que se cria um perfil de pessoas mais tolerantes, favorecendo o desenvolvimento da personalidade humana, o respeito pelo ser humano independente de suas crenças, sua cor ou suas orientações sociais.

A educação na contemporaneidade, ou seja, na atual conjuntura capitalista e frente ao mundo globalizado em que se vive, enfrenta desafios no tocante à formação dos educandos. A busca pela formação de indivíduos preocupados com as questões democráticas, além de ser uma grande luta para a educação atual, através da criação de espaços públicos democráticos e a potencialização da voz dos oprimidos, torna-se vital para que os direitos humanos possam ser promovidos em sua plenitude.

No Brasil, a educação em Direitos Humanos é uma urgência, para que através disso, seja possível uma formação mais humana dos indivíduos, bem como esta seja possibilitadora de um fortalecimento dos regimes políticos democráticos na sociedade brasileira. Desse modo, além de ser responsável por inserir o aluno como cidadão na sociedade, a educação se renova quando compreende que o educando é um cidadão com direitos. Ou seja, aquele que aprende passa a ser entendido como um cidadão que além de ser respeitado, através da educação desenvolve seus direitos na prática.

Por meio da educação voltada para os Direitos Humanos, as pessoas podem se tornar sujeitos de direitos, ou seja, indivíduos que sentem empoderados e conhecedores de seus direitos, além de conhecer os processos e construções históricas das conquistas, avanços e recuos em relação à efetividade e ampliação dos seus direitos e deveres.

Em termos de normas, o Brasil teve avanços na área da educação, principalmente com a Carta Magna de 1988, marco destes avanços, além de outros documentos que contribuíram para estabelecer políticas públicas de direitos humanos e de educação em direitos humanos no país. Destaca-se, neste trabalho, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), criado no ano de 2003, o qual configura uma proposta de educação a nível nacional, pautada em considerações acerca dos direitos humanos.

Neste sentido o presente trabalho tem como objetivo principal compreender o porquê de educar em direitos humanos, a partir de uma análise crítica do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Como objetivos específicos, busca analisar como está sendo desenvolvida a Educação Regular no Brasil, e

¹ Mestra em Direito pela UNIJUÍ. Bacharel em Direito pela UNICRUZ. Pós-graduada em Metodologia e Didáticas pela CENSUPEG. E-mail: julianaoliveirasantos@yahoo.com.br CV:

² Doutoranda e Bolsista Integral CAPES no Programa de Pós-Graduação em Direito – Curso de Doutorado em Direitos Especiais da URI/SAN. Mestra em Direito pela Unijuí. E-mail: kaoanne.krawczak@gmail.com CV: <http://lattes.cnpq.br/0939417143976643> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9358-2481>

se a forma utilizada está preconizando a Educação voltada para os Direitos Humanos, visto que só é possível a criação de uma sociedade mais justa e melhor na medida em que se formam indivíduos críticos, e principalmente conhecedores de seu papel na sociedade com direitos e responsáveis por uma série de deveres.

Este trabalho enfrenta a temática através do emprego dos seguintes procedimentos: a) método de procedimento hipotético-dedutivo e técnica de pesquisa do tipo exploratório, através de revisão bibliográfica, com coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores, seleção das leituras, e fichamentos das bibliografias que embasam o referencial teórico; b) reflexão crítica e compreensão das premissas; c) desenvolvimento da hipótese e exposição dos resultados obtidos. Por conseguinte, o presente artigo está estruturado em três tópicos: 1) O direito à educação no Brasil; 2) Por que educar em Direitos Humanos; e, 3) Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos.

1. O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

A educação trata-se de um direito-chave, ou seja, a sua negação é altamente perigosa para o princípio democrático da igualdade. O acesso à educação promove nos seres humanos a construção de um ideal, bem como de uma sociedade mais expressiva, principalmente no tocante aos Direitos Humanos, visto que se cria um perfil de pessoas mais tolerantes, favorecendo o desenvolvimento da personalidade humana, o respeito pelo ser humano independente de suas crenças, sua cor ou suas orientações sociais.

O direito à educação ou direito à instrução, como é mais conhecido, assim como o direito à assistência social, é um direito que foi garantido, conforme Bedin³, “ainda no decorrer do século XVIII. A Declaração Francesa de direitos de 1793 foi o primeiro instrumento legal a prescrever o presente direito, em seu artigo XXII, ao firmar que a instrução é uma necessidade de todos”. Além disso, para o mesmo autor, “a sociedade deve favorecer com todo o seu poder o progresso da inteligência pública e colocar a instrução ao alcance de todos os cidadãos”.

A educação na contemporaneidade, ou seja, na atual conjuntura capitalista e frente ao mundo globalizado em que se vive, enfrenta desafios no tocante à formação dos educandos. A busca pela formação de indivíduos preocupados com as questões democráticas, além de ser uma grande luta para a educação atual, através da criação de espaços públicos democráticos e a potencialização da voz dos oprimidos, torna-se vital para que os direitos humanos possam ser promovidos em sua plenitude.

Neste ponto, acolher o aluno como um ser que aprende no sentido de se tornar cada vez mais cidadão político e com direitos, obriga a educação a se tornar conforme destaca Estêvão⁴ “num direito desenvolvido na lógica de uma, cada vez maior “cidadanização” crítica, orientada pelo guião emancipatório dos direitos humanos, em que, por exemplo, a dialética do direito à igualdade e o direito à diferença articulem-se adequadamente”.

A educação como direito humano é considerada um direito social integrante da denominada segunda geração de direitos, formulados e afirmados a partir do século XIX. E apesar de muitos destacarem a importância do direito à educação, há poucas reflexões que aprofundam o conteúdo deste direito num ponto de vista amplo, sem reduzi-lo à escolarização como abordam a maioria dos textos.⁵

³ BEDIN, Gilmar Antonio. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo**. 3. ed. Ijuí-RS: Unijuí, 2002. p. 71.

⁴ ESTÊVÃO, Carlos Villar. **Direitos Humanos, Justiça e Educação**. Uma análise crítica das suas relações complexas em tempos anormais. Editora Unijuí, Ijuí-RS, 2015. p. 63

⁵ CANDAU, Vera Maria Ferrão. **Direito à educação**, diversidade e educação em direitos humanos. **Educ. Soc.**, Campinas, v.33, n.120, p. 715-726, July/Sept. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-73302012000300004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/es/v33n120/04.pdf>. Acesso em: 27 out. 2016.

Para Haddad⁶, na introdução do Relatório sobre o Direito à Educação, realizado pela Plataforma Brasileira de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais:

Conceber a Educação como Direito Humano diz respeito a considerar o ser humano na sua vocação ontológica de querer "ser mais", diferentemente dos outros seres vivos, buscando superar sua condição de existência no mundo. Para tanto, utiliza-se do seu trabalho, transforma a natureza, convive em sociedade. Ao exercer sua vocação, o ser humano faz História, muda o mundo, por estar presente no mundo de uma maneira permanente e ativa.

Nas sociedades modernas, os sistemas escolares são parte do processo educativo em que aprendizagens básicas são desenvolvidas e os conhecimentos essenciais são transmitidos, além das normas, comportamentos e habilidades ensinados e aprendidos, destacando o conhecimento como condição para sobrevivência e bem-estar social.⁷

Como destaca Candau⁸, é possível afirmar que nas últimas décadas no Brasil o desenvolvimento do direito à educação ocorre em processo acelerado e pode ser caracterizado por duas ênfases: a expansão da escolarização e a afirmação da construção de uma educação escolar comum a todos, tendo em vista a afirmação da igualdade.

Quanto à primeira característica, o direito à educação escolar, num primeiro momento a ênfase foi posta na ampliação dos anos de obrigatoriedade escolar, na perspectiva da universalização do ensino fundamental, além de implementar políticas de ampliação do acesso à educação em todos os níveis. Mas, a expansão do sistema e a presença dos diversos grupos sociais e culturais que passaram a frequentá-lo colocaram em evidência a heterogeneidade dos resultados, os altos índices de evasão e fracasso escolar, colocando no centro dos debates e das preocupações a questão da qualidade da educação.⁹

Diante disso, destaca-se que, apesar de haver um consenso quanto aos avanços ocorridos na educação, existem diferentes interpretações e indicações quanto a conceitos e políticas com relação ao tipo de sociedade e cidadania que se quer construir.

2. POR QUE EDUCAR EM DIREITOS HUMANOS?

O ser humano possui valores e são esses valores que os fazem, de fato, seres humanos. Na educação escolar os valores se tornam ainda mais amplos, pois no relacionamento professor-aluno, além das palavras, as atitudes transmitem esses valores.

A efetiva proteção dos direitos humanos, conforme Piovesan¹⁰, “demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão”. Diante disso, implementar os direitos humanos, para a autora, “requer a universalidade e indivisibilidade desses direitos, acrescidos do valor da diversidade [...] Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença”.

Segundo Candau¹¹, atualmente a problemática dos direitos humanos se situa a partir do debate

⁶ HADDAD, Sérgio. **O direito à educação no Brasil**. Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação. Curitiba: DhESC Brasil, 2004. p. 1

⁷ HADDAD, Sérgio. **O direito à educação no Brasil**.

⁸ CANDAU, Vera Maria Ferrão. **Direito à educação**, diversidade e educação em direitos humanos.

⁹ CANDAU, Vera Maria Ferrão. **Direito à educação**, diversidade e educação em direitos humanos.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. Concepção contemporânea de direitos humanos. In: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Marinho. **A educação entre os direitos humanos**. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006. p. 24

¹¹ CANDAU, Vera Maria Ferrão. **Direito à educação**, diversidade e educação em direitos humanos.

entre igualdade e diferença, superando as desigualdades e, ao mesmo tempo, valorizando a diversidade, promovendo redistribuição e reconhecimento. E este desafio atravessa as questões relacionadas ao direito à educação e à educação em direitos humanos.

Importante acrescentar o entendimento de Freire sobre a importância da educação na humanização dos indivíduos. Segundo ele:

A existência, porque humana, não pode ser muda, silenciosa, nem tampouco pode nutrir-se de falsas palavras, mas de palavras verdadeiras, com que os homens transformam o mundo. Existir, humanamente, é pronunciar o mundo, é modificá-lo. O mundo pronunciado, por sua vez, se volta problematizado aos sujeitos pronunciantes, a exigir deles novo pronunciar. Não é no silêncio que os homens se fazem, mas na palavra, no trabalho, na ação-reflexão.¹²

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, mesmo com valores ético-políticos que norteiam a convivência humana na diversidade, esta convivência ainda não é realidade para a grande parte da humanidade, bem como não foram durante toda a história desta Declaração, pois sempre havia algum grupo, ou muitos, sendo cerceados destes direitos e privados de muitos valores. A luta pela igualdade entre seres humanos é histórica, e nesse contexto histórico surge a Educação em Direitos Humanos, no início dos anos 80, juntamente com as lutas de resistência aos regimes ditatoriais na América Latina, privilegiando e defendendo a democracia, liberdade e cidadania, diversidade, entre outros direitos.

Com o fenômeno conhecido como globalização, as diversas culturas e desigualdades tornaram-se explícitas e as pessoas começaram a se conhecer e reconhecer no outro, assim se colocou a necessidade de uma consciência e uma visão para a Educação na Diversidade.

Conforme Freire¹³ associar a disciplina cujo conteúdo se ensina é essencial, como também discutir com os alunos a realidade concreta, ou seja, a “realidade agressiva em que a violência é constante e a convivência das pessoas é muito maior com a morte do que com a vida”. Além disso, pode ser estabelecida uma “necessária ‘intimidade’ entre os saberes curriculares fundamentais aos alunos e a experiência social que eles têm como indivíduos”.¹⁴

A Educação voltada para os Direitos Humanos ressalta a cooperação e o diálogo em busca de uma felicidade coletiva, sendo que para isto é necessária uma visão abrangente que envolva toda comunidade escolar. Assim, para que seja possível o trabalho de Educação em Direitos Humanos faz-se necessário desenvolver três valores essenciais, quais sejam: a liberdade, a igualdade e a solidariedade. Já nos primeiros anos da vida escolar, é essencial trabalhar os valores citados para que a criança aceite a diversidade entre os seres humanos. Para Freire¹⁵, a educação autêntica “não se faz de “A” para “B” ou de “A” sobre “B”, mas de “A” com “B”, mediatizados pelo mundo.

Nesse sentido, Estêvão¹⁶ assegura que a educação e a formação, baseadas nos princípios da igualdade, da dignidade humana, da inclusão e da não discriminação, “deviam contribuir para a erradicação de todas as formas de discriminação, racismo e estereótipos ou incitamento ao ódio e a atitudes e preconceitos nocivos”. O mesmo autor ressalta que uma educação voltada para os direitos humanos tem a ver com “o empoderamento dos atores envolvidos de modo a contribuírem para a construção e promoção

¹² FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**. Saberes necessários à prática educativa. 23. ed. São Paulo-SP: Paz e Terra, 2002. p. 34

¹³ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**. Saberes necessários à prática educativa. p. 34.

¹⁴ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**. Saberes necessários à prática educativa. p. 34.

¹⁵ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. p. 48.

¹⁶ ESTÊVÃO, Carlos Villar. **Direitos Humanos, Justiça e Educação**. Uma análise crítica das suas relações complexas em tempos anormais. p. 88.

de uma cultura universal de direitos humanos”.¹⁷

No Brasil, a educação em Direitos Humanos é uma urgência, para que através disso, seja possível uma formação mais humana dos indivíduos, bem como esta seja possibilitadora de um fortalecimento dos regimes políticos democráticos na sociedade brasileira. Desse modo, além de ser responsável por inserir o aluno como cidadão na sociedade, a educação se renova quando compreende que o educando é um cidadão com direitos, como explica Estêvão¹⁸ “diante do outro enquanto detentor de direitos seja ele próximo ou distante, nacional ou apátrida, branco ou negro, homem ou mulher, homo ou heterossexual”. Ou seja, aquele que aprende passa a ser entendido como um cidadão que além de ser respeitado, através da educação desenvolve seus direitos na prática.

3. PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

Com base no papel da educação para o aprofundamento, conscientização e divulgação dos direitos humanos, necessário se faz reconhecer o fato de que sem a educação, muitos dos direitos humanos “não são passíveis de concretização, tornando-se imprescindível entre outros aspectos, aprofundar a concepção educacional dos direitos humanos”.¹⁹

No entendimento de Estêvão²⁰, existe um consenso global crescente quanto à educação como um direito humano, a partir da ideia de que a inclusão dos direitos humanos na educação é um elemento fundamental para a educação de qualidade. Assim, a “EDH deve incluir iniciativas de formação, disseminação e informação, destinadas a criar uma cultura universal de direitos humanos, partilhando conhecimentos e competências e moldando atitudes”.

Segundo Estêvão²¹, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), dispõe acerca da ideia de que a educação deve ser compreendida como um processo sistêmico e multidimensional formando sujeitos de direitos, através de valores.

Entre os valores acima mencionados, destacam-se:

Apreensão de conhecimento historicamente construídos sobre direitos humanos e a sua relação com os diversos contextos, sejam eles internacionais, nacionais, ou locais;

Afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem uma cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade;

Formação de uma consciência cidadão presente nos níveis cognitivo, social, ético e político;

Desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados;

¹⁷ ESTÊVÃO, Carlos Villar. **Direitos Humanos, Justiça e Educação**. Uma análise crítica das suas relações complexas em tempos anormais. p. 88.

¹⁸ ESTÊVÃO, Carlos Villar. **Direitos Humanos, Justiça e Educação**. Uma análise crítica das suas relações complexas em tempos anormais. p. 62.

¹⁹ WARAT, Luis Alberto. Direitos Humanos: subjetividade e práticas pedagógicas. In: SOUZA JR., J.G de et al. (Orgs.). **Educando para os direitos humanos**. Pautas Pedagógicas para a cidadania na universidade. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 74.

²⁰ ESTÊVÃO, Carlos Villar. **Direitos Humanos, Justiça e Educação**. Uma análise crítica das suas relações complexas em tempos anormais. p. 87.

²¹ ESTÊVÃO, Carlos Villar. **Direitos Humanos, Justiça e Educação**. Uma análise crítica das suas relações complexas em tempos anormais.

Fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos a favor da promoção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das violações.²²

Quando se verifica a educação como instrumento fundamental para o desenvolvimento dos indivíduos enquanto seres humanos, pode-se conferir a ela o caráter de direito humano justamente por ser componente integrativo da dignidade humana, contribuindo para sua efetivação. Assim, sob este pressuposto, pode-se conceber a educação como uma condição básica para que os cidadãos possam operar plenamente enquanto seres humanos no contexto das sociedades modernas.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, como todas as ações na área de direitos humanos, é resultado de uma união dos três poderes da República, especialmente o Poder Executivo (governos federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal) dos organismos internacionais, instituições de educação superior e a sociedade civil organizada.²³

O PNEDH também destaca que o Estado brasileiro tem como princípio a afirmação dos direitos humanos como universais, indivisíveis, e interdependentes e para sua efetivação todas as políticas públicas devem considerá-los, tendo em vista a construção de uma sociedade baseada na promoção da igualdade de oportunidades e da equidade, no respeito à diversidade e na consolidação de uma cultura democrática e cidadã.²⁴

Nesse sentido, é preciso compreender que a noção de educação, como postulada pelos entusiastas da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não é imparcial com relação a valores. A educação, no seu sentido instrumental mais amplo, constitui um direito com tripla acepção: social, uma vez que promove o pleno desenvolvimento da personalidade humana no contexto de uma sociedade; econômico, uma vez que possibilita certa suficiência econômica por meio da oportunidade de adentrar o mercado de trabalho; e cultural, uma vez que, segundo as recomendações da comunidade internacional, a educação deve ser orientada para a construção de uma cultura universal de direitos humanos.

Diante disso, é importante mencionar o que dispõe os artigos 26 e 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 26

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

²² ESTÊVÃO, Carlos Villar. **Direitos Humanos, Justiça e Educação**. Uma análise crítica das suas relações complexas em tempos anormais. p. 84.

²³ BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/educacao-em-direitos-humanos/DIAGRAMAOPNEDH.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

²⁴ BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.²⁵

Artigo 29

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.²⁶

A educação em direitos humanos se encaixa como um instrumento para a promoção da dignidade humana, por meio desse pleno desenvolvimento, cuja eficácia é garantida somente quando a educação voltada para a dignidade apreende todo o conjunto de direitos humanos.

De acordo com Freire²⁷, uma das tarefas mais importantes da prática educativo-crítica é possibilitar aos educandos condições para vivenciarem entre si e com o professor ou professora uma experiência profunda. “Assumir-se como ser social e histórico, como ser pensante, comunicante, transformador, criador, realizador de sonhos, capaz de ter raiva porque capaz de amar”.²⁸ Isto é, ao se assumir como sujeito o educando é capaz de reconhecer-se também como objeto.

Diante do exposto, há de se ressaltar que a escola é o local privilegiado, para a construção, consolidação e afirmação da cultura dos direitos humanos, sendo preciso que esta prática esteja visível no currículo, bem como na formação dos profissionais da educação.

Assim, importante se faz, acrescentar a ideia de Paulo Freire²⁹, que menciona ser preciso refletir de forma crítica a prática na formação permanente dos professores, já que é pensando criticamente a prática de hoje ou de ontem que se pode melhorar a prática futura. Segundo Freire³⁰

O próprio discurso teórico, necessário à reflexão crítica, tem de ser de tal modo concreto que quase se confunda com a prática. O seu ‘distanciamento’ epistemológico da prática enquanto objeto de sua análise, deve dela ‘aproximá-lo’ ao máximo.

No que diz respeito à interrelação entre direito à educação e educação em direitos humanos, as reflexões sobre estes campos ocorreram de modo independente. Contudo de forma progressiva se aproximaram sendo assumido o ponto de vista que considera a educação em direitos humanos como um componente do direito à educação e elemento fundamental da qualidade que deve ser promovida.³¹

²⁵ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016. s.p.

²⁶ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** s.p.

²⁷ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia.** Saberes necessários à prática educativa.

²⁸ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia.** Saberes necessários à prática educativa. p. 46.

²⁹ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia.** Saberes necessários à prática educativa.

³⁰ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia.** Saberes necessários à prática educativa. p. 44.

³¹ CANDAU, Vera Maria Ferrão. **Direito à educação, diversidade e educação em direitos humanos.**

Para o mesmo autor, é preciso construir uma educação comprometida com a formação de sujeitos de direito e a afirmação da democracia, da justiça e do reconhecimento da diversidade na sociedade brasileira. Assim, a construção de uma cultura dos direitos humanos em diferentes âmbitos da sociedade constitui sua principal base: no plano teórico esta articulação foi conquistada, mas ainda há muito a realizar quanto às políticas públicas, à formação de educadores e às práticas pedagógicas.

O movimento da sociedade civil nos últimos anos vem produzindo e constituindo novos direitos, na defesa e no respeito às diferenças e pela superação das desigualdades.

Ao estudar e trabalhar do ponto de vista educacional, dos seus indicadores, as desigualdades estão claramente marcadas, no tratamento desigual destinado às faixas etárias, nas questões de gênero, de etnia e raça, nos grupos vulneráveis, o rural, o urbano.³²

O desenvolvimento deste processo torna cada vez mais urgente a promoção de processos de educação voltados para os direitos humanos que colaborem na construção de uma cultura de direitos humanos na sociedade como um todo e, particularmente, nos processos educativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo principal compreender o porquê de educar em direitos humanos, a partir de uma análise crítica do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Como objetivos específicos, buscou-se analisar como está sendo desenvolvida a Educação Regular no Brasil, e se a forma utilizada está preconizando a Educação voltada para os Direitos Humanos, visto que só é possível a criação de uma sociedade mais justa e melhor na medida em que se formam indivíduos críticos, e principalmente conhecedores de seu papel na sociedade com direitos e responsáveis por uma série de deveres.

O artigo enfrentou a temática através do emprego dos seguintes procedimentos: a) método de procedimento hipotético-dedutivo e técnica de pesquisa do tipo exploratório, através de revisão bibliográfica, com coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores, seleção das leituras, e fichamentos das bibliografias que embasam o referencial teórico; b) reflexão crítica e compreensão das premissas; c) desenvolvimento da hipótese e exposição dos resultados obtidos. Tendo sido estruturado em três tópicos: 1) O direito à educação no Brasil; 2) Por que educar em Direitos Humanos; e, 3) Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos.

Ao passo que, a partir da análise realizada com este artigo, é possível compreender que uma educação orientada para os direitos humanos é capaz de alargar as próprias visões de participação social dos seus atores. Nesse sentido, o artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 encontra-se muito atual, uma vez que de fato, a educação deve visar o desenvolvimento da personalidade humana, reforçando o respeito pelos direitos humanos, pela liberdade, incentivando a compreensão entre os indivíduos, visando à amizade entre as nações independentemente de suas crenças e buscando o alcance da paz.

É possível compreender que, para uma educação voltada para os direitos humanos, é necessário reforçar o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, bem como incentivar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e da sua dignidade, promovendo a igualdade entre sexos e a amizade entre os povos como já fora mencionado, através da criação de condições de participação de todos na construção de uma sociedade livre, sendo possível a criação de uma cultura de paz entre todos os

³² HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela. **A educação entre os direitos humanos**. Campinas: Editora Autores Associados, 2006. p. 5.

cidadãos.

Importante destacar a necessidade e a urgência de que os Estados promovam, bem como desenvolvam estratégias e políticas de planos e de programas de ações para instituir a Educação em direitos humanos, além de integrar essas medidas nos currículos escolares e de formação.

Por fim, há de se ressaltar que a educação voltada para os Direitos Humanos, deve estar fundamentada pelos princípios críticos da emancipação, da educação para a liberdade e autonomia, e pelo diálogo, visando o respeito ao ser humano, como pessoa ou como sujeito de direitos.

Portanto, a educação para os direitos humanos deve proporcionar aos educandos uma possibilidade de liberdade, através de uma pedagogia que leve os indivíduos a se tornarem conscientes das condições e do seu papel social, ou seja, indivíduos conhecedores do contexto em que vivem. E, apesar dessa conclusão parecer utópica, entende-se que as utopias movem, e significam a possibilidade de sonhar com um mundo melhor. A luta pela educação em um mundo globalizado não pode ter sucesso a não ser que esteja associada com as lutas pela democracia

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo**. 3. ed. Ijuí-RS: Unijuí, 2002.

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/educacao-em-direitos-humanos/DIAGRMAOPNEDH.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CP n. 1**, de 30 de maio de 2012. Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 maio 2012. Seção 1, p. 48. Disponível em: http://www.escoladeformacao.sp.gov.br/portais/Portals/84/docs/cursos-concursos/promocao/Anexo%20F7_RESOLU%C3%87%C3%83O%20CNECP%201%20DE%2030%20DE%20M AIO%20DE%202012.pdf. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Ministério da Educação. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&category_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. **Unesco**. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423_por.pdf. Acesso em: 10 jun. 2016.

CANDAU, Vera Maria Ferrão. Direito à educação, diversidade e educação em direitos humanos. **Educ. Soc.**, Campinas, v.33, n.120, p. 715-726, July/Sept. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-73302012000300004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/es/v33n120/04.pdf>. Acesso em: 27 out. 2016.

ESTÊVÃO, Carlos Villar. **Direitos Humanos, Justiça e Educação**. Uma análise crítica das suas relações complexas em tempos anormais. Editora Unijuí, Ijuí-RS, 2015.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 11. ed. 23. Reimpressão. São Paulo-SP: Paz e Terra, 1994.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**. Saberes necessários à prática educativa. 23. ed. São Paulo-SP: Paz e Terra, 2002.

HADDAD, Sérgio. **O direito à educação no Brasil**. Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação. Curitiba: DhESC Brasil, 2004.

HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela. **A educação entre os direitos humanos**. Campinas: Editora Autores Associados, 2006.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Concepção contemporânea de direitos humanos. *In*: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Marinho. **A educação entre os direitos humanos**. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006. P. 11-42.

WARAT, Luis Alberto. Direitos Humanos: subjetividade e práticas pedagógicas. *In*: SOUZA JR.,J.G de et al. (Orgs.). **Educando para os direitos humanos**. Pautas Pedagógicas para a cidadania na universidade. Porto Alegre: Síntese, 2004. P.71-75.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SAUDÁVEL E A EXCLUSÃO DOS TRANSEXUAIS DO MERCADO DE TRABALHO

Kaoanne Wolf Krawczak¹

Noli Bernardo Hann²

INTRODUÇÃO

Os direitos de acesso ao trabalho digno e ao meio ambiente de trabalho saudável devem ser garantidos a todos os sujeitos, independentemente de raça, sexo, cor, gênero, religião etc., conforme preleciona a Constituição Federal e as demais legislações protetoras dos direitos trabalhistas, como a Consolidação das Leis Trabalhistas. Porém, esse direito não tem sido efetivado na prática, principalmente quando entra em questão o gênero, visto que a todo o momento milhares de travestis e transexuais são excluídos do mercado de trabalho por não se enquadrarem nos padrões heteronormativos impostos pela sociedade.

De modo que o mercado de trabalho é muito cruel com transexuais, apesar da vontade em encontrar um trabalho com rotina, horário de trabalho e carteira assinada, o preconceito fica evidente quando se candidatam a uma vaga. A resposta é sempre a mesma: não há vagas. O que evidencia os desafios que transgêneros enfrentam no mercado de trabalho. Com isso esse grupo acaba tendo como única opção para sobreviver o mercado informal, ou seja, se prostituir pelas ruas do país, não tendo assim garantido seu direito fundamental ao meio ambiente de trabalho saudável. Assim, com poucas oportunidades de emprego, cerca de 90% das pessoas trans no Brasil acabam recorrendo à prostituição em algum momento da vida, conforme dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra).

Diante disso, o objetivo principal é tratar sobre o direito fundamental ao meio ambiente de trabalho saudável e a realidade enfrentada pelos transexuais no mercado de trabalho brasileiro. Neste viés, como objetivos específicos irá se discorrer sobre o direito ao trabalho e o acesso ao trabalho digno, para em seguida abordar o tema do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho saudável, e por último, demonstrar qual é a realidade enfrentada pelos transgêneros no mercado de trabalho brasileiro.

De modo que este trabalho enfrenta a temática através do emprego dos seguintes procedimentos: a) método de abordagem hipotético-dedutivo e técnica de pesquisa do tipo exploratório, através de revisão bibliográfica, com coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores, seleção das leituras, e fichamentos das bibliografias que embasam o referencial teórico; b) reflexão crítica e compreensão das premissas; c) desenvolvimento da hipótese e exposição dos resultados obtidos. Por conseguinte, o presente artigo está estruturado em dois tópicos: 1) O direito fundamental ao meio ambiente de trabalho saudável; e, 2) A realidade enfrentada pelos transgêneros no mercado de trabalho brasileiro.

¹ Doutoranda e Bolsista Integral CAPES no Programa de Pós-Graduação em Direito – Curso de Doutorado em Direitos Especiais da URI/SAN. Mestra em Direito pela Unijuí. E-mail: kaoanne.krawczak@gmail.com CV: <http://lattes.cnpq.br/0939417143976643> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9358-2481>

² Pós-doutor pela Faculdades EST. Doutor em Ciências da Religião pela UMEESP. Integra o corpo docente como professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Cursos de Mestrado Doutorado em Direitos Especiais da URI/SAN. E-mail: nolihahn@san.uri.br. CV: <http://lattes.cnpq.br/4888480291223483>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2637-5321>

1. O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SAUDÁVEL

Ao passo que o meio ambiente do trabalho pode ser definido como sendo “o local onde os trabalhadores desempenham suas atividades, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a sua incolumidade físico-psíquica.”³ Tal definição não está limitada ao trabalhador que é regido por uma relação de emprego clássica, mas sim abrangendo toda e qualquer forma de trabalho, conforme a Constituição, “a qual estabelece sua proteção a todos difusamente, na busca da sadia qualidade de vida.”⁴

O meio ambiente laboral “é o lugar onde as pessoas passam uma parcela considerável de suas vidas.”⁵ Ao passo que “Os efeitos das atividades desenvolvidas transcendem a esfera de trabalho atingindo diretamente as demais áreas de convivência e à qualidade de suas vidas enquanto laboradores.”⁶ Desse modo, torna-se imprescindível sua tutela jurídica, “a fim garantir condições mínimas de dignidade para o bom desempenho do trabalho, devendo ser desenvolvido de forma hígida e salubre, visando à incolumidade física e psíquica daquele que labora.”⁷

“Os impactos negativos causados pelo labor em condições degradadas e insalubres afetam diretamente a vida do trabalhador, e por consequência, o seio familiar além de influenciar sobre toda a sociedade, ocasionando problemas das mais variadas ordens.”⁸ Sendo este conceito amplo, tem ele a finalidade de “propiciar maior alcance da norma evitando-se que inúmeras situações ficassem excluídas de proteção jurídica.”⁹ Sendo assim, a norma de proteção ao meio ambiente do trabalho objetiva “resguardar o trabalhador e sua saúde, garantindo seu desenvolvimento enquanto pessoa humana, amparado pelo valor social do trabalho, propiciando-lhe meios dignos para o bom desempenho de suas funções.”¹⁰

Ao passo que “a afirmação do Direito Ambiental como ramo do Direito veio sedimentar a ideia de quebra da dicotomia direito privado e direito público, para constituir um ramo do direito coletivo em sentido amplo, na sua espécie direito difuso.”¹¹ Seguindo este entendimento, “o bem ambiental é o objeto do Direito Ambiental. Quer no aspecto material, quer no imaterial, diz respeito ao valor maior do ser humano: a vida.”¹² Sendo esta a razão que faz a Carta Maior estabelecer em seu artigo 225, *caput*, (supracitado), que “o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida do ser humano, impondo ao poder público e à sociedade organizada o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações.”¹³ Portanto, o bem ambiental é “um direito de todos e de cada um ao mesmo tempo, e, uma vez violado, a agressão atinge a sociedade e o Estado, que finalmente respondem pelas

³ MELO, Raimundo Simão de. No Direito do Trabalho, bem ambiental envolve a vida do trabalhador. **Revista Consultor jurídico** [online], out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-20/reflexoes-trabalhistas-direito-trabalho-bem-ambiental-envolve-vida-trabalhador>. Acesso em: 08 jan. 2020. s.p.

⁴ MELO, Raimundo Simão de. No Direito do Trabalho, bem ambiental envolve a vida do trabalhador. s.p.

⁵ JARDIM, Leila Maria de Souza. **O direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável**. DireitoNet, 2015. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8873/O-direito-fundamental-do-trabalhador-ao-meio-ambiente-de-trabalho-saudavel>. Acesso em: 05 jan. 2020. s.p.

⁶ JARDIM, Leila Maria de Souza. **O direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável**. s.p.

⁷ JARDIM, Leila Maria de Souza. **O direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável**. s.p.

⁸ JARDIM, Leila Maria de Souza. **O direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável**. s.p.

⁹ JARDIM, Leila Maria de Souza. **O direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável**. s.p.

¹⁰ JARDIM, Leila Maria de Souza. **O direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável**. s.p.

¹¹ MELO, Raimundo Simão de. No Direito do Trabalho, bem ambiental envolve a vida do trabalhador. s.p.

¹² MELO, Raimundo Simão de. No Direito do Trabalho, bem ambiental envolve a vida do trabalhador. s.p.

¹³ MELO, Raimundo Simão de. No Direito do Trabalho, bem ambiental envolve a vida do trabalhador. s.p.

mazelas sociais.”¹⁴

Assim, no Direito do Trabalho, “o bem ambiental envolve a vida do trabalhador como pessoa e integrante da sociedade, devendo ser preservado por meio da implementação de condições adequadas nos ambientes laborais, higiene e medicina do trabalho.”¹⁵ Cabendo tanto ao empregador como ao tomador de serviços, que devem assumir os riscos de tais atividades, preservar e proteger o meio ambiente de trabalho, e ao Estado e a sociedade, por sua vez, cabem preservar a incolumidade desse bem.¹⁶

Pois, como estabelece a Constituição Federal de 1988, nos artigos 1º e 170, são fundamentos do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica: os valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana e o respeito ao meio ambiente.

“O trabalho humano foi elevado ao alto nível de proteção pela Magna Carta de 1988, que priorizou o homem em detrimento dos meios de produção, ou seja, o homem não é uma máquina de trabalho, não foi feito para o trabalho, mas o trabalho foi criado para a satisfação humana.”¹⁷ De forma que “As condições laborais influenciam na qualidade de vida do trabalhador e está diretamente relacionada à sua saúde, pois é no ambiente laboral que passa a maioria do tempo de sua existência”¹⁸ e, por causa disso, “é necessário dispor de um sistema constitucional que garanta direitos a essa parcela da sociedade.”¹⁹

Constitucionalmente, “o direito ao meio ambiente e o meio ambiente do trabalho estão interligados pelos valores que permeiam o princípio da dignidade humana.”²⁰ Assim, “o trabalhador não é um instrumento de produção, devendo ser-lhe conferido o devido respeito como pessoa e a finalidade do trabalho deve ser o pleno desenvolvimento da identidade do trabalhador, servindo de espaço para construção de sua identidade e bem-estar. Desse modo, de forma eficaz e na sua totalidade “o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser aplicado, não como manifestação de boa vontade, mas com significado de normatividade e cogência”²¹, garantindo a dignidade daquele que “labora contribuindo para o desenvolvimento da nação, enaltecendo o valor social do trabalho.”²²

2. A REALIDADE ENFRENTADA PELOS TRANSEXUAIS NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO

Essa discriminação para com os transexuais e travestis tem sido reproduzida no acesso ao mercado de trabalho, pois as oportunidades em educação e trabalho para estes sujeitos acaba esbarrando no preconceito e na ignorância. Nesse sentido, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) aponta que, com raras oportunidades de emprego, cerca de 90% das pessoas trans acabam recorrendo à prostituição em algum momento da vida. Ainda, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH) divulgou em seu relatório que “a transfobia faz com que esse grupo ‘acabe tendo como única opção de sobrevivência a prostituição de rua’”.²³

¹⁴ MELO, Raimundo Simão de. No Direito do Trabalho, bem ambiental envolve a vida do trabalhador. s.p.

¹⁵ MELO, Raimundo Simão de. No Direito do Trabalho, bem ambiental envolve a vida do trabalhador. s.p.

¹⁶ MELO, Raimundo Simão de. No Direito do Trabalho, bem ambiental envolve a vida do trabalhador.

¹⁷ JARDIM, Leila Maria de Souza. **O direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável.** s.p.

¹⁸ JARDIM, Leila Maria de Souza. **O direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável.** s.p.

¹⁹ JARDIM, Leila Maria de Souza. **O direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável.** s.p.

²⁰ JARDIM, Leila Maria de Souza. **O direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável.** s.p.

²¹ JARDIM, Leila Maria de Souza. **O direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável.** s.p.

²² JARDIM, Leila Maria de Souza. **O direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável.** s.p.

²³ CUNHA, Taís. **Não há vagas...** Para trans. Brasília: Correio Braziliense, 2017. Disponível em: <http://especiais.correiobraziliense.com.br/transexuais-sao-excluidos-do-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 13 dez. 2019.

Nestes termos,

Segundo dados da Rede Nacional de Pessoas Trans do Brasil (RedeTrans), 82% das mulheres transexuais e travestis abandonam o ensino médio entre os 14 e os 18 anos em função da discriminação na escola e da falta de apoio familiar. Sem opção, 90% acabam na prostituição.²⁴

Ainda, segundo dados do ano de 2012, da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT²⁵ mesmo que não existam dados estatísticos oficiais, estima-se que cerca de 73% dos transexuais e travestis deixam de estudar. Estes números não estão ligados “somente às decisões pessoais dos indivíduos, mas sim atrelado à intolerância, ao preconceito e à diferença, pois, segundo a ABGLT, o grupo que mais sofre discriminação na escola é o de transexuais e travestis.”²⁶ Na vida adulta essa discriminação se transmuda em dificuldades de acesso ao mercado de trabalho.²⁷

Porém, o trabalho, além de representar um meio para satisfação das necessidades básicas, representa uma fonte de identificação e inserção social para qualquer indivíduo, em outras palavras, “o trabalho é necessário para que as pessoas desenvolvam-se e identifiquem-se socialmente.”²⁸ Nesse mesmo sentido preleciona Souza²⁹ para quem

[...] o trabalho possui o papel de definir o lugar social do indivíduo. Dessa forma, as implicações causadas na subjetividade e na saúde mental das pessoas que estão apartadas do mercado de trabalho podem ser devastadoras. A pessoa incapacitada de desenvolver-se profissionalmente pode ter grande sofrimento psíquico e adoecer, pois é retirado dela o posto que lhe daria colocação e aceitação social.

Ao observar o mercado de trabalho formal é possível perceber que “o contingente de mulheres travestis e transexuais em qualquer área de atuação é extremamente inferior ao de homens e mulheres cisgêneros, inclusive homossexuais.”³⁰ Nestes termos, comprovando tal assertiva

Um estudo realizado pela HayGroup, consultoria multinacional de gestão de negócios, aponta que um dos motivos para isso é a falta de políticas de diversidade nas empresas. O estudo realizado com mais de 906 empresas de diversos setores, identificou que apenas 21% da amostra possuem uma política de valorização da diversidade, sendo que 47% dessas políticas são voltadas para pessoas com deficiências e 18% para jovens aprendizes ou terceira idade.³¹

²⁴ CASTRO, Davi de. **Visibilidade Trans**: a realidade do mercado de trabalho para transexuais. TV BRASIL EBC, 2017. Disponível em: <http://tvbrasil.ebc.com.br/estacaoplural/post/visibilidade-trans-a-realidade-do-mercado-de-trabalho-para-transexuais>. Acesso em: 20 dez. 2019. s.p.

²⁵ LICCIARDI, Norma; WAITMANN, Gabriel; OLIVEIRA, Mateus Henrique Marques de. A discriminação de mulheres travestis e transexuais no mercado de trabalho. **Revista Científica Hermes [en linea]**, 2015, Jul./Dic. 2015, p. 201-218. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/4776/477647161011/>. Acesso em: 05 jan. 2020.

²⁶ ABGLT. **Manifesto por uma educação em respeito a diversidade sexual**. São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.abgl.org.br/port/basecoluna.php?cod=319>. Acesso em: 26 dez. 2019. s.p.

²⁷ LICCIARDI, Norma; WAITMANN, Gabriel; OLIVEIRA, Mateus Henrique Marques de. A discriminação de mulheres travestis e transexuais no mercado de trabalho.

²⁸ LICCIARDI, Norma; WAITMANN, Gabriel; OLIVEIRA, Mateus Henrique Marques de. A discriminação de mulheres travestis e transexuais no mercado de trabalho. p. 208

²⁹ BERNARDO, Marcia Hespanhol, NOGUEIRA, Francisco Ronal Capulade, BÜLL, Sandra. Trabalho e Saúde Mental: repercussões das formas de precariedade objetiva e subjetiva. **Arquivos brasileiros de Psicologia**, Rio de Janeiro, vol. 63, no. spe., 2011, p. 83-93. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/arbp/v63nspe/09.pdf> Acesso em: 29 dez. 2019. p. 42.

³⁰ LICCIARDI, Norma; WAITMANN, Gabriel; OLIVEIRA, Mateus Henrique Marques de. A discriminação de mulheres travestis e transexuais no mercado de trabalho. p. 209.

³¹ LICCIARDI, Norma; WAITMANN, Gabriel; OLIVEIRA, Mateus Henrique Marques de. A discriminação de mulheres travestis e transexuais no mercado de trabalho. p. 209.

Ao buscarem vagas no mercado de trabalho o que os travestis e transexuais escutam é sempre a mesma coisa: não há vagas, você não corresponde com o perfil da empresa, essa vaga já foi preenchida. Pois, “segundo levantamento de 2015 da companhia Elancers, que atua na área de sistemas de recrutamento e seleção, 38% das empresas brasileiras não contratariam pessoas LGBT para cargos de chefia e 7% não contratariam em hipótese alguma.”³²

Outro estudo da mesma época, o Demitindo Preconceitos, Por que as empresas precisam sair do armário, da Consultoria de engajamento Santa Caos, ouviu 230 pessoas. Quarenta por cento relatam preconceito no emprego devido à orientação sexual. Um em cada quatro entrevistados consideram que a escolha da carreira é influenciada pela orientação.³³

E quando essas empresas empregam travestis e transexuais, as vagas que lhes são destinadas estão em empregos invisíveis. Assim, nos diz Soldatelli³⁴ que “Os outras dez por cento estão em empregos invisíveis. A maior parte dessa população trabalhando em empregos como *call centers*, estoques...” Sendo “poucas empresas que colocam travestis e transexuais na sua linha de frente tanto em cargos executivos quanto em cargos com visibilidade para o público.³⁵ Na maioria dos casos, apesar de possuírem um ótimo currículo, acabam sendo preteridos nos processos seletivos apenas por serem transexuais ou travestis “e são obrigadas por essa sociedade a terem seu único proveito como objetos sexuais, como profissionais do sexo.”³⁶ Pois, segundo a ativista Daniela Andrade “independente da sua bagagem profissional e escolaridade, você ter uma identidade de gênero divergente da maioria é prerrogativa para que empresas não contratem”.³⁷

De modo que, Soldatelli³⁸ nos diz que ao conversarem com 150 empresas no ano de 2016 e constatou-se que poucas delas possuem políticas que apoiam pessoas trans. “A gente pode contar nas mãos quantas empresas têm uma política bem estruturada de apoio do trabalho de travestis e transexuais. A gente tem alguns casos como o do Carrefour e do McDonald's, que têm atendentes travestis e transexuais.”³⁹ Pois “A realidade de nós [...] trans é que o mercado de trabalho não está preparado, entendeu? O mercado tenta nos apagar. Na maioria das vezes ele não quer saber o que você tem a oferecer para a empresa em si.”⁴⁰

Diante disso fica evidente que o mercado de trabalho ainda discrimina pessoas transexuais e travestis e estes sujeitos acabam tendo que recorrer a prostituição em razão das “dificuldades para se inserir no mercado de trabalho e, quando conseguem, encontram um ambiente hostil, transfóbico e imaturo que tentará invalidar as suas identidades.”⁴¹ Para corroborar com tal questão, seguem

³² CALDAS, Ana Lúcia. **Mercado de trabalho ainda discrimina pessoas trans**. EBC, jan. 2017. Disponível em: <http://radioagencianacional.ebc.com.br/direitos-humanos/audio/2017-01/mercado-de-trabalho-ainda-discrimina-pessoas-trans>. Acesso em: 12 dez. 2019. s.p.

³³ CALDAS, Ana Lúcia. **Mercado de trabalho ainda discrimina pessoas trans**. s.p.

³⁴ CALDAS, Ana Lúcia. **Mercado de trabalho ainda discrimina pessoas trans**. s.p.

³⁵ CALDAS, Ana Lúcia. **Mercado de trabalho ainda discrimina pessoas trans**. S.p.

³⁶ CALDAS, Ana Lúcia. **Mercado de trabalho ainda discrimina pessoas trans**. s.p.

³⁷ CALDAS, Ana Lúcia. **Mercado de trabalho ainda discrimina pessoas trans**. s.p.

³⁸ CALDAS, Ana Lúcia. **Mercado de trabalho ainda discrimina pessoas trans**.

³⁹ CALDAS, Ana Lúcia. **Mercado de trabalho ainda discrimina pessoas trans**. s.p.

⁴⁰ CALDAS, Ana Lúcia. **Mercado de trabalho ainda discrimina pessoas trans**. s.p.

⁴¹ LICCIARDI, Norma; WAITMANN, Gabriel; OLIVEIRA, Mateus Henrique Marques de. A discriminação de mulheres travestis e transexuais no mercado de trabalho. p. 209.

depoimentos de sujeitos transexuais e travestis que precisaram recorrer a prostituição para viver:

Foi o que aconteceu com a transexual baiana Ariane Senna, 25 anos. Ao ser expulsa da casa dos avós com apenas 13 anos, restou a ela, como forma de sobrevivência, os programas que combinava nas ruas de Salvador à beira-mar. “A juventude trans morre muito cedo porque, quando a gente é expulsa de casa, a gente vai parar na rua. Não te aceitam, mas vão te procurar na orla à noite”, denuncia a hoje psicóloga.⁴²

Morar nas ruas também é a realidade de Luiza Coppiters, 37 anos, professora de filosofia. “Moro na cracolândia, estou devendo uma fortuna, cheguei a passar fome. Sou branca e vim da classe média, tenho ensino superior. Eu tive privilégios, mas olha minhas escolhas...”⁴³

A professora Luiza Coppiters, 37 anos, sentiu na pele que mesmo pessoas transexuais com uma condição privilegiada (nível educacional alto, origem na classe média) estão sujeitas à discriminação e à exclusão. Ela dava aulas de filosofia em uma escola particular de São Paulo quando começou a transformação corporal. Aos poucos, contou aos professores, alunos e chefes. A violência veio de forma sutil, mas persistente, e durou dois anos, até Luiza ser demitida, depois de pedir uma licença para tratar a síndrome de pânico que a afetou. A professora chegou a manter contato com alunos em aulas via Facebook. Alguns pais, porém, proibiram esse contato, com medo de que seus filhos se tornassem transexuais. “Eu, com meu raio transexualizador, poderia provocar isso”, comenta ela, mantendo o bom humor, apesar da gravidade da situação a que foi submetida.⁴⁴

Assim, diante destes relatos, pode-se constatar que transexuais acabam “sendo excluídas do mercado de trabalho como se não fossem cidadãs capazes e talentosas, interessadas em carreira, realização profissional e ascensão pessoal e, como se elas não fossem importantes para a construção de um ambiente diversificado e livre de preconceitos”.⁴⁵ Desse modo, os transexuais acabam tendo seu direito fundamental ao meio ambiente de trabalho saudável, previsto constitucionalmente, totalmente desrespeitado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo foi abordado sobre o direito fundamental ao meio ambiente de trabalho saudável e a realidade enfrentada pelos transexuais no mercado de trabalho brasileiro. Neste viés, como objetivos específicos discorreu-se sobre o acesso ao trabalho digno, para em seguida abordar o tema do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho saudável, e por último, demonstrar qual é a realidade enfrentada pelos transgêneros no mercado de trabalho brasileiro.

A partir de tudo que foi exposto até aqui fica evidente que a hipótese foi totalmente comprovada, de modo que é possível concluir que o mercado de trabalho é muito cruel com travestis e transexuais, e a cada dia novas portas se fecham para essa população. Apesar da vontade em encontrar um trabalho com rotina, horário de trabalho e carteira assinada o preconceito fica evidente quando se candidatam a uma vaga. A resposta é sempre a mesma: não há vagas.

Por conseguinte, esse grupo acaba tendo como única opção para sobreviver o mercado informal, ou seja, se prostituir pelas ruas do país, não tendo seu direito fundamental ao meio ambiente de trabalho

⁴² CUNHA, Taís. **Não há vagas...** Para trans. Brasília: Correio Braziliense, 2017. Disponível em: <http://especiais.correiobraziliense.com.br/transsexuais-sao-excluidos-do-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 13 dez. 2019. s.p.

⁴³ CUNHA, Taís. **Não há vagas...** Para trans. s.p.

⁴⁴ CUNHA, Taís. **Não há vagas...** Para trans. s.p.

⁴⁵ CUNHA, Taís. **Não há vagas...** Para trans. s.p.

saudável garantido. Sendo que, com poucas oportunidades de emprego, cerca de 90% das pessoas trans no Brasil acabam recorrendo à prostituição em algum momento da vida, conforme dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra).

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Flávia. **Transfeminismo**: a pauta que nos ensina ir além do binarismo homem e mulher. Justificando, 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/11/29/transfeminismo-pauta-que-nos-ensina-ir-alem-do-binarismo-homem-e-mulher/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

CARNEIRO, Maria Elizabeth Ribeiro. Feminismo-Feminismo. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antônio. **Dicionário crítico de gênero**. Dourados: Ed. UFGD, 2015. P. 244-248.

COACCI, Thiago. Encontrando o transfeminismo brasileiro: um mapeamento preliminar de uma corrente. **História Agora**, n. 15, jan. 2014, p.134-161. Disponível: https://www.academia.edu/5922160/Encontrando_o_transfeminismo_brasileiro_um_mapeamento_preliminar_de_uma_corrente_em_ascens%C3%A3o. Acesso em: 22 abr. 2020.

CoIDH. **Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica**. San José, 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 18 abr. 2020.

CONNELL, Raewyn. **Gênero em termos reais**. Tradução de Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2016.

DALY, Mary. **Gyn/Ecology**: The Metaethics of Radical Feminism. Boston, MA: Beacon Press, 1978.

DIAS, Diego Madi. Brincar de gênero, uma conversa com Berenice Bento. **Cadernos Pagu**, n. 43, jul./dez. 2014, p. 475–497. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0104-8333201400430475>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332014000200475. Acesso em: 17 abr. 2020.

GOELLNER, Silvana Vildore. A cultura fitness e a estética do comedimento: as mulheres, seus corpos e aparências. In: STEVENS, Cristina Maria Teixeira (Org.). **A construção dos corpos**: perspectivas feministas. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2008. P. 245-260.

MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. **Direito e transexualidade**: implicações sociais e jurídicas. Vol. III. Porto Alegre: Evangraf, 2017.

RIBEIRO, Letícia; O'DWYER, Brena and HEILBORN, Maria Luiza. Dilemas do feminismo e a possibilidade de radicalização da democracia em meio às diferenças O caso da Marcha das Vadias do Rio de Janeiro. **Civitas**, 2018, vol.18, n.1, pp.83-99. DOI: <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2018.1.27560>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1519-60892018000100083&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 01 dez. 2020. p. 95.

SCHEIBE, Elisa. **Direitos da personalidade e transexualidade**: a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos, São Leopoldo, 2008. Disponível em:

<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2430>. Acesso em: 13 abr. 2020.

STRYKER, Susan. **Transgender History**. Berkeley: Seal Press, 2008.

STRYKER, Susan; WHITTLE, Stephen. (Eds.) **The Transgender Studies Reader**. Nova Iorque: Routledge, 2006.

STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. Transexualidade e os Direitos Humanos: Tutela Jurídica ao Direito à Identidade. **Cesumar**, Paraná, v. 15, n. 1, jan./jun. 2015, p. 265-283. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4101>. Acesso em: 14 abr. 2020.

VEIGA, Ana Maria; PEDRO, Joana Maria. Gênero. *In*: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antônio. **Dicionário crítico de gênero**. Dourados: Ed. UFGD, 2015.

WILCHINS, Riki Anne. **Read My Lips: Sexual Subversion and the End of Gender**: United States, Paperback, 2000.

TRANSEXUALIDADE: DIREITO, RECONHECIMENTO E GARANTIA DE ACESSO À SAÚDE

Maite Lazzaretti¹

Micheli Piucco²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por estudo a verificação da posição dos transexuais nos sistemas de saúde a nível continental e nacional e tem por fim traçar uma linha de análise no âmbito dos direitos humanos. A escolha do tema surge diante da relevância que essa parcela da população vem obtendo na área da saúde, tendo-se em vista que necessitam de modificações corporais e hormonais precipuamente, para sua qualificação de pessoa transexual. A questão principal é observada na necessidade de verificar a eficácia e aplicabilidade do acesso à saúde pelo público transexual no Continente Americano e se há legislações pertinentes.

Objetiva-se à análise do direito à saúde pelo público transexual, com observância da legislação competente, definindo-se os conceitos de direito à saúde, transexualidade e processo transexualizador e a significância que essa parcela da população tem nas legislações do Continente Americano e no Brasil no que concerne à saúde.

A metodologia a ser utilizada é de finalidade básica estratégica, de objetivo descritivo, de abordagens qualitativas, de método hipotético-dedutivo e procedimento bibliográfico e documental.

No primeiro capítulo verificar-se-á o processo de positivação do direito à saúde como direito fundamental social. Em seguida, será estudado o reconhecimento do direito à transexualidade e o processo transexualizador. Por fim, verificar-se-á o posicionamento da saúde transexual em nível continental e nacional, respectivamente.

Assim, em análise ao estudado, é de se considerar que o Continente Americano apresenta divergências entre os países, sinal-se que alguns ainda sofrem com a demasiada transfobia, seja civil, seja estatal, enquanto outros, já possibilitam um acesso amplo e crescente na saúde transexual.

1. O RECONHECIMENTO DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Para nortear o estudo é imprescindível assinalar que o enfoque principal da pesquisa é o acesso ao direito à saúde por um público minoritário específico. Aqui, optou-se pelo estudo da posição da população transexual em razão de suas necessidade intrínsecas e contínuas de acesso à saúde. Diante disso, o estudo inicia na delimitação de conceitos práticos e breves sobre o direito à saúde no Brasil.

Primordialmente, é necessário lembrar que saúde é um conceito complexo, que além das questões biológicas e genéticas, engloba principalmente relações socioambientais, econômicas e culturais, dentre

¹ Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais – Direito, da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 169047@upf.br.

² Doutoranda pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestre e Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Especialista em Relações Internacionais com ênfase em Direito Internacional. Professora na Universidade de Passo Fundo-RS. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com.

outras³.

No Brasil, o direito à saúde veio a elencar o rol dos direitos fundamentais sociais de forma gradativa. Anteriormente à Constituição de 1988, o tema era trazido na Constituição de 1824⁴ como “socorros públicos”⁵ e na Constituição de 1894, o termo se configurou para “segurança individual” no artigo 72, que determinava: “Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à **segurança individual** e à propriedade, nos termos seguintes” (grifo nosso)⁶.

Em seguida, foram positivados direitos à saúde dos trabalhadores e gestantes, mantendo-se sempre a competência para a sua efetivação pela União⁷. Atualmente, o direito à saúde está positivado na Constituição de 1988⁸, em seu artigo 6º, que versa:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso).

Posteriormente, o texto constitucional traz na seção II a previsão de regulamentação, controle e fiscalização de um Sistema Único de Saúde. Aqui é importante destacar o disposto nos artigos 196 e 197⁹ do texto constitucional, que dicorrem:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Ademais, em consonância ao parágrafo 1º do artigo 5º¹⁰ da Carta Magna brasileira, tem-se que o direito à saúde é de aplicabilidade imediata¹¹, sendo um direito social para todos e ficando competência ao Estado para promovê-lo de forma imediata.

³ SILVA, Michelle Emanuella de Assis. **DIREITO À SAÚDE: evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de Karl Popper**. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, Natal, p. 4-22, 08 jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/issue/view/664>. Acesso em: 26 ago. 2020.

⁴ BRAZIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Magestade o imperador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

⁵ Art. 179. *A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.* (grifos nossos).

⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Nos representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

⁷ SILVA, Michelle Emanuella de Assis. **DIREITO À SAÚDE: evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de Karl Popper**.

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹¹ Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

O Sistema Único de Saúde (SUS), foi implementado pela Lei nº 8.080/90 e é financiado pelos impostos pagos pelos brasileiros aos entes estatais, ou seja, Municípios, Estados e União, fazendo parte do orçamento da seguridade social¹².

As ações do SUS englobam diversas áreas da saúde e vigilância sanitária, como o controle da qualidade da água, a fiscalização dos alimentos, as doações de sangue e leite materno, as regulamentações de campanhas de vacinação, as quimioterapias, a disponibilização de medicamentos de saúde básica, os transplantes de órgãos e muito mais. Ainda, importa destacar a Emenda Constitucional 29, que prevê a necessidade de aplicação de 15% das arrecadações de impostos feitos pelos Municípios e Distrito Federal nas ações e serviços de saúde e 12% nas arrecadações dos estados. Outrossim, no que concerne à União, deverá aplicar o valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido do percentual relativo ao PIB (Produto Interno Bruto)¹³.

Deveras, é oportuno sinalar que os percentuais não são suficientes para abarcar todas as necessidades da população, do contrário, não haveria tanta demanda civil na área da saúde.

Ademais, a Associação Brasileira de Economia da Saúde (ABRES) em conjunto com o Ministério da Saúde (MS) e a Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPAS/OMS) no Brasil¹⁴ referem que:

O sistema público universal, denominado Sistema Único de Saúde (**SUS**), é descentralizado e opera sob responsabilidade das três esferas de governo, que compartilham também o financiamento de sua operação. O SUS tem direção única em cada esfera de governo (**Federal, Estadual e Municipal**), exercida, respectivamente, pelo Ministério da Saúde (**MS**), pelas 27 Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal e por mais de 5.570 Secretarias Municipais de Saúde (**SMS**). (grifos nossos)¹⁵.

De outro ponto, a Constituição Federal determinou a regularização do sistema de saúde por leis complementares e ordinárias e, em decorrência disso, foram criadas as Leis nº 8.080/1990 (promoção, proteção e recuperação da saúde), 8.142/1990 (participação da comunidade na gestão do SUS) e a Lei Complementar nº 141/2012 (valores mínimos a serem aplicados pelas esferas de governo – regula o §3 do artigo 198 da CF/88)¹⁶.

No âmbito Internacional, podemos citar o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷, na íntegra:

Artigo 25.

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na

¹² BRASIL. Secretaria de Estado de Saúde. Ministério da Saúde. **SUS**. Disponível em: <https://www.saude.mg.gov.br/sus>. Acesso em: 26 nov. 2020.

¹³ BRASIL. Secretaria de Estado de Saúde. Ministério da Saúde. **SUS**. Disponível em: <https://www.saude.mg.gov.br/sus>. Acesso em: 26 nov. 2020.

¹⁴ SAÚDE, Ministério da; DESENVOLVIMENTO, Departamento de Economia da Saúde Investimentos e. **Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento**. Brasília: Abraes, 2016. 260 p.

¹⁵ SAÚDE, Ministério da; DESENVOLVIMENTO, Departamento de Economia da Saúde Investimentos e. **Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento**. 2016. p.101.

¹⁶ SAÚDE, Ministério da; DESENVOLVIMENTO, Departamento de Economia da Saúde Investimentos e. **Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento**. 2016. p. 88.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://unric.org/pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>. Acesso em: 24 nov. 2020.

invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma protecção social. (grifo nosso).

O direito à saúde é um direito social em consonância ao princípio do mínimo existencial, à garantia da própria vida e à dignidade da pessoa humana e, em sintonia com o princípio da universalidade, os direitos sociais são devidos a toda e qualquer pessoa. Assim, frise-se que:

Os direitos sociais (tanto na sua condição de direitos humanos, quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados) já pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, surgiram e foram incorporados ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional dos direitos fundamentais como direitos referidos, em primeira linha, à pessoa humana individualmente considerada¹⁸.

Assim, diante de todo o exposto, é oportuno reconhecer a importância do estudo do direito à saúde no Brasil e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como forma de visualizar que foi um processo gradativo e que ainda tende a evoluir na positivação dos direitos sociais fundamentais.

2. A GÊNESE DO RECONHECIMENTO DO DIREITO À TRANSEXUALIDADE E O PROCESSO TRANSEXUALIZADOR

A transexualidade é um processo íntimo de cada indivíduo que demorou a ser reconhecida e estudada de forma aprofundada. Inicialmente, observa-se como foram as primeiras pesquisas do tema e depois o seu aprimoramento mediante disponibilização médica e gradativamente melhorada de um processo transexualizador.

O debate envolvendo a temática das questões de gênero iniciou a partir de 1952, quando houve a primeira intervenção hormônio-cirúrgica na paciente Chistine Jorgensen, antes George Willian Jorgensen Jr. No entanto, há referência de transição de sexo nos escritos de Hipócrates e Heródoto (séc. V a. C.) que trazem a existência de um povo nômade e seus soldados que saquearam o templo de Afrodite e ela os castigou, tirando-lhes a potência¹⁹.

A “doença de citas” ou “doença feminina”, também foi levantada nos escritos do psiquiatra francês Jean-Étienne Esquirol, em que ele a classificou como *démonomanie* ou em português demoniomania e registrou os primeiros casos correlatos com a transexualidade. Posteriormente, em 1949, o médico David O. Cauldwell firmou o termo *psychopatia transexualis*, e classificou como um desejo mórbido patológico de ser um indivíduo completo do sexo oposto²⁰.

A transição do termo transexualismo para transexualidade vem como forma de reconhecer que a transexualidade é um fenômeno social e não mais uma síndrome específica ou patologia, sendo marcada pelo autodignóstico e autoprescrição terapêutica. O termo transgênero é usado para delimitar aquelas pessoas que não se reconhecem em seu sexo de nascimento e engloba a transexualidade que

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 193.

¹⁹ JORGE, Marco Antonio Coutinho; TRAVASSOS, Natália Pereira. **Transexualidade: o corpo entre o sujeito e a ciência**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/nooks9788537817780/>. Acesso em: 23 set. 2020.

²⁰ JORGE, Marco Antonio Coutinho; TRAVASSOS, Natália Pereira. **Transexualidade: o corpo entre o sujeito e a ciência**. 2018.

categoricamente exige intervenção corporal para adequar o sexo de origem à identidade de gênero, sendo importante delimitar que:

De fato, a transexualidade escancara a absoluta ausência da naturalidade do corpo e exhibe o caráter heterogêneo da linguagem em relação a ele, evidenciando a confusão imaginária entre o falo simbólico e o pênis – confusão essa muito comum na cultura e principal motivo pelo qual a psicanálise é considerada erroneamente como falocêntrica.

[...]

Sempre houve uma dificuldade da psiquiatria em lidar com a transexualidade, dificuldade fruto das influências morais e ideológicas presentes na construção de suas categorias nosográficas²¹.

Historicamente, o processo transexualizador teve por primeira experiência, ainda que somente cirúrgica, em 1912, com Lili Elbe (mundialmente conhecida pelo filme *A garota dinamarquesa*) que infelizmente não resistiu à cirurgia. Posteriormente, registrou-se o caso de Christiane Jorgensen, em 1952, que sofreu intervenção cirúrgica e sobreviveu. As notícias da cirurgia de Christiane se alastraram pelo mundo e promoveram grande procura pelo procedimento. Muito desse sucesso se deve ao título recebido por Christiane como “a mulher do ano” por diversos jornais²².

Diante disso, verifica-se que a transexualidade pode ser considerada um processo normal em alguns países. No entanto, inicialmente foi muito negada, houve um processo lento e difícil de conhecimento e reconhecimento.

3. PERSPECTIVA ATUAL SOBRE A SAÚDE TRANSEXUAL NA AMÉRICA

Pode-se destacar no Continente Americano, o retrocesso nos Estados Unidos após a entrada de Donald Trump à Presidência. O Presidente Norte Americano liberou o surgimento de mais de 49 projetos limitando as ações de pessoas transexuais (incluindo a possibilidade de escolha de qual banheiro for utilizar nos espaços públicos). A justificativa apresentada foi de que tais regulamentos deveriam estar sendo positivados a níveis estaduais e não a nível federal²³.

De outro ponto, a transfobia ainda é densa no Canadá, mesmo havendo legislação federal a fim de garantir a proteção dos direitos legais e humanos aos transexuais. A Venezuela, somente no ano de 2017, aprovou a mudança de gênero em documentos oficiais nacionais, sendo que cada caso é analisado pelo Tribunal Supremo de Justiça (TSJ) e necessita de laudo médico sobre a veracidade da autoafirmação de gênero²⁴.

No México, a intolerância aos transexuais é muito forte, o país não custeia cirurgias de redesignação sexual, fornece tratamento hormonal em alguns casos. A mudança no nome social deve ser proposta no Juizado Especial no Tribunal de Família²⁵.

No Peru, a cirurgia somente poderá ser feita de forma particular e a alteração do nome mediante

²¹ JORGE, Marco Antonio Coutinho; TRAVASSOS, Natália Pereira. **Transexualidade: o corpo entre o sujeito e a ciência**. 2018.

²² JORGE, Marco Antonio Coutinho; TRAVASSOS, Natália Pereira. **Transexualidade: o corpo entre o sujeito e a ciência**. 2018.

²³ SISC. **Garantia dos Direitos Humanos dos Transgêneros e Transsexuais (SOCHUM)**. Guia de Estudos. 2017. Disponível em: https://www.colegio-santaclara.com.br/extracurricular/sisc/sisc_IV_2017/SoCHum.pdf. Acesso em: 25 out. 2020. p. 12.

²⁴ SISC. **Garantia dos Direitos Humanos dos Transgêneros e Transsexuais (SOCHUM)**. Acesso em: 25 out. 2020, p. 13.

²⁵ PEREZ, Juliana. **Direitos dos Transexuais na América Latina**. 2016. Disponível em: https://www.esquerdadiario.com.br/spip.php?page=gacetilla-articulo&id_article=8676. Acesso em: 25 out. 2020.

requerimento judicial. Na Bolívia, não há nenhum apoio do estado para as cirurgias de redesignação e nem para a mudança de nome, pois o país não reconhece a transexualidade legalmente, no entanto, transexuais continuam convivendo com seus nomes de nascimento e se colocam em situação de vulnerabilidade social. A questão é parecida no Chile, onde não há possibilidade de redesignação nem na esfera pública, nem na privada, necessitando de autorização judicial, mediante avaliação psicológica e psiquiátrica para a simples mudança de nome²⁶.

Outrossim, há melhora quando se analisa a Argentina, por exemplo, onde a cirurgia de redesignação é acessível àqueles que possuem seguro de saúde e nos serviços públicos e a mudança do nome social poderá ser feita mediante simples declaração chancelada com o testemunho de um funcionário nos escritórios públicos²⁷.

Ou ainda, a Colômbia, na qual para fazer a mudança de nome nos documentos, deverá o transexual comparecer a um cartório e registrar, mesmo assim, há dúvida no que concerne à idade em que os transexuais irão se aposentar. O país liderou a seção 27 do Conselho de Direitos Humanos da ONU (CDH) em respeito ao combate à violência e à discriminação da população LGBT, mas não cumpriu o que sugeriu²⁸. As cirurgias de mudança de sexo ocorrem mediante seguradoras de saúde, que foram obrigadas a fornecer o serviço após um homem transexual conquistar judicialmente o seu direito em 2012²⁹.

De outro ponto, e não menos importante, destaca-se o Uruguai que é considerado o país mais “LGBT friendly” da América Latina e apresenta leis de proteção e a possibilidade de troca de nome desde 2009³⁰.

Oportuno frisar ainda, a analogia que pode-se fazer, dos dispostos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos com os direitos dos transexuais. O documento estabelece nos artigos 12.2 e 12.3, que ninguém poderá ser submetido a medidas restritivas que possam limitar a sua liberdade de consciência; nos artigos 15 e 16.2, é reconhecido o direito de reunião pacífica e liberdade de associações, que só poderão ser restritos para a proteção da saúde das demais pessoas; e no artigo 22 que traz a ideia de direito de circulação e residência.³¹

Diante desses dispostos, pode-se pensar em uma semelhança com o tratamento que a Convenção pretendeu a todos os indivíduos para os transexuais, de forma analógica, para que não haja discriminação de gênero no acesso à saúde no Continente Americano.

Verifica-se positivamente as legislações de países como Argentina, Colômbia e Uruguai, que apresentam facilidade na troca do nome social e no acesso à cirurgia de redesignação sexual. Noutra viés, destacam-se países como os Estados Unidos, Canadá, México, Peru, Chile e Bolívia, em que a transfobia é intensa e dificulta a busca de direitos pelos trans.

Ademais, é de se lembrar a necessidade de observação dos objetivos e regras da Convenção Americana de Direitos Humanos pelos países membros em seus ordenamentos internos, diante dos direitos consagrados no instrumento internacional, o que não está ocorrendo em sua totalidade.

No Brasil, a busca pelos direitos dos transexuais ainda sofre percalços em virtude da transfobia e do

²⁶ PEREZ, Juliana. **Direitos dos Transexuais na América Latina**.

²⁷ PEREZ, Juliana. **Direitos dos Transexuais na América Latina**.

²⁸ SISC. **Garantia dos Direitos Humanos dos Transgêneros e Transsexuais (SOCHUM)**. p. 15.

²⁹ PEREZ, Juliana. **Direitos dos Transexuais na América Latina**.

³⁰ SISC. **Garantia dos Direitos Humanos dos Transgêneros e Transsexuais (SOCHUM)**. p. 13.

³¹ CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

estigma relacionado às doenças sexualmente transmissíveis. O SUS foi muito importante nas iniciativas para um processo transexualizador digno, nele são disponíveis diversos procedimentos, tais quais: cirurgias de redesignação sexual, mastectomia (retirada de mamas), plástica mamária reconstrutiva (inclusive com aplicação de silicone), cirurgia de tireoplastia (troca de timbre de voz), terapia hormonal e acompanhamento pré e pós-operatório³².

A demanda por um sistema amplo e eficaz de assistência à saúde transexual está proporcionando melhoras na legislação brasileira, sendo oportuno destacar a “Política Nacional de saúde integral de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais” (LGBT), que é composta por um agrupamento de diretrizes e metas sanitárias para evitar a discriminação contra LGBTs, nos espaços e no atendimento dos serviços públicos de saúde, devendo ser um compromisso de todas as instâncias do SUS e seus colaboradores³³ e a Portaria nº 2.803/2013,

Ademais, não se pode esquecer da famosa demora no acesso aos atendimentos no SUS de modo geral. Dia a dia vislumbra-se nos noticiários a precária situação dos processos de atendimento do SUS, e, diante disso, o que já está sendo feito no que tange aos transexuais, deve ser muito bem reconhecido.

Outrossim, importa também destacar o disposto no artigo 4º, parágrafo único, inciso I³⁴, da Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde³⁵, que popõe um tratamento embasado no nome social dos indivíduos e posteriormente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275³⁶ julgada pelo Supremo Tribunal Federal³⁷, que reconheceu a possibilidade de alteração do prenome e gênero no registro civil sem autorização judicial ou realização de cirurgia de redesignação sexual, sendo que atualmente, a mudança poderá ser feita diretamente no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

³² FEDERAL, Governo. **Ministério da Saúde habilita novos serviços ambulatoriais para processo transexualizador**. 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/ministerio-da-saude-habilita-novos-servicos-ambulatoriais-para-processo-transexualizador>. Acesso em: 24 nov. 2020.

³³ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais** / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Brasília : 1. ed., 1. reimp. Ministério da Saúde, 2013. 32 p. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_lesbicas_gays.pdf. Acesso em: 26 nov 2020. p. 6.

³⁴ Art. 4º Toda pessoa tem direito ao atendimento humanizado e acolhedor, realizado por profissionais qualificados, em ambiente limpo, confortável e acessível a todos. Parágrafo único. É direito da pessoa, na rede de serviços de saúde, ter atendimento humanizado, acolhedor, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em virtude de idade, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, identidade de gênero, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, de anomalia, patologia ou deficiência, garantindo-lhe: I – identificação pelo nome e sobrenome civil, devendo existir, em todo documento do usuário e usuária, um campo para se **registrar o nome social**, independentemente do registro civil, sendo assegurado o uso do nome de preferência, não podendo ser identificado por número, nome ou código da doença, ou outras formas desrespeitosas, ou preconceituosas;

³⁵ BRASIL. Lei nº 1.820, de 13 de agosto de 2009. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. **Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde**. 3. ed. Brasília, DF: Ms, 2011. p. 1-30. Disponível em: http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/AF_Carta_Usuarios_Saude_site.pdf. Acesso em: 26 nov. 2020.

³⁶ **Ementa:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. **ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL**. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE.**INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES**. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente. (grifos nossos).

³⁷ FEDERAL, Supremo Tribunal. **STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo**. 2018. No julgamento da ação ajuizada pela PGR, todos os ministros reconhecerem o direito à mudança sem a necessidade de cirurgia. Para a maioria, a alteração no registro independe de autorização judicial.. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: 26 nov. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir o estudo, deve-se relembrar o que é e o que significa o transexualismo. Diversos avanços foram alcançados ao longo dos anos, mas muito ainda há que ser feito no sentido de assegurar os direitos destas pessoas em um nível de igualdade e que lhes assegure viver com dignidade.

A solução mais concreta é o aceitamento e entendimento de todas as pessoas de que todos, indistintamente, são iguais perante a lei e que todos devem ter sua dignidade garantida e efetivada pelo Estado. A discriminação e não aceitação são as principais causas de discussão da disciplina, tornando-se um tema de difícil resolução pela discriminação que envolve os debates.

No continente americano pode ser visualizado que muito há para se fazer quando abordamos o tema de saúde para os transexuais. Existem ordenamentos mais avançados e, outros, por sua vez, mais retrógrados. Ademais, é importante salientar que o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos detém diversos tratados que asseguram a igualdade e a garantia da dignidade da pessoa humana.

No Brasil destaca-se a atuação do SUS, considerado um sistema modelo para outros Estados que não possuem, o SUS atua de forma lenta e muitas vezes não garantindo o devido atendimento. Com o aumento das demandas as normativas sobre o tema estão avançando na forma de regulamentação e garantia aos direitos dos transexuais, mas há muito o que se fazer e garantir.

A solução mais concreta é, primeiramente, o reconhecimento da igualdade entre todas as pessoas e a aceitação e respeito aos transexuais, para que não existam mais Estados em que sejam a transexualidade considerada um crime, uma vergonha. Que ela seja considerada como um estado humano que se concretiza com um bom tratamento de saúde, com boas políticas de enfrentamento à transfobia e ensino de qualidade, apto a transmitir educação sexual e de gênero.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRAZIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824**. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Nos representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 1.820, de 13 de agosto de 2009. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde. 3. ed. Brasília, DF: Ms, 2011. p. 1-30. Disponível em: http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/AF_Carta_Usuarios_Saude_site.pdf. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. **Secretaria de Estado de Saúde**. Ministério da Saúde. **SUS**. Disponível em: <https://www.saude.mg.gov.br/sus>. Acesso em: 26 nov. 2020.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em:

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo**. 2018. No julgamento da ação ajuizada pela PGR, todos os ministros reconhecerem o direito à mudança sem a necessidade de cirurgia. Para a maioria, a alteração no registro independe de autorização judicial. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: 26 nov. 2020.

JORGE, Marco Antonio Coutinho; TRAVASSOS, Natália Pereira. **Transexualidade: o corpo entre o sujeito e a ciência**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/nooks9788537817780/>. Acesso em: 23 set. 2020.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Espanã: Punt Rojo Libros, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAÚDE, Ministério da; DESENVOLVIMENTO, Departamento de Economia da Saúde Investimentos e. **Sistema de Saúde no Brasil**: organização e financiamento. Brasília: Abraes, 2016. 260 p.

SILVA, Michelle Emanuella de Assis. **DIREITO À SAÚDE: evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de Karl Popper**. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, Natal, p. 4-22, 08 jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/issue/view/664>. Acesso em: 26 ago. 2020;

SISC. **Garantia dos Direitos Humanos dos Transgêneros e Transsexuais (SOCHUM)**. Guia de Estudos. 2017. Disponível em: https://www.colegio-santaclara.com.br/extracurricular/sisc/sisc_IV_2017/SoCHum.pdf. Acesso em: 25 out. 2020.

GÊNERO E DEMOCRACIA: CONSTRUINDO UM MODELO POLÍTICO FEMINISTA A PARTIR DE JACQUES RANCIÈRE

Natália Rosa Mozzatto¹

INTRODUÇÃO

O Brasil ocupa o terceiro lugar na América Latina em menor representação parlamentar feminina, taxa esta que permanece praticamente estabilizada desde a década de 1940, conforme dados coletados pela organização internacional Inter-Parliamentary Union².

Quando analisamos a participação feminina no âmbito do Poder Executivo, os números não se mostram mais otimistas.

O Brasil se encontra na 161ª posição de um ranking de 186 países, atrás de todos os outros países do continente americano. Para exemplificar, em nomeações para cargos do alto escalão entre os anos de 2005 e 2016 a participação de mulheres nos ministérios teve um aumento de 4,5%, enquanto a média mundial de mulheres em tais cargos é de 18%. Nas secretarias dos governos estaduais, 70% dos cargos são ocupados por homens. Nas últimas eleições municipais, ocorridas no ano de 2016, 68% das cidades brasileiras não tiveram uma candidata à Prefeitura³.

Como podemos relacionar, a partir de uma ótica feminista, este fenômeno ao fato de que as mulheres foram historicamente excluídas da esfera pública e relegadas à esfera privada?

Em sua obra "O ódio à democracia" o filósofo franco-argelino Jacques Rancière busca analisar os rumos da democracia contemporânea, promovendo uma crítica à democracia representativa, asseverando que a democracia representativa na verdade se trata de "uma forma mista: uma forma de funcionamento do Estado, fundamentada inicialmente no privilégio das elites "naturais" e desviada aos poucos de sua função pelas lutas democráticas"⁴.

Portanto, a partir da crítica formulada por Jacques Rancière à democracia representativa contemporânea objetiva-se buscar respostas às seguintes reflexões: é possível construir uma sociedade justa se as relações familiares são estruturalmente injustas? Pode-se dizer que a democracia exige relações igualitárias em todas as esferas da vida, especialmente a familiar? Qual o papel do feminismo nesta construção democrática?

Para tanto, inicialmente será analisado o fenômeno do ódio à democracia, a partir da crítica proposta por Jacques Rancière, a fim de se contextualizar a origem de uma crise democrática que possa explicar o fato de que as mulheres têm sido relegadas da política.

Considerando-se que "se há algo que identifica um pensamento como feminista é a reflexão crítica

¹ Advogada, Mestranda do curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade de Passo Fundo, vinculada à linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder, especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí (2014). E-mail 96745@upf.br.

² FLORENTINO, Karoline. Representatividade das mulheres na política. **Politize!** Publicado em 18/10/2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/mulheres-na-politica/#toggle-id-1>. Acesso em: 25/09/2020.

³ ROSSI, Marina. Brasil, a lanterna no ranking de participação de mulheres na política. **El País**. São Paulo, 31/03/2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/27/politica/1522181037_867961.html. Acesso em 25/09/2020.

⁴ RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 71.

sobre a dualidade entre a esfera pública e a esfera privada”⁵, na segunda seção é proposta uma tentativa de compreensão sobre como a diferenciação entre o público e o privado historicamente implicou papéis sociais diferenciados para homens e mulheres, isolando as mulheres da participação efetiva na esfera pública.

Por fim, tenta-se propor uma reflexão crítica acerca do ódio às mulheres construído socialmente em um sistema de patriarcalismo que as afasta da vida pública, a fim de que se possa estruturar um modelo político feminista efetivamente democrático.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Conclusões, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre esta temática, considerando-se que “a abolição das barreiras legais à participação das mulheres na política não representa um acesso a condições igualitárias de ingresso na arena política”⁶.

O método de análise utilizado quanto à metodologia empregada foi utilizado o Método Dedutivo. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas, do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1. A CRISE DEMOCRÁTICA: DE ONDE VEM O ÓDIO?

Conceituar no que consiste a democracia não é uma tarefa simples, especialmente se considerarmos que a própria significação de "democracia" pode ser uma disputa política.

Entretanto, para tratar do ódio à democracia e da crise democrática contemporânea, ainda que sob a ótica de Jacques Rancière, se faz importante fixar algumas premissas iniciais.

A ideia de democracia não é simplesmente um reducionismo à vontade da maioria sobre a minoria ou ao medo da tirania da maioria em uma simples legitimação do voto como condição operacionalizadora da democracia⁷.

Neste ponto, Jacques Rancière traz uma interessante reflexão:

A democracia é propriamente a inversão de todas as relações que estruturam a sociedade humana: os governantes parecem governados e os governados, governantes; as mulheres são iguais aos homens; o pai se habitua a tratar o filho de igual para igual; o meteco e o estrangeiro tornam-se iguais ao cidadão; o professor teme e bajula alunos que, de sua parte, zombam dele; os jovens se igualam aos velhos e os velhos imitam os jovens; os próprios animais são livres e os cavalos e os burros, conscientes de sua liberdade e dignidade, atropelam aqueles que não lhes dão passagem na rua.⁸

A consequência deste fenômeno da inversão da relação entre governante e governado é a quebra da corrente a partir da qual era necessário um título para governar, a partir da qual se conclui que "democracia quer dizer, em primeiro lugar, [...] um "governo" anárquico, fundamentado em nada mais do que na ausência de qualquer título para governar"⁹.

⁵ BIROLI, Flávia. O público e o privado. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 31.

⁶ MIGUEL, Luis Felipe. Gênero e representação política. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 94.

⁷ ENGERROFF, Ana Martina Baron; TABORDA, Luana do Rocio. O aparente paradoxo democrático: reflexões entre a lucidez e a cegueira do ódio à democracia. **Revista de Ciências do Estado**. Belo Horizonte, jan./jul. 2018. p. 313-334. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revise/article/view/5098>. Acesso em: 25/09/2020. p. 314.

⁸ RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. p. 50-51.

⁹ RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. p. 57.

Ou seja, deixa de existir um título para governar, instituindo-se a "participação do acaso" em oposição à "força dos bem-nascidos", a fim de se estruturar um verdadeiro poder político.

A partir desta construção, como se pode explicar o ódio à democracia?

As reivindicações, acontecimentos e disputas do mundo moderno são imputados à democracia, como o reino dos desejos ilimitados dos indivíduos na sociedade de massa, guardando-se uma conotação negativa à expressão. Este ódio não é atual, existindo desde a sua origem e a violência decorrente dele também continua presente (seja no âmbito da ficção ou no real). O ódio à democracia nasce e é continuado por aqueles que não querem que outros, senão os seus privilegiados, se mantenham no poder.¹⁰

Portanto, é possível dizer que se a principal implicação prática do regime democrático na esfera política é a ausência de títulos para ingressar nas classes dirigentes, o ódio surge da irresignação dos setores mais privilegiados na sociedade que nunca aceitaram esta dinâmica.

Nesta perspectiva, Jacques Rancière propõe uma reflexão crítica acerca do significado de democracia:

[...] a palavra democracia não designa propriamente nem uma forma de sociedade nem uma forma de governo. A "sociedade democrática" é apenas uma pintura fantasiosa, destinada a sustentar tal ou tal princípio do bom governo. As sociedades, tanto no presente quanto no passado, são organizadas pelo jogo das oligarquias. E não existe governo democrático propriamente dito. Os governos se exercem sempre da minoria sobre a maioria. Portanto, o "poder do povo" é necessariamente heterotópico à sociedade não igualitária, assim como ao governo oligárquico. Ele é o que desvia o governo dele mesmo, desviando a sociedade dela mesma. Portanto, é igualmente o que separa o exercício do governo da representação da sociedade¹¹.

Continuando a desenvolver suas ideias sobre democracia, define-a como "as formas jurídico-políticas das constituições e das leis de Estado não repousam jamais sobre uma única e mesma lógica"¹².

Com esta afirmação, o autor promove uma crítica ao que chamamos de "democracia representativa", por ser esta uma forma de funcionamento do Estado, fundamentada inicialmente no privilégio das "elites naturais" e desviada aos poucos de sua função pelas lutas democráticas¹³.

Por este raciocínio o sufrágio universal não é uma consequência natural da democracia. Na verdade, o sufrágio universal é uma forma mista, vinda das oligarquias, que é desviada pelo combate democrático e reconquistada pela oligarquia, ao passo em que esta submete seus candidatos e suas decisões à escolha dos eleitores.

Analisando-se a realidade brasileira a partir de Jacques Rancière, Mónica Brun Beveder expõe que embora o sentimento antidemocrático, o temor e a recusa do intolerável "poder do povo" sejam marcas constitutivas da formação social brasileira, as reflexões propostas pelo filósofo nos traz a ideia de recuperar o potencial e a "força singular" próprios à democracia, sendo esta a ação que arranca dos governos oligárquicos o monopólio da vida pública e da riqueza a onipotência sobre a vida¹⁴.

¹⁰ ENGERROFF, Ana Martina Baron; TABORDA, Luana do Rocio. O aparente paradoxo democrático: reflexões entre a lucidez e a cegueira do ódio à democracia. *Revista de Ciências do Estado*. p. 323.

¹¹ RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. p. 68.

¹² RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. p. 71.

¹³ RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. p. 71.

¹⁴ BEVEDER, Mónica Brun. O ódio à democracia e o rechaço da política. *Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro - 1º semestre de 2016. n. 37. p. 357-361. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/viewFile/25405/18370>. Acesso em: 25/09/2020.

Portanto, o chamado "novo ódio à democracia" faz da palavra "democracia" um operador ideológico, despolitizando as questões da vida pública para transformá-las em "fenômenos de sociedade", ao mesmo tempo em que nega as formas de dominação que estruturam a sociedade¹⁵.

A consequência desta dinâmica é a construção de sujeitos políticos a partir da dupla lógica da dominação, que separa o "homem público" do indivíduo privado, conforme ressalta, ao tratar da condição das mulheres como cidadãs políticas:

Mas essa mesma bizarrice marca a torção da relação entre vida e cidadania que fundamenta a reivindicação de um pertencimento das mulheres à esfera da opinião política. Elas foram excluídas do benefício dos direitos do cidadão em nome da divisão entre as esfera pública e a esfera privada. Pertencendo à vida doméstica, portanto ao mundo da particularidade, elas são estranhas ao universal da esfera cidadã.¹⁶

Uma estrutura política que se diz "democrática", porém se divide estruturalmente entre "público" e "privado" a fim de retroalimentar o poder político das oligarquias é um reflexo do ódio à democracia que pode justificar o fato de que até a atualidade das mulheres continuam sendo relegadas da vida e da participação pública.

Defende-se que esta dinâmica reflete uma crise democrática, pois se considerarmos que a democracia é a inversão das tradicionais relações que estruturam a sociedade humana, instituindo-se a "ausência de título" para governar, há de outro lado um sistema social patriarcal que reiteradamente afasta as mulheres da participação política.

2. PÚBLICO VERSUS PRIVADO, OU COMO AS MULHERES FORAM EXCLUÍDAS DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

Sofia Aboim, citando Norberto Bobbio, esclarece que a distinção entre "público" e "privado" é uma das grandes dicotomias do pensamento ocidental, tratando-se de um binômio fundador que subsume muitos outros e cujas fronteiras são confusas e intercambiáveis¹⁷.

A dualidade entre público e privado corresponde a uma visão restrita da política, que, "em nome da universalidade na esfera pública, define uma série de tópicos e nem experiências como privados e, como tal, não políticos"¹⁸. A partir desta dinâmica é que se isola a política das relações de poder da vida cotidiana.

Assim, ressalta-se que:

Na modernidade, a esfera pública estaria baseada em princípios universais, na razão e na impessoalidade, ao passo que a esfera privada abrigaria as relações de caráter pessoal e íntimo. Se na primeira os indivíduos são definidos como manifestações da humanidade, ou da cidadania comuns a todos, na segunda é incontornável que se apresentem em suas individualidades concretas e particulares. Somam-se, a essa percepção, estereótipos de gênero desvantajosos para as mulheres. Papéis atribuídos a elas, como a dedicação prioritária à vida doméstica e aos familiares, colaboraram para que a domesticidade feminina fosse vista como um traço natural e distintivo, mas também como

¹⁵ RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. p. 116.

¹⁶ RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. p. 78.

¹⁷ ABOIM, Sofia. Do público e do privado: uma perspectiva de gênero sobre uma perspectiva de gênero sobre uma dicotomia moderna. **Estudos Feministas**, Florianópolis, janeiro-abril/2012. P. 95-117. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v20n1/a06v20n1.pdf>. Acesso em: 25/09/2020. p. 95.

¹⁸ BIROLI, Flávia. O público e o privado. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. p. 31.

um valor a partir do qual outros comportamentos seriam caracterizados como desvios. A natureza estaria na base das diferenças hierarquizadas entre os sexos.¹⁹

Deste modo, o privado foi desvalorizado na construção política das sociedades, especialmente se considerarmos que "a noção ocidental de cidadania foi construída com base numa referência masculina, pois os modelos de relações sociais sobre os quais foi edificada excluem visões do feminino e das mulheres como seres sociais".²⁰

É por isto que se fala da participação política das mulheres, observa-se que a sua exclusão da esfera pública se deu nesta dualidade, estruturada no gênero. Trata-se de dinâmica complexa e reverberada pelas relações sociais, conforme bem esclarecem Flávia Biroli e Luís Felipe Miguel:

As relações de gênero atravessam toda a sociedade, e seus sentidos e seus efeitos não estão restritos às mulheres. O gênero é, assim, um dos eixos centrais que organizam nossas experiências no mundo social. Onde há desigualdades que atendem a padrões de gênero, ficam definidas também as posições relativas de mulheres e de homens – ainda que o gênero não o faça isoladamente, mas numa vinculação significativa com classe, raça e sexualidade²¹.

A partir do gênero é que, "o mundo social constrói o corpo como realidade sexuada e como depositário de princípios de visão e de divisão, sexualizantes"²², uma vez que a força da ordem masculina se impõe como neutra, que dispensa quaisquer justificações para ser legitimada. Assim, há uma ordem social que ratifica a dominação masculina em atos simbólicos, como a divisão social do trabalho, a divisão sexual entre o público e o privado que reserva às mulheres os afazeres domésticos, tomando como exemplos.²³

Portanto, "são ativados filtros que incidem sobre as mulheres no acesso a ocupações e no acesso ao âmbito da política institucional, constituindo padrões sistemáticos de exclusão e de marginalização"²⁴.

Ao propor a decomposição das fronteiras entre público e privado, a fim de se promover a ascensão feminina no âmbito político da sociedade, o movimento feminista traz à luz a face da opressão operacionalizada pela relegação das mulheres ao que se chama de esfera privada ou doméstica:

Os ideais de família, e da intimidade nela vivida, como refúgio contra a esfera pública são também negados, pois é muitas vezes na esfera privada que são vividas algumas duras formas de opressão. Desde logo, a associação do feminino ao privado e do masculino ao público é vista como uma fonte de desigualdade e injustiça. Desigualdade, aliás, que só pode ser combatida pela intrusão do político, do público, na esfera privada, tomando como unidade o indivíduo, e não o coletivo, como aliás tem sido notado pelos teóricos da individualização. É, afinal, através da conquista progressiva da cidadania e do abandono de uma condição associada à natureza, à reprodução e à maternidade que as mulheres têm adquirido maiores direitos. A erosão da família patriarcal é consequência do alargamento da cidadania, da igualdade e da autonomia como valores morais constituintes da própria modernidade.²⁵

¹⁹ BIROLI, Flávia. O público e o privado. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. p. 32.

²⁰ ABOIM, Sofia. Do público e do privado: uma perspectiva de gênero sobre uma perspectiva de gênero sobre uma dicotomia moderna. **Estudos Feministas**. p. 106.

²¹ MIGUEL, Luís Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. p. 8.

²² BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Traduzido por Maria Helena Kühner. 11 ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2012. p. 17.

²³ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. p. 17.

²⁴ BIROLI, Flávia. Divisão Sexual do Trabalho e Democracia. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 59, no 3, 2016, p. 719 a 681. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/dados/v59n3/0011-5258-dados-59-3-0719.pdf>. Acesso em: 25/09/2020. p. 721.

²⁵ ABOIM, Sofia. Do público e do privado: uma perspectiva de gênero sobre uma perspectiva de gênero sobre uma dicotomia moderna. **Estudos Feministas**. p. 106-107.

Neste íterim, práticas e valores que sustentam uma divisão sexual do trabalho fundada em concepções convencionais do feminino e do masculino (público x privado) têm grande impacto no acesso das mulheres a cargos políticos²⁶.

É por isso que se mostra necessário redefinir as esferas pública e privada e as relações por elas espelhadas socialmente, a fim de que exista justiça na esfera privada, bem como que o acesso a posições não seja hierarquizado por critérios de gênero²⁷.

3. O MODELO POLÍTICO FEMINISTA

Joan Wallach Scott traz alguns questionamentos sobre a questão da mulher como um sujeito ativo da história: como as mulheres poderão conseguir um status de sujeitos em uma sociedade que historicamente as têm ignorado? Bastaria tornar as mulheres visíveis?²⁸

Segundo Heleieth Saffioti, “quanto mais as feministas se distanciarem do esquema patriarcal de pensamento, melhores serão suas teorias”²⁹.

Portanto, sob uma ótica feminista se busca propor um modelo político feminista, analisando sua viabilidade no espectro social, considerando-se que “a baixa proporção de mulheres nas esferas do poder político é uma realidade constatada ainda hoje em quase todos os países do mundo”.³⁰

A questão é de suma importância se considerarmos que:

[...] as décadas seguintes à obtenção do sufrágio feminino mostraram que era perfeitamente possível a convivência entre o direito de voto das mulheres e uma elite política formada quase exclusivamente por homens. Repetiu-se, com o sufrágio, o que ocorrera com a luta do movimento operário pelo voto universal masculino. Seus apoiadores, entre eles o próprio Marx, tanto quanto seus adversários, julgavam que seria o prelúdio de uma via eleitoral para o socialismo. Mas o fim das exigências censitárias e a extensão do direito de voto aos trabalhadores não abalaram a dominação política da classe burguesa.³¹

Retornamos ao “ódio à democracia” denunciado por Jacques Rancière: “através do ódio que manifestam contra a democracia, ou em seu nome, e através das amálgamas às quais submetem sua noção, obrigam-nos a recuperar a força singular que lhe é própria”.³²

Destarte, as marcações de gênero, raça e classe produzem as pessoas ingovernáveis sobre as quais o poder do Estado se impõe a fim de fundamentar o apagamento do ideal de democracia como uma forma de governo baseada na indistinção entre quem pode ser governado e quem pode governar.³³

Deste modo:

²⁶ BIROLI, Flávia. Divisão Sexual do Trabalho e Democracia. **Revista de Ciências Sociais**. p. 722.

²⁷ BIROLI, Flávia. O público e o privado. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política**: uma introdução. p. 36

²⁸ SCOTT, Joan Wallach. **Gênero e história**. Ciudad de México: FCE, Universidad Autónoma de la Ciudad de México. 2008. p. 36-37.

²⁹ SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 56.

³⁰ MIGUEL, Luis Felipe. Gênero e representação política. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política**: uma introdução. p. 93.

³¹ MIGUEL, Luis Felipe. Gênero e representação política. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política**: uma introdução. p. 93.

³² RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. p. 121,

³³ RODRIGUES, Carla. Problemas de gênero na e para a democracia. **Ciência e Cultura**. São Paulo: Jan./Mar., 2017. p. 30-34. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S000967252017000100013&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em 25/09/2020. p. 31.

A principal tarefa de uma democracia radical hoje seria enfrentar, confrontar, interrogar, questionar, fazer oposição à violência de Estado, esta que se justifica em função da defesa dos territórios, lucra com essa atividade e se fundamenta na força de exploração da precariedade dos corpos.³⁴

Teresa Kleba Lisboa ao propor um pacto democrático entre as mulheres, questiona: como podemos falar em democracia diante das desigualdades de gênero que se expressam nos mais diversos espaços da sociedade, reverberadas pelo confinamento das mulheres ao espaço doméstico, silenciamento, violência, invisibilidade e hierarquias nos espaços de poder?³⁵

Conforme bem esclarece Flávia Biroli:

[...] a defesa de relações mais justas e democráticas na esfera privada leva a refletir sobre os papéis convencionais de gênero e a divisão do trabalho, expondo suas implicações para a participação paritária de mulheres e homens na vida pública³⁶.

Assim, a autora conclui a ideia de que quando a organização das relações da vida privada constituir uma barreira à participação paritária de mulheres e homens na vida pública, ficará reduzida a possibilidade de que questões como o cuidado com as crianças e idosos, a violência de gênero, etc. ganhem visibilidade na agenda pública e nos debates políticos³⁷.

A partir daí é que se discute a importância e a necessidade da implementação de um modelo político feminista.

A consolidação dos papéis de gênero atribuídos a homens e mulheres pela sociedade moderna fez com que a participação política, econômica e social das mulheres se tornasse difícil, uma vez que já havia se consolidado uma divisão sexual do trabalho, mantendo-as reclusas ao âmbito privado. Portanto, a dimensão de gênero que permeou a construção da sociedade democrática privilegiou os homens, reservando-lhe a atuação no espaço social de âmbito público. É por isso que se mostra urgente o debate acerca de uma democracia de gênero, necessária ao pleno funcionamento das estruturas de um Estado Democrático de Direito.³⁸

Ora, "a cidadania está associada à garantia dos direitos. Sem Estado, não há democracia; tampouco democracia entre os gêneros".³⁹

E quando se fala em representação política, ainda que sob o prisma do gênero, não basta simplesmente o debate acerca de propostas para o aumento de uma presença feminina em grupos de poder, conforme bem ressalta Luís Felipe Miguel:

Com isso, surge uma última questão de fundo: o esforço deve ser voltado para colocar mais mulheres em posições de poder ou para fazer avançar uma agenda política feminista? O impulso inicial na direção do Estado, quando surgiram os órgãos de defesa dos direitos das mulheres, era nessa segunda direção. Mas a ampliação do número de representantes do sexo feminino não guarda relação necessária com uma maior centralidade da pauta do feminismo. Torna-se preciso, então, investigar a

³⁴ RODRIGUES, Carla. Problemas de gênero na e para a democracia. **Ciência e Cultura**. p. 32

³⁵ LISBOA, Teresa Kleba. Democracia de gênero: é possível um pacto entre as mulheres? **Revista Feminismos**. Salvador, Vol.4, N.1, Jan - Abr. 2016. p. 4-13. Disponível em: <https://cienciasmedicasbiologicas.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/30102>. Acesso em: 25/09/2020. p 4.

³⁶ BIROLI, Flávia. O público e o privado. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução** p. 34

³⁷ BIROLI, Flávia. O público e o privado. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução** p. 34

³⁸ LISBOA, Teresa Kleba. Democracia de gênero: é possível um pacto entre as mulheres? **Revista Feminismos**. p. 5.

³⁹ LISBOA, Teresa Kleba. Democracia de gênero: é possível um pacto entre as mulheres? **Revista Feminismos**. p. 5.

relação entre a presença de mulheres no poder e a “representação substantiva” dos interesses delas, isto é, “se as mulheres buscam e são capazes de promover as questões das mulheres”.⁴⁰

Assim, a diversidade de mulheres e de problemáticas que lhes dizem respeito encontram na perspectiva de gênero um meio de fazer avançar suas propostas. Portanto, a perspectiva de gênero é um dos processos socioculturais mais valiosos,⁴¹ “abrange, de maneira, concomitante, provocar mudanças na sociedade, nas normas, nas crenças, nos valores e no próprio Estado, ocasionando mal estar nas pessoas mais rígidas e/ou resistentes”⁴².

Para Teresa Kleba Lisboa, ainda, a proposta de uma democracia de gênero parte da ruptura do paradigma de público x privado atrelado aos gêneros:

[...] a proposta de uma democracia de gênero, não só deve buscar estabelecer as mudanças necessárias na situação desigual das mulheres, mas, principalmente, investir na construção de relações de reciprocidade com os homens: realizar ações conjuntas com os homens para as quais é necessário compartilhar espaços políticos; que as mulheres possam trazer seus problemas para o espaço público e coloca-los de igual para igual, na agenda política!⁴³

Mostra-se relevante, por esta ótica “articular o ódio à democracia ao ódio a toda forma de vida cuja marcação de gênero a faça ininteligível diante das estruturas normativas que sustentam os regimes democráticos”⁴⁴, para que se possa promover uma revolução democrática de gênero, a fim de romper efetivamente as barreiras entre o público e o privado que historicamente têm afastado as mulheres dos espaços públicos e da efetiva atuação política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando-se o chamado “ódio à democracia” a partir da perspectiva de Jacques Rancière e fazendo um paralelo entre este fenômeno e a realidade social que tem historicamente afastado as mulheres da participação política, observamos que a democracia representa um governo anárquico e fundamentado na ausência de qualquer título para governar, instituindo-se a participação do acaso na estruturação do poder político.

Deste modo, historicamente as elites e oligarquias manifestam seu ódio à democracia pela resistência na aceitação de membros de setores não privilegiados da sociedade em locais de poder.

Porém, quando se fala da participação política das mulheres, observa-se que a sua exclusão da esfera pública se em uma dualidade entre público e privado, estruturada no gênero.

E é a partir do gênero que são construídos os papéis de homens e mulheres na sociedade, organizando-a em um sistema patriarcal.

Nesta sistematização, a ordem social funciona como uma máquina, ratificando a dominação masculina na divisão social do trabalho, da distribuição de atividades a cada um dos sexos, atribuindo aos homens o espaço público e às mulheres o espaço privado⁴⁵.

⁴⁰ MIGUEL, Luís Felipe. Gênero e representação política. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. p. 107.

⁴¹ LISBOA, Teresa Kleba. Democracia de gênero: é possível um pacto entre as mulheres? **Revista Feminismos**. p. 7.

⁴² LISBOA, Teresa Kleba. Democracia de gênero: é possível um pacto entre as mulheres? **Revista Feminismos**. p. 7-8.

⁴³ LISBOA, Teresa Kleba. Democracia de gênero: é possível um pacto entre as mulheres? **Revista Feminismos**. p.8.

⁴⁴ RODRIGUES, Carla. Problemas de gênero na e para a democracia. **Ciência e Cultura**. p. 34.

⁴⁵ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. p. 18.

Portanto, a diferenciação entre o público e o privado historicamente implicou papéis sociais diferenciados para homens e mulheres, isolando as mulheres da participação efetiva na esfera pública.

Tendo como base esta dualidade é que as mulheres foram historicamente relegadas à esfera privada ou doméstica, o que acaba por impactar sobremaneira o acesso das mulheres a cargos políticos, muito embora a conquista pelo voto já venha de muitas décadas.

É por isto que se propõe um modelo político feminista, que busque redefinir o que se chama de "público" e "privado" em uma efetiva ruptura, promovendo a ascensão feminina no âmbito político da sociedade.

Mostra-se extremamente relevante a proposta de um pacto político feminista, em oposição a este novo "ódio à democracia", construindo-se caminhos e soluções para que seja possível que mais mulheres cheguem a posições de poder na sociedade, promovendo-se uma agenda política feminista.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABOIM, Sofia. Do público e do privado: uma perspectiva de gênero sobre uma dicotomia moderna. **Estudos Feministas**, Florianópolis, janeiro-abril/2012. P. 95-117. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v20n1/a06v20n1.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

BEVEDER, Mónica Brun. O ódio à democracia e o rechaço da política. **Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro - 1º semestre de 2016. n. 37. p. 357-361. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/viewFile/25405/18370>. Acesso em: 25 set. 2020.

BIROLI, Flávia. Divisão Sexual do Trabalho e Democracia. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 59, no 3, 2016, p. 719 a 681. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/dados/v59n3/0011-5258-dados-59-3-0719.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Traduzido por Maria Helena Kühner. 11 ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2012.

ENGERROFF, Ana Martina Baron; TABORDA, Luana do Rocio. O aparente paradoxo democrático: reflexões entre a lucidez e a cegueira do ódio à democracia. **Revista de Ciências do Estado**. Belo Horizonte, jan./jul. 2018. p. 313-334. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/5098>. Acesso em: 25 set. 2020.

FLORENTINO, Karoline. Representatividade das mulheres na política. **Politize!** Publicado em 18/10/2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/mulheres-na-politica/#toggle-id-1>. Acesso em: 25 set. 2020.

LISBOA, Teresa Kleba. Democracia de gênero: é possível um pacto entre as mulheres? **Revista Feminismos**. Salvador, Vol.4, N.1, Jan - Abr. 2016. P. 4-13. Disponível em: <https://cienciasmedicasbiologicas.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/30102>. Acesso em: 25 set. 2020.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014.

RODRIGUES, Carla. Problemas de gênero na e para a democracia. **Ciência e Cultura**. São Paulo: Jan./Mar., 2017. p. 30-34. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S000967252017000100013&script=sci_arttext&tIng=en. Acesso em 25 set. 2020.

ROSSI, Marina. Brasil, a lanterna no ranking de participação de mulheres na política. **El País**. São Paulo, 31/03/2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/27/politica/1522181037_867961.html. Acesso em 25 set. 2020.

MULHERES E AGROTÓXICOS: REFLEXÕES SOBRE GÊNERO E INJUSTIÇA AMBIENTAL NO CAMPO

Daiane dos Santos Possamai¹

Viviane Kraieski de Assunção²

INTRODUÇÃO

A percepção das muitas injustiças ambientais existentes no Brasil motivou a articulação da luta por justiça ambiental no país, que visa a garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para todos. Nesse contexto, a atual liberação de novos agrotóxicos, muitos classificados como perigosos ou altamente perigosos, é crescente e preocupante.

O uso de agrotóxicos causa contaminação de áreas de cultivos e também de residências, gerando a intoxicação de trabalhadores e populações que vivem em regiões onde há predomínio do agronegócio. Esses danos são sentidos principalmente pelos trabalhadores rurais mais pobres, mas de formas diferentes entre homens e mulheres.³

Nesse contexto, é perceptível que o uso de agrotóxicos gera situações de injustiça ambiental. Injustiças ambientais ocorrem quando os danos ambientais são suportados majoritariamente pelas populações mais vulneráveis, incluindo aquelas que sofrem opressão de classe e raça.⁴ Nesse sentido, além da questão de classe e raça, é importante incluir a categoria gênero.

O termo gênero surgiu a partir dos esforços de feministas que buscavam a transformação da construção hierárquica e desigual das relações entre mulheres e homens. Essas relações desiguais também estão presentes no meio rural e influenciam a divisão sexual do trabalho. Analisar a divisão sexual do trabalho no campo é importante para compreender como ocorre a relação das mulheres com os agrotóxicos. O trabalho de aplicação de tais substâncias nas lavouras é, em geral, considerado masculino. No entanto, as mulheres também estão expostas aos riscos e tal realidade não deve ser invisibilizada.

Assim, o presente trabalho visa analisar a relação entre gênero e injustiça ambiental no campo a partir do uso de agrotóxicos. Trata-se de pesquisa qualitativa, construída a partir de revisão bibliográfica sobre temas como gênero, agrotóxicos e (in) justiça ambiental no Brasil.

Para tanto, o desenvolvimento do estudo se dividirá em três tópicos. Inicialmente, haverá explanação acerca do movimento por justiça ambiental e sua trajetória no Brasil. No tópico seguinte, serão apresentadas algumas considerações sobre gênero e a importância da inclusão dessa categoria nas discussões sobre justiça ambiental, a partir de uma perspectiva feminista. Por fim, o estudo focará na desigualdade de gênero existente no contexto rural brasileiro e sua relação com as injustiças ambientais

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais (PPGCA/UNESC). Criciúma, Santa Catarina, Brasil. E-mail: daianepossamai@outlook.com.

² Doutora em Antropologia Social (PPGAS/UFSC). Professora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais (PPGCA/UNESC). Criciúma, Santa Catarina, Brasil. E-mail: vka@unesc.net.

³ LONDRES, Flavia. **Agrotóxicos no Brasil**: um guia para ação em defesa da vida. Rio de Janeiro: AS-PTA, 2011. p. 89.

⁴ ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecilia Campelo do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 41.

causadas pelo uso de agrotóxicos.

1. A LUTA POR JUSTIÇA AMBIENTAL E SUA CONSTRUÇÃO NO BRASIL

Atualmente, há inúmeras discussões sobre a intensa degradação ambiental, que partem de locais de falas diferentes, podendo apresentar perspectivas e significados diversos. Portanto, em relação à essa temática, convém compreender que não há um discurso homogêneo.

Considerando essa conjuntura, os sentidos atribuídos à questão ambiental podem partir de uma razão cultural ou utilitária, sendo que as duas formas de pensamento e ação estão constantemente disputando espaço e poder na construção da questão ambiental.⁵

A razão utilitária compreende o meio ambiente apenas como fonte de recursos naturais, ignorando as questões socioculturais que ele apresenta. O meio ambiente é um instrumento para a produção capitalista e o acúmulo de riquezas, por isso a maior preocupação é a garantia de recursos naturais para a continuidade da produção futuramente. Não há uma preocupação com as injustiças ambientais causadas pela exploração excessiva, pois a poluição é considerada “democrática”, ou seja, é suportada por todos, sem distinções.⁶

Em contraponto, a razão cultural entende que as questões socioculturais precisam ser consideradas, visto que as pessoas fazem parte do meio ambiente. A forma desigual de distribuição dos riscos ambientais é compreendida, pois alguns grupos sociais conseguem escapar desses efeitos e outros não. Portanto, a razão cultural expõe que a repartição dos benefícios e danos ambientais não é, de forma alguma, democrática. Há a preocupação com as gerações futuras, mas os conflitos ambientais que ocorrem no presente também são visibilizados.⁷

É possível perceber que cada corrente de pensamento representa também um projeto político para a condução da questão ambiental em determinada sociedade. Neste contexto, a noção de justiça ambiental aproxima-se mais da razão cultural, como será visto a seguir.

Ao falar sobre justiça ambiental, é preciso também compreender o que se entende por injustiça ambiental. A injustiça ambiental é

[...] o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos raciais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis.⁸

As injustiças ambientais ocorrem, portanto, em sociedades desiguais, como é o caso do Brasil. Para alcançar o fim de tal realidade é preciso buscar a construção da justiça ambiental, que pode ser compreendida como

[...] o conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de

⁵ ACSELRAD, Henri. *Ambientalização das lutas sociais - o caso do movimento por justiça ambiental*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 24, n. 68, p. 103-119, 2010. p. 108.

⁶ ACSELRAD, Henri. *Ambientalização das lutas sociais - o caso do movimento por justiça ambiental*. p. 108-110.

⁷ ACSELRAD, Henri. *Ambientalização das lutas sociais - o caso do movimento por justiça ambiental*. p. 108-110.

⁸ ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campelo do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é justiça ambiental*. p. 41.

operações econômicas, de políticas e programas federais, estaduais e locais, bem como resultantes da ausência ou omissão de tais políticas.⁹

As injustiças ambientais não são acasos ou coincidências, são resultados do sistema capitalista que, além do modo de produção, controla e influencia diretamente a vida das pessoas. O objetivo principal é a obtenção do lucro, mesmo que para isso sejam necessárias a exploração devastadora da natureza e a destinação dos danos ambientais gerados pela produção aos grupos mais vulneráveis.

Nesse cenário, a luta contra tais injustiças têm protagonismo das comunidades afetadas, que se tornam menos vulneráveis na medida em que se reconhecem e atuam como sujeito político coletivo. Para tanto, é preciso que as situações de desigualdade vivenciadas sejam desnaturalizadas, tornando evidente que existem diversas questões políticas, econômicas e institucionais por trás dos problemas ambientais.¹⁰

Portanto, ao falar de (in) justiça ambiental, inevitavelmente, de uma forma ou de outra, se fala de política. É um conceito em que o termo “justiça” vai além do seu significado atrelado às instituições jurídicas. Por isso, “la justicia ambiental se dirime en la arena política más que en las procuradurías ambientales y en los poderes judiciales.”¹¹

A ideia de justiça ambiental começou a ser elaborada nos Estados Unidos, a partir da década de 1980, com as ações do movimento negro e de movimentos étnicos. Essas populações geralmente viviam próximas a indústrias com rejeitos poluentes e depósitos de lixo tóxico. A realidade mostrou que a distribuição dos resíduos tóxicos da produção capitalista não é democrática, pois é suportada com maior intensidade pela classe trabalhadora. Os movimentos, com essa percepção, passaram a denunciar a relação existente entre classe, raça e etnia e a questão ambiental.¹²

Após a experiência dos movimentos estadunidenses, a ideia começou a ultrapassar as fronteiras daquele país. Alguns princípios gerais interligam os diversos movimentos por justiça ambiental constituídos. O primeiro deles é denominado como “poluição tóxica para ninguém”, sendo um dos mais importantes lemas desses movimentos. Nesse sentido, não se trata apenas de deslocar os depósitos tóxicos e os demais danos ambientais para outros locais, é preciso adotar uma outra forma de produção. O segundo princípio, “por um outro modelo de desenvolvimento”, surge como consequência da constatação do primeiro. É necessário que o próprio modelo de desenvolvimento seja questionado, mas não apenas no sentido de economia de recursos naturais e sim com a ideia de justiça e democracia. É preciso questionar, sobretudo, para que os recursos estão sendo utilizados, se para o bem comum ou para a acumulação de lucro por poucos.¹³

O terceiro princípio, “por uma transição justa”, refere-se à necessidade de transformar o modelo de desenvolvimento sem penalizar ainda mais os trabalhadores, que poderiam perder seus empregos, ou os habitantes de países menos industrializados, pois as transnacionais acabariam transferindo seus resíduos tóxicos para esses locais. Por fim, o quarto princípio, “por políticas ambientais democraticamente

⁹ HERCULANO, Selene. O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental. *Revista de gestão integrada em saúde do trabalho e meio ambiente*, v. 3, n. 1, jan./abril, p. 01-20, 2008. p. 2.

¹⁰ PORTO, Marcelo de Souza Firpo. Complexidade, processos de vulnerabilização e justiça ambiental: um ensaio de epistemologia política. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 93, p. 31-58, 2011. p. 34.

¹¹ LEFF, Enrique. Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza: a guisa de prólogo. In: LEFF, Enrique (Coord.). *Justicia ambiental: Construcción y defensa de los nuevos derechos ambientales culturales y colectivos en América Latina*. México: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2001, p. 7-34. p. 26.

¹² HERCULANO, Selene. Riscos e desigualdade social: a temática da Justiça Ambiental e sua construção no Brasil. In: I ENCONTRO ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS GRADUAÇÃO E PESQUISA EM AMBIENTE E SOCIEDADE, I, 2002, Indaiatuba. *Anais [...]*, Indaiatuba: ANPPAS, 2002. p. 1-15. p. 2.

¹³ ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campelo do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é justiça ambiental*. p. 26-28.

instituídas”, expõe a necessidade de as comunidades e organizações de base participarem dos processos de construção de políticas públicas, de modo que os agentes econômicos mais poderosos não possam escolher livremente os locais onde vão depositar seus resíduos tóxicos.¹⁴

Para além dos princípios gerais, existem as especificidades de cada região ou país. Há uma diferença entre o movimento estadunidense e os movimentos articulados em países do “Terceiro Mundo”, pois o primeiro está mais relacionado às lutas contra o racismo ambiental, enquanto no segundo a justiça ambiental está mais ligada a ideia de ecologismo popular ou ecologismo dos pobres e a luta é contra os impactos ambientais sofridos pelos pobres de modo geral, visto que são a maioria nesses países.¹⁵

No Brasil o movimento por justiça ambiental começou a ser articulado no final da década de 1990, quando alguns pesquisados e organizações não governamentais tiveram contato direto com militantes do movimento estadunidense, em um encontro organizado na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). A partir disso, mais do que uma mera “importação” de conceitos, os brasileiros envolvidos procuraram trazer o conceito de justiça ambiental para a realidade local. Assim, como um primeiro esforço para sintetizar essas ideias e difundi-las, foram publicados, em 2000, os três volumes da série “Sindicalismo e Justiça Ambiental”, elaborados pela ONG Ibase, Central Sindical CUT do Rio de Janeiro e pesquisadores da UFRJ.¹⁶

Essa iniciativa contribuiu para a intensificação dos debates sobre a temática, principalmente entre os grupos responsáveis pela publicação: estudantes e pesquisadores da UFRJ, sindicalistas e ONGs. Esse cenário levou à organização do Seminário Internacional Justiça Ambiental e Cidadania, que ocorreu em 2001 na cidade de Niterói/RJ, oportunidade em que foi criada a Rede Brasileira de Justiça Ambiental. O encontro reuniu diversos pesquisadores, militantes de movimentos sociais, ONGs e também representantes do Movimento de Justiça Ambiental dos Estados Unidos.¹⁷

Do evento resultou a declaração de lançamento da Rede, que denuncia que as injustiças ambientais existentes no Brasil resultam da lógica do sistema capitalista de produção e indica que a luta por justiça ambiental deve ser em defesa tanto dos direitos humanos quanto da sustentabilidade ambiental. Além disso, a declaração reconhece que tais injustiças atingem as mulheres com maior intensidade.¹⁸

É perceptível que o início da constituição dos movimentos por justiça ambiental ocorreu com enfoque para as questões de classe e raça/etnia. Todavia, é preciso adotar um olhar interseccional, compreendendo também as questões de gênero, haja vista que as mulheres acabam sofrendo mais com os danos ambientais que os homens, mesmo quando ambos pertencem à classe trabalhadora. Certamente tal situação não é mera coincidência, mas fruto da desigualdade de gênero existente no Brasil.

2. GÊNERO, FEMINISMO E JUSTIÇA AMBIENTAL

O termo gênero começou a ser utilizado na segunda metade do século XX e é resultado de lutas por direitos humanos e igualdade articuladas por movimentos sociais feministas, de mulheres, lésbicas e gays. É uma categoria de análise, assim como classe e raça/etnia.¹⁹

¹⁴ ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campelo do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. p. 28-30.

¹⁵ MARTINEZ-ALIER, Joan. **O ecologismo dos pobres**: conflitos ambientais e linguagens de valoração. São Paulo: Contexto, 2011. p. 35.

¹⁶ ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campelo do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. p. 39-41.

¹⁷ ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campelo do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. p. 40.

¹⁸ HERCULANO, Selene. Riscos e desigualdade social: a temática da Justiça Ambiental e sua construção no Brasil. p. 14.

¹⁹ PEDRO, Joana Maria. Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. **História**, Franca, v. 24, n. 1, p. 77-98, 2005. p. 77-79.

Os movimentos feministas e de mulheres, especificamente, começaram a utilizar esse termo na busca por uma explicação pela desigualdade que recaía sobre as mulheres. As mulheres perceberam que as palavras, na maior parte das línguas, são entendidas como pertencentes a um gênero, isto é, são escritas e pronunciadas com o uso de artigo feminino ou masculino, mas não têm sexo. Do mesmo modo, nem todos os seres vivos têm sexo ou se reproduzem de maneira sexuada, no entanto, as palavras usadas para descrever tais seres estão relacionadas à um gênero. Com essa reflexão, movimentos feministas e de mulheres passaram a usar o termo “gênero” no lugar de “sexo”, para demonstrar que as diferenças percebidas na forma como homens e mulheres se comportavam na sociedade não dependiam do sexo biológico, mas sim do gênero.²⁰

Assim, gênero pode ser conceituado da seguinte forma, conforme Joan Scott: “(1) o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e (2) o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder.”²¹

Gênero e poder estão profundamente interligados, pois se constroem de forma recíproca. O poder político tem sido sustentado sobre desigualdades de gênero, sobre a exclusão das mulheres. Para que o sistema existente se mantenha, é preciso que também a desigualdade de gênero seja mantida e aceita uma questão natural, pois o questionamento ou mesmo a alteração dessa estrutura colocaria em risco todo o sistema.²²

Os estudos de gênero não podem ser feitos de um ponto de vista despolitizado, sem considerar as contribuições dos movimentos feministas, pois isso levaria à ausência do caráter emancipatório do feminismo.

Nesse sentido, mais do que buscar uma explicação, os movimentos feministas lutam para mudar tal realidade. Não é uma tarefa simples conceituar o termo “feminismo”, visto que, além de indicar um processo em constante transformação é, na verdade, mais adequado falar em “feminismos”. Não há apenas uma forma universal de ser mulher, por isso também é preciso considerar a pluralidade existente nos movimentos feministas. Entre as mulheres existem inúmeras diferenças, sendo boa parte delas estabelecidas a partir da classe e raça/etnia a que uma mulher pertence.

No Brasil, a organização dos movimentos feministas iniciou já no final do século XIX. O começo dessa história já mostra que havia diferenças entre as mulheres, pois o movimento estava dividido. Um grupo era formado por mulheres pertencentes à elite econômica e intelectual, que buscavam principalmente a conquista de direitos políticos, enquanto o outro grupo era formado por mulheres da classe trabalhadora e, por isso, preocupava-se com questões de gênero e também de classe.²³

Durante as décadas seguintes os movimentos feministas seguiram dando seus passos no Brasil, inclusive no período da ditadura. Em alguns momentos houve maior organização e em outros, menos. Pautas diversas foram surgindo e coexistindo nesse processo.

Em relação à questão ambiental, esse assunto começou a ser incluído nas discussões dos movimentos feministas ainda na década de 1960, pois “havia muitos elementos em comum entre a crise ambiental, que se avizinhava com o avanço da industrialização e da urbanização, e a percepção dos

²⁰ PEDRO, Joana Maria. Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. p. 77-79.

²¹ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Tradução de Guacira Lopes Louro. **Educação & Realidade**, [Porto Alegre], vol. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995. p. 86.

²² SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. p. 86-87.

²³ PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003. p. 80.

movimentos feministas sobre o lugar destinado às mulheres nessas sociedades emergentes.”²⁴

A relação existente entre gênero e meio ambiente tem sido discutida também pelos movimentos feministas, sobretudo pelo ecofeminismo. As desigualdades de gênero são construídas e estão presentes em diferentes espaços e relações estabelecidas nas sociedades, inclusive nas questões ambientais. Os movimentos feministas e ambientalistas devem construir lutas conjuntas, visto que possuem objetivos comuns, como a construção de uma sociedade mais igualitária e não hierárquica.²⁵

O ecofeminismo, apesar de compreender em seu interior diversos discursos diferentes, parte da ideia de que há um vínculo entre a dominação e exploração das mulheres e da natureza. Por isso, as ecofeministas defendem que a libertação das mulheres não será possível sem a libertação da natureza.²⁶

As mudanças climáticas constituem um exemplo de relação entre gênero e meio ambiente e de injustiça ambiental que afeta mais intensamente as mulheres. “A mudança do clima é mais do que uma questão de eficiência energética ou de emissões industriais de carbono; trata-se, também, de uma questão de dinâmica populacional, pobreza e equidade entre os gêneros”.²⁷

A maior parte dos gases que causam alterações climáticas são emitidos por países considerados desenvolvidos. No entanto, têm sido relativamente imunes aos danos ambientais causados. Em contrapartida, os países considerados “em desenvolvimento”, como os países da América Latina, geram uma parcela menor de emissões, mas suportam a maior parte dos danos. Os pobres dos países “em desenvolvimento”, são, portanto, vítimas dessas injustiças ambientais.²⁸

Entre os pobres as mulheres são atingidas com maior intensidade pois, em virtude da desigualdade de gênero, estão mais vulneráveis. Em muitos países, as mulheres constituem a maior parte da força de trabalho agrícola e, com os efeitos das mudanças climáticas, como secas, precisam trabalhar ainda mais para obter alimento, água e energia para suas famílias. Esse trabalho intenso se soma ao trabalho doméstico que, na maioria das vezes, é realizado exclusivamente pelas mulheres. Como precisam cuidar de suas casas e da família, acabam tendo sua mobilidade limitada, o que aumenta a vulnerabilidade aos desastres naturais.²⁹

Portanto, verifica-se que as mulheres estão mais vulneráveis às injustiças ambientais quando comparadas com os homens. Assim, as discussões sobre injustiça ambiental devem considerar também a categoria gênero, contando com a perspectiva emancipatória apontada pelo feminismo. As injustiças ambientais que podem atingir as mulheres são muitas e apresentam diferenças em contextos rurais e urbano. Considerando o escopo do trabalho, o próximo tópico abordará a relação das mulheres com um tipo de injustiça ambiental muito presente no campo brasileiro: o uso de agrotóxicos.

²⁴ SILIPRANDI, Emma. Um olhar ecofeminista sobre as lutas por sustentabilidade no mundo rural. In: PETERSEN, Paulo (org.). **Agricultura familiar camponesa na construção do futuro**. Rio de Janeiro: AS-PTA, 2009, p. 139-152. p. 41.

²⁵ AGARWAL, Bina. El debate sobre las relaciones entre género y ecología: Conclusiones desde la India. **Mientras Tanto**, n. 65, p. 37-59, 1996. p. 34.

²⁶ GAARD, Greta Claire. Rumo ao ecofeminismo queer. Tradução de Sandra Michelli Gomes. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 19, n. 1, p. 197-223, abr. 2011. p. 198.

²⁷ UNFPA. **Relatório sobre a Situação da População Mundial 2009**: Enfrentando um mundo em transição - mulheres, população e clima. Nova York: Fundo de Populações das Nações Unidas, 2009. p. V.

²⁸ UNFPA. **Relatório sobre a Situação da População Mundial 2009**: Enfrentando um mundo em transição - mulheres, população e clima. p. V.

²⁹ UNFPA. **Relatório sobre a Situação da População Mundial 2009 - Enfrentando um mundo em transição**: mulheres, população e clima. p. V.

3. DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO E O USO DE AGROTÓXICOS COMO FORMA DE INJUSTIÇA AMBIENTAL

O campo brasileiro apresenta profundas desigualdades, que não ocorrem por acaso, mas são produtos da forma capitalista de produção no meio rural, denominada agronegócio. As violações de direitos humanos e injustiças ambientais são constantes e possuem raízes antigas.

O período de invasão e colonização do território latino-americano ocorreu com intensa exploração dos recursos naturais e também do trabalho humano, com a escravidão. Esse processo foi devastador e influencia as dinâmicas sociais e ambientais atuais, bem como tem profunda ligação com as injustiças ambientais do presente.³⁰

Em 1850, com as pressões externas pelo fim da escravidão e sua substituição pelo trabalho assalariado, foi promulgada a Lei nº 601, comumente chamada de Lei de Terras, que implementou a propriedade privada no Brasil. A terra transformou-se em mercadoria e poderia ser adquirida por qualquer pessoa, em tese. Todavia, na prática, ocorreu que os ex-trabalhadores escravizados e outros trabalhadores pobres não puderam comprar terras, o que, certamente, também não foi um acaso. Assim, a referida lei consolidou o latifúndio no Brasil, estabelecendo as bases da injusta distribuição de terra existente até hoje.³¹

Outro acontecimento histórico, mais recente, que trouxe mudanças para a realidade rural brasileira foi a Revolução Verde, a partir da década de 1960. A Revolução Verde chegou ao Brasil, e ao Sul global de modo geral, sob o pretexto de proporcionar aumento da produção e erradicação da fome. Isso seria feito com a “modernização” do campo, o que implicava no uso intensivo de agrotóxicos.³²

No entanto, a Revolução Verde se mostrou insustentável “ao causar danos ao ambiente, provocou perdas dramáticas de biodiversidade e do conhecimento tradicional associado, favoreceu aos agricultores mais ricos e deixou muitos agricultores pobres mais endividados.”³³

Portanto, essas medidas causaram danos ambientais e dificultaram ainda mais a vida das pessoas pobres no campo, levando a um expressivo êxodo rural, perda de conhecimentos tradicionais e da própria identidade camponesa.

É possível perceber que o contexto histórico do meio rural brasileiro expõe que a desigualdade de classes existente nesses locais é um problema antigo. Além disso, a forma de desenvolvimento estabelecida desde o período colonial indica a constante exploração e degradação do meio ambiente.

Atualmente, chama atenção o crescimento constante de novos agrotóxicos permitidos pelo governo brasileiro, sendo muitos deles considerados perigosos ou altamente perigosos³⁴. Percebe-se que, mesmo com todos os danos sociais e ambientais causados, o modelo da Revolução Verde ainda é priorizado.

³⁰ PÁDUA, José Augusto. **Um sopro de destruição**: pensamento político e crítica ambiental no Brasil escravista, 1786-1888. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002. p. 50.

³¹ STEDILE, João Pedro. Introdução. In: STEDILE, João Pedro (org.). **A Questão Agrária no Brasil**: o debate tradicional – 1500-1960. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p. 15-31.

³² LAZZARI, Francini Meneghini; SOUZA, Andressa Silva. Revolução Verde: impactos sobre os conhecimentos tradicionais. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 4., 2017, Santa Maria. **Anais eletrônicos [...]**. Santa Maria: UFSM, 2017. p. 2-4.

³³ ALTIERI, Miguel A. Agroecologia, agricultura camponesa e soberania alimentar. **Revista NERA**, Presidente Prudente, n. 16, p. 22-32, 2010. p. 23.

³⁴ FIRMIANO, Frederico Daia. “Quem lamenta os estragos – se os frutos são prazeres?” O bloco de poder agro do governo Bolsonaro. **Estudos Sociedade e Agricultura**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 364-387, jun. 2020. p. 371-372.

O uso de agrotóxicos contamina ambientes rurais e residenciais, intoxicando tanto os trabalhadores que estão diretamente ou indiretamente lidando com tais substâncias, quanto outras pessoas que vivem na região. É um caso grave de injustiça ambiental no campo brasileiro.³⁵

Essa injustiça impacta intensamente a vida dos trabalhadores do campo, entretanto, em virtude da desigualdade de gênero, as mulheres são ainda mais atingidas. A desigualdade de gênero é uma realidade no meio rural e pode ser percebida na divisão sexual do trabalho.

A divisão sexual do trabalho se baseia em dois princípios. O primeiro deles é o da separação do trabalho entre homens e mulheres. Já o segundo princípio é o da hierarquização, pois o trabalho considerado masculino é mais valorizado que aquele considerado feminino.³⁶

Há, no campo, a divisão entre trabalho doméstico, considerado aquele exercido pelas mulheres, e trabalho produtivo, aquele desenvolvido pelos homens, principalmente nas lavouras. O trabalho de cuidado, que compreende o cuidado com a casa e com os membros da família, é geralmente exercido pelas mulheres.³⁷ Em geral, as mulheres também trabalham nas lavouras, mas esse trabalho costuma ser menos valorizado ou mesmo considerado apenas “ajuda”.

A aplicação dos agrotóxicos nas lavouras é considerada uma atividade masculina. No entanto, a relação das mulheres com os agrotóxicos não pode ser invisibilizada. As mulheres também trabalham nas lavouras, mesmo quando não fazem a aplicação diretamente. Ademais, realizam atividades como lavagens de embalagens, roupas e equipamentos contaminados. Além disso, em virtude da exposição indireta, nem sempre percebem que correm tais riscos, fazendo com que não usem nenhuma forma de proteção.³⁸

Portanto, a divisão sexual do trabalho, estabelecida sobre os princípios desiguais da diferenciação e hierarquização, influencia diretamente na forma como as mulheres se relacionam com os agrotóxicos. Essa situação de injustiça ambiental vivenciada pelas mulheres não pode ser invisibilizada pois, por não perceberem a gravidade dos riscos que correm, acabam ficando expostas às substâncias e conseqüentemente suscetíveis aos danos à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

São muitas as injustiças ambientais que ocorrem diariamente no Brasil, em contextos urbanos e rurais. Por isso, a luta por justiça ambiental é necessária e vem sendo articulada. A categoria gênero deve ser incluída nessas discussões. Os danos ambientais são suportados de forma desigual pelos pobres e pessoas negras, contudo, nesses grupos, as mulheres são atingidas de forma mais intensa quando comparadas com os homens. Isso ocorre em virtude da desigualdade de gênero.

No campo, as desigualdades de classe, raça e gênero são profundas e possuem raízes antigas. O agronegócio aprofunda tais desigualdades e gera intensa degradação ambiental. Uma das características preocupantes desse modo de produção é o uso de agrotóxicos. Os danos ambientais causados por tais substâncias são suportados de forma desigual por grupos mais vulneráveis, como as mulheres.

Portanto, verifica-se que o uso de agrotóxicos representa uma forma de injustiça ambiental no

³⁵ LONDRES, Flávia. **Agrotóxicos no Brasil**: um guia para ação em defesa da vida. p. 89.

³⁶ HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, dez. 2007. p. 396.

³⁷ PAULILO, Maria Ignez Silveira. Trabalho familiar: uma categoria esquecida de análise. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 229-252, abril 2004. p. 242-244.

³⁸ CARNEIRO, Fernando Ferreira. *et al.* **Dossiê ABRASCO**: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. São Paulo: Expressão Popular, 2015. p. 181.

campo. O modo como as mulheres sofrem essa injustiça está profundamente ligado às relações desiguais de gênero e a divisão sexual do trabalho. Nesse cenário, é preciso fazer o caminho inverso ao que está em curso atualmente. Para que exista justiça ambiental no campo, para homens e mulheres, é preciso incentivar outras formas de produção e de vida. A agroecologia, que propõe uma forma de produção ambientalmente mais sustentável e uma forma de vida sem desigualdades de classe, raça e gênero, pode ser uma alternativa nesse contexto.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais - o caso do movimento por justiça ambiental. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 24, n. 68, p. 103-119, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142010000100010&lng=en&nrm=iso.

Acesso em: 11 maio 2020.

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecilia Campelo do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

AGARWAL, Bina. El debate sobre las relaciones entre género y ecología: Conclusiones desde la India. **Mientras Tanto**, n. 65, p. 37-59, 1996. Disponível em: www.jstor.org/stable/27820270. Acesso em: 18 jun. 2020.

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

ALTIERI, Miguel A. Agroecologia, agricultura camponesa e soberania alimentar. **Revista NERA**, Presidente Prudente, ano 13, n. 16, p. 22-32, 2010. Disponível em: <https://revista.fct.unesp.br/index.php/nera/article/view/1362>. Acesso em: 02 jul. 2020.

CARNEIRO, Fernando Carneiro. *et al.* **Dossiê ABRASCO**: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. São Paulo: Expressão Popular, 2015. Disponível em: http://www.abrasco.org.br/dossieagrototoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.

FIRMIANO, Frederico Daia. “Quem lamenta os estragos – se os frutos são prazeres?” O bloco de poder agro do governo Bolsonaro. **Estudos Sociedade e Agricultura**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 364-387, jun. 2020. Disponível em: https://revistaesa.com/ojs/index.php/esa/article/view/esa28-2_05_quem_lamenta. Acesso em: 11 nov. 2020.

GAARD, Greta Claire. Rumo ao ecofeminismo queer. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 19, n. 1, p. 197-223, abr. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2011000100015&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 jun. 2020.

HERCULANO, Selene. O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental. **Revista de gestão integrada em saúde do trabalho e meio ambiente**, v. 3, n. 1, jan./abril, p. 01-20, 2008. Disponível em: <http://www3.sp.senac.br/hotsites/blogs/InterfacEHS/wp-content/uploads/2013/07/art-2-2008-6.pdf>. Acesso em: 11 maio 2020.

HERCULANO, Selene. Riscos e desigualdade social: a temática da Justiça Ambiental e sua construção no Brasil. *In*: I ENCONTRO

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS GRADUAÇÃO E PESQUISA EM AMBIENTE E SOCIEDADE, 1., 2002, 285

Indaiatuba. **Anais eletrônicos [...]**, Indaiatuba: ANPPAS, 2002. p. 1-15. Disponível em: http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selene%20Herculano.pdf

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, dez. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742007000300005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 jun. 2020.

LAZZARI, Francini Meneghini; SOUZA, Andressa Silva. Revolução Verde: impactos sobre os conhecimentos tradicionais. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 4., 2017, Santa Maria. **Anais eletrônicos [...]**. Santa Maria: UFSM, 2017. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/4-3.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2020.

LONDRES, Flavia. **Agrotóxicos no Brasil**: um guia para ação em defesa da vida. Rio de Janeiro: AS-PTA, 2011. Disponível em: <https://br.boell.org/sites/default/files/agrotoxicos-no-brasil-mobile.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

LEFF, Enrique. Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza: a guisa de prólogo. *In*: LEFF, Enrique (Coord.). **Justicia ambiental**: Construcción y defensa de los nuevos derechos ambientales culturales y colectivos en América Latina. México: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2001, p. 7-34. Disponível em: https://agua.org.mx/wp-content/uploads/2012/11/justicia_ambiental_e_leff.pdf.

MARTINEZ-ALIER, Joan. **O ecologismo dos pobres**: conflitos ambientais e linguagens de valoração. São Paulo: Contexto, 2011.

PÁDUA, José Augusto. **Um sopro de destruição**: pensamento político e crítica ambiental no Brasil escravista, 1786-1888. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

PAULILO, Maria Ignez Silveira. Que feminismo é esse que nasce na horta? **Política & Sociedade**. Florianópolis, v. 15, p. 296-316, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2016v15nesp1p296/33805>. Acesso em: 18 jun. 2020.

PAULILO, Maria Ignez Silveira. Trabalho familiar: uma categoria esquecida de análise. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 229-252, abril 2004. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2004000100012&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em 11 nov. 2020.

PEDRO, Joana Maria. Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. **História**, Franca, v. 24, n. 1, p. 77-98, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742005000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 jun. 2020.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

PORTO, Marcelo de Souza Firpo. Complexidade, processos de vulnerabilização e justiça ambiental: um ensaio de epistemologia política. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 93, p. 31-58, 2011. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/133>. Acesso em: 11 nov. 2020.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, [Porto Alegre], vol. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 16 jan. 2019.

SILIPRANDI, Emma. Um olhar ecofeminista sobre as lutas por sustentabilidade no mundo rural. *In*: PETERSEN, Paulo (org.). **Agricultura familiar camponesa na construção do futuro**. Rio de Janeiro: AS-PTA, 2009, p. 139-152. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/373/ASPTA_agricultura_familiar_camponesa_constru%E7%E3o_futuro.pdf?sequence=1#page=139. Acesso em: 1 jul. 2020.

STEDILE, João Pedro. Introdução. *In*: STEDILE, João Pedro (org.). **A Questão Agrária no Brasil: o debate tradicional – 1500-1960**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p. 15-31. Disponível em: <http://www.reformaagrariaemdados.org.br/sites/default/files/A%20questao%20agraria%20no%20Brasil%20Vol%201.pdf>. Acesso em 05 mar. 2019.

UNFPA. **Relatório sobre a Situação da População Mundial 2009**: Enfrentando um mundo em transição - mulheres, população e clima. Nova York: Fundo de Populações das Nações Unidas, 2009. Disponível em: https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/swop2009_0.pdf. Acesso em: 3 dez. 2020.

TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES, CRIANÇAS E ADOLESCENTES DA PROJEÇÃO GLOBAL À REGIONAL

Bruna Bueno Eitelvein¹

INTRODUÇÃO

A pesquisa tornou-se possível a partir da indagação acerca dos índices de mulheres, crianças e adolescentes traficadas. O estudo ocorre desde o Município de Uruguaiana (escolhida em razão dos casos que serão analisados), uma cidade fronteiriça no Rio Grande do Sul, no Brasil, até os dados mais gerais do tráfico internacional de pessoas. Ainda, restou como indagação, qual o crime é mais comum nesta prática delitiva e quais os perfis dos agentes passivos e ativos.

O objetivo geral é a análise do tráfico internacional de mulheres, crianças e adolescentes, reconhecendo os elementos norteadores de atração e exploração, evidenciando a relação de poder do aliciador perante a vítima em casos concretos a partir de bibliografia existente e estudo de caso.

Inicialmente, será desenvolvido uma singela contextualização sobre o tráfico internacional de pessoas com seu caráter globalizado. Serão elencadas suas características, sendo elemento principal as organizações criminosas e os bens jurídicos atacados quando as vítimas são submetidas as atividades forçadas das redes ilícitas.

Em seguida, diante do contexto econômico dos países de origem das vítimas e os países que irão “recepção-las” como produto do crime organizado, no imaginário das vítimas são completamente diferentes. O primeiro totalmente escasso de oportunidades profissionais e de ascensão econômica, enquanto o segundo é completamente o oposto. Ainda, será compreendido o mercado de consumo que usufrui da exploração sexual proveniente da prática ilegal.

Em terceiro, serão delineados as relações de poder que o aliciador possui frente a vítima, o perfil do polo ativo e passivo do tráfico de seres humanos. Por fim, a análise de casos concretos ocorridos na cidade de Uruguaiana durante os anos de 1997 e 2004, totalizando cinco casos, em que ora as vítimas eram encaminhadas da cidade para o Exterior, ora eram recepcionadas no Brasil para escravidão sexual.

1. GLOBALIZAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO E BENS JURÍDICOS TUTELADOS

O crime organizado é entendido de formas distintas em várias partes do mundo, alguns países como a Itália, compreendem a criminalidade organizada como a máfia, na Alemanha por sua vez, a corrupção e a lavagem de dinheiro englobam essa denominação, com tal raciocínio predominam múltiplos entendimentos nos mais diferentes Estados pelo mundo².

A doutrina especializada reconhece quatro formas básicas de organizações criminosas, a tradicional ou clássica, a rede (Network – Rete Criminale – Netzstruktur), a empresarial e a endógena, suas

¹ acadêmica do Bacharel em Direito na Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, Brasil, 151066@upf.br. Orientador: Prof. Dr. Felipe Cittolin Abal.

² PRADO, Régis Luiz; CASTRO, Bruna Azevedo. **Crime Organizado e Sistema Jurídico brasileiro: A Questão da Conformação Típica.** Revista dos Tribunais. Vol. 890/2009. p. 410. Dez, 2009.

características são:

1. Tradicional (ou Clássicas): Das quais o exemplo mais clássico são as Máfias. Trata-se de modelo clássico das Organizações criminosas, as de tipo mafiosas que revelam características próprias [...]. O elemento constitutivo especial das associações de tipo mafioso, que as diferenciam daquelas comuns (demais), é a existência de uma profunda força intimidatória, de forma autônoma, difusa e permanente.

2. Rede (Network – Rete Criminale – Netzstruktur): Cujas principais características são a globalização. Forma-se através de um grupo de experts sem base, vínculos, ritos, e também sem critérios mais rígidos de formação hierárquica. É provisória, por natureza, e se aproveita das oportunidades que surgem em cada setor e em cada local. A organização criminosa se forma em decorrência de 'indicações' e 'contatos' existentes no ambiente criminal, sem qualquer compromisso de vinculação (muito menos em caráter permanente), age em determinado espaço territorial favorável para a prática dos delitos propostos, durante tempo relativamente curto (no geral alguns meses) e depois se dilui, sendo que seus integrantes – cada um vai se unir a outros agentes, formando um novo grupo em outro local.

3. Empresarial: Formada no âmbito de empresas lícitas – licitamente constituídas. Neste formato, também modernamente chamadas de organizações criminosas, os empresários se aproveitam da própria estrutura hierárquica da empresa. Mantém as suas atividades primárias lícitas, fabricando, produzindo e comercializando bens de consumo para, secundariamente, praticar crimes fiscais, crimes ambientais, cartéis, fraudes (especialmente em concorrências – licitações, dumping, lavagem de dinheiro, falsidades documentais, materiais ideológicos, tráfico de pessoas, etc.).

4. Endógena: Trata-se de espécie de organização criminosa que age dentro do próprio Estado, em todas as suas esferas – Federal, Estaduais e Municipais, envolvendo, conforme a atividade, cada um dos Poderes, Executivo, Legislativo ou Judiciário. É formada essencialmente por políticos e agentes públicos de todos os escalões, envolvendo, portanto, necessariamente, crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação etc.). Mas também, quase que inevitavelmente outras infrações penais como aquelas que se relacionam direta ou indiretamente. [...] É forma de organização criminosa denominada, na doutrina alemã de 'Criminalidade dos Poderosos'³.

Isto posto, as características identificadas no estudo acima esclarecem que o crime organizado, como o nome já aponta, possui ampla sistematização. O cenário globalizado possibilita extensa vertente e especificações dos ilícitos realizados por estes grupos. No presente caso, trata-se de tráfico internacional de seres humanos, em que ocorre a fusão das quatro características: a mafiosa com a intimidação, a rede através da globalização, a empresarial com as empresas lícitas de fachada para as ilegalidades, e a endógena na omissão frente as denúncias de tráfico.

Em face ao exposto, a conceituação de crime organizado não ostenta uma definição pacífica, tampouco de fácil apreensão, por isso, em conformidade com o artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei 12.850/2013:

considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional⁴.

³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 29-33 e 42.

⁴ BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Brasília, DF, 2013.

É de suma importância identificar que os sujeitos ativos das organizações criminosas contemplam qualquer pessoa, desde que com o objetivo ilícito, com pluralidade de agentes, sendo no mínimo quatro. Deve impreterivelmente haver a divisão de tarefas mesmo que informalmente e, os partícipes da estrutura ordenada têm de visar a vantagem de lucro por meio dos atos ilícitos. Ademais, as práticas ilegais têm de ser infrações penais graves ou transacionais.

Sempre que houver ligação com o tráfico, é necessário uma coletividade de indivíduos para constituir a organização criminosa, embora, no de seres humanos, o art. 149-A do CP será utilizado de forma extensiva para realizar ação controlada de tal ato ilícito, mesmo que realizado por uma pessoas apenas.

Quanto a característica de “organização” demonstra que não se trata de amadores no crime, mas sim de uma cadeia bem elaborada e com divisões específicas para que suas ações ilegais sejam realizadas de forma satisfatória a estes, resguardando a teia transgressora para não ser, em hipótese alguma, desmantelada.

A particularidade dos ilícitos, promovem o tráfico de pessoas como o terceiro comércio ilegal mais lucrativo do mundo, depois dos tráficos de drogas e armas, movimentando cerca de 2,5 milhões de pessoas e mais de US\$ 32 bilhões por ano, dos quais 80% são provenientes da exploração sexual de mulheres⁵.

Tomando tal concepção, percebe-se o caráter transnacional do crime organizado, em que a globalização da economia é influente nos rumos da criminalidade contemporânea, no qual, ano a ano é fortalecida e se amplia à nível mundial, sem que os organismos de controle possam limitá-los ou eliminá-los.

A conjuntura de reconhecimento da vasta criminalidade perpetua a inquietação mundial quanto aos grupos criminosos, estes, efetivam crimes de alto potencial lesivo contra os bens jurídicos mais valiosos, como a vida, a liberdade e a paz pública.

Para compreender o significado dos bens jurídicos, Zaffaroni conceitua que “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam⁶”. No instante em que os grupos criminosos iniciam a prática lesiva prevista no artigo 149-A do Código Penal brasileiro “agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso” para os fins de submissão a trabalhos análogos à escravos, servidão ou mesmo exploração sexual (incisos II, III, V, art. 149-A CP), estão atacando bens jurídicos como a vida e liberdade do indivíduo os quais estão tutelados pelo Estado e serão punidos conforme a tipificação penal, como forma de manter a paz pública e a dignidade do indivíduo atacado.

Sob mesmo ponto de vista, sempre que houver violação dos bens jurídicos descritos, somado à destinação das vítimas ao exterior, ou seja, aspecto de transnacionalidade total ou parcial haverá aumento de pena.

Quanto ao caráter transnacional, o tráfico de seres humanos vem avolumando as rotas ilegais para circulação e movimentação de vítimas, neste mundo globalizado, “o Brasil, é considerado tanto um país de

⁵ PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. **Tráfico de Pessoas sob a Perspectiva de Direitos Humanos**: Prevenção, Combate, Proteção às Vítimas e Cooperação Internacional. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 115.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 462.

destino quanto de origem de vítimas, tem realizado esforços de prevenção e combate a essa prática⁷, por isso, para adentrar a discussão acerca do tráfico de pessoas, é de suma importância definir sua concepção, em conformidade com o Protocolo de Palermo, o qual o Brasil juntamente com outras 125 nações integrantes da ONU, são signatários, estabelece:

A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos⁸.

Ou seja, os traficantes seduzem as vítimas com promessas de uma vida melhor em outros países, o meio poderá ser a fraude, o rapto ou coação, as transportam e alojam-nas. Quando percebem já estão aliciadas por redes criminosas que passam as explorarem sexualmente.

O caráter globalizado do tráfico para exploração sexual influencia negativamente na identificação das vítimas, pois não permite aos Estados o controle eficaz das pessoas que ingressam no país de destino. Não obstante, muitas vezes os explorados adentram legalmente o território, ainda sob a expectativa de mudança de vida, por isso, não demonstram qualquer problema, por hora, são inexistentes. A situação é transformada no decorrer das horas ou dias.

A maioria dos indivíduos traficados tem idade entre 18 e 24 anos, sendo que grande parte recebeu ofertas de emprego anterior à sua partida. De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), mais de 2,4 milhões de pessoas são vítimas de trabalho forçado, sendo 43% são para exploração sexual comercial forçada (mulheres e meninas representam 98% dos casos) e 32% para exploração econômica forçada⁹.

Quanto aos bens jurídicos protegidos, a Organização das Nações Unidas entende que o tráfico humano é o pior desrespeito aos direitos inalienáveis da pessoa humana. Isso porque,

por mais oprimido e ferido que qualquer pessoa esteja numa situação de abandono, assim mesmo ela continua a ter sua identidade pessoal. Já a vítima do tráfico humano é 'coisificada', passada de pessoa à condição de mercadoria. Ela tem sua identidade humana desconstruída¹⁰.

Tão séria é esta definição que torna-se inalcançável para a maioria da sociedade imaginar um ser humano como uma mercadoria. A rede do tráfico é esmagadora com a personalidade e a dignidade humana, a vítima é desconstruída dia a dia dentro deste contexto execrável.

À vista disso, a definição de bens jurídicos são circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias "para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos"¹¹. Portanto, é de suma

⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. **Pesquisa ENAFRON Diagnóstico Sobre Tráfico de Pessoas Nas Áreas De Fronteira**. Brasília, Ministério da Justiça, 2019, p. 07.

⁸ BRASIL. **Decreto nº 5.017**, de 12 de março de 2004. Brasília, DF, 2004.

⁹ PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. **Tráfico de Pessoas sob a Perspectiva de Direitos Humanos: Prevenção, Combate, Proteção às Vítimas e Cooperação Internacional**, p. 107.

¹⁰ ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. 1.ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 30.

¹¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18-19.

importância ao Estado assegurar à população medidas de combate ao tráfico de pessoas, garantindo a proteção dos bens jurídicos tutelados mais importantes como a vida, liberdade e paz pública.

2. QUESTÃO SOCIAL E MERCADO DE CONSUMO

Em linhas gerais, delimitou-se as características do tráfico de pessoas, mas a indagação que resta, é quais ferramentas são preponderante aos aliciadores para captar suas vítimas?

Tentar traçar uma resposta única para as causas do tráfico de pessoas, é quase impossível, senão equivocado. Piovesan e Kamimura¹² revelam quais são pontos os norteadores no tráfico para exploração sexual, sendo eles: (a) a crescente pobreza, a miséria e a exclusão social; (b) as acentuadas assimetrias entre os hemisférios Norte e Sul fomentadas pela globalização econômica; (c) e a feminização da pobreza (mulheres têm sido alvo preferencial desse processo de exclusão).

Parafrazeando Simone de Beauvoir¹³, o mundo feminino está no oposto do masculino, a feminização da pobreza e a exclusão social muito bem elencada por Piovesan e Kamimura, demonstram que a sociedade é autônoma e fechada nos moldes masculinos, em que a coletividade é governada por homens, e as mulheres, infelizmente, ainda representam taxas alarmantes de subordinação.

Ocorre que, todos esses elementos contribuem na expectativa feminina de vida melhor em países mais desenvolvidos. A assimetria entre Norte que “pregam” a propaganda do bem estar social, do desenvolvimento individual e da prosperidade econômica; e o Sul, pouco desenvolvido e sem muitas perspectivas à camada pobre da sociedade, revelam um “prato cheio” aos traficantes que se utilizam da enganação para induzir as vítimas a aceitarem suas propostas de profissão bem remunerada e aparentemente lícitas.

No contexto interno brasileiro, identifica-se por meio da Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil (Pestraf), que há

uma estreita relação entre pobreza e exploração sexual comercial, pois as rotas de tráfico apresentam-se em maior número nas regiões mais pobres do Brasil, revelando que a região Norte apresenta a maior concentração de rotas de tráfico (76), seguida pela região Nordeste, com pequena diferença no total de rotas encontradas (69). Na sequência, surgem as regiões Sudeste (35), Centro-Oeste (33) e Sul (28). O alvo preferencial é a mulher afrodescendente entre 15 e 25 anos, com baixa escolaridade¹⁴.

Os dados da pesquisa revelam ainda que 53% das mulheres traficadas eram adultas, sendo a faixa etária de maior incidência entre 23 e 24 anos; e 47% eram adolescentes, com idade predominante entre 16 e 17 anos¹⁵.

Percebe-se que há preponderância de inúmeras rotas de tráfico para exploração sexual em todo o território brasileiro, todavia, analisar-se-á posteriormente uma rota do sul, a rota que liga Uruguaiana aos demais países, em que as características irão se amoldar perfeitamente à estas apresentadas.

Ademais, compreende-se que mulheres em situação de pobreza estão mais suscetíveis à exclusão social, em contrapartida, vislumbram no hemisfério Norte uma possibilidade de mudança em sua situação

¹² PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. **Tráfico de Pessoas sob a Perspectiva de Direitos Humanos**: Prevenção, Combate, Proteção às Vítimas e Cooperação Internacional, p. 110.

¹³ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. 2v, p. 363.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. **Tráfico de Pessoas sob a Perspectiva de Direitos Humanos**: Prevenção, Combate, Proteção às Vítimas e Cooperação Internacional, p. 111.

¹⁵ LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima (Orgs). **Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial**. Pestraf: Relatório Nacional – Brasil. Brasília: CECRIA, 2002, p. 59.

socioeconômica. Os aliciadores se utilizam dessa vulnerabilidade, realizam propostas afim de iludi-las que um caminho de sucesso às esperam, embora, ao final, não passa de uma teia muito bem elaborada, na qual as vítimas passarão a ser exploradas sexualmente, onde o sonho do sucesso torna-se em confinamento e escravidão.

Os traficantes tem como alvo principal as mulheres de baixa renda, não que as demais não venham a ser traficadas. Diante disso, faz-se questionar o porquê dessas mesmas mulheres que sonham com uma vida melhor, conseguem submetidas à escravidão sexual promover o terceiro comércio ilegal mais lucrativo do mundo? A rede criminosa projeta uma economia bilionária escravizando-as por um mercado de consumo cruel.

Em razão desse inclemente mercado, a desconstrução da humanidade da vítima é um elemento da prática do tráfico de seres humanos, pois quando a pessoa traficada já se encontra em um país desconhecido é submetida ao cárcere privado e compelida à exploração sexual forçada, caracterizando a escravidão sexual.

Todo esse ambiente degradante de exploração sexual forçada, só tem continuidade em razão do mercado de consumo. Isto posto, foi realizado o estudo *The Demand Side of Trafficking? A Multi Country Pilot Study*, em que foram entrevistados dois grupos de pessoas: os consumidores frequentes e aqueles que nunca compraram serviços sexuais. O propósito foi perceber se havia “demanda por parte desses clientes por mulheres ou imigrantes ilegais, em situação de cárcere privado ou prostituição forçada”¹⁶, situação, que por sua vez, abasteceria o tráfico internacional de seres humanos.

A maior parte dos entrevistados em todos os países declarou já ter ouvido falar sobre o tráfico internacional de seres humanos. Mostrou ainda um grau razoável de conhecimento sobre o tema e sua interface com a prostituição. Por isso, ao serem indagados se manteriam relações sexuais com uma prostituta que estivesse escravizada, ou em cárcere privado, a maior parte manifestou “repulsa” em fazê-lo. Entretanto, **um grande número deles afirmou já ter comprado favores sexuais de mulheres que suspeitavam estar em situação de tráfico**. Na fala dos entrevistados, a justificativa era o fato delas oferecerem serviços mais baratos, acessíveis ao poder aquisitivo dos clientes. Outros mencionaram ainda o fato de elas serem mais vulneráveis e, portanto, se sujeitarem a todas as vontades do cliente na cama, ao contrário de prostitutas “nacionais” e livres. Outras respostas do questionário, porém, apontam para a existência de um mecanismo forte de naturalização desse ato na cabeça dos que compraram sexo escravo¹⁷.

Em face da pesquisa, compreende-se que há sim um mercado de consumo internacional, no qual mesmo o “cliente” desconfiando do contexto de submissão da vítima, na ocasião a prestadora de favores sexuais, o mesmo não procura conhecer a realidade, nem mesmo buscar auxílio das autoridades para dismantelar essa cadeia do crime organizado. O cliente está sendo favorecido em razão das prostitutas traficadas estarem em um contexto de submissão e portanto, de vulnerabilidade, o qual as exploram mais e pagam menos ao seu aliciador.

É de fundamental importância compreender que ao aceitar e preferir uma pessoa nas condições descritas acima, há a desconstrução da humanidade da vítima, em que ela passa a ser vista como um objeto a ser manipulado e usufruído. Alguns entrevistados relataram que “existe um tipo de mulher sem o mesmo direito concedido às suas companheiras, o das prostitutas, que permite o respeito às outras, consideradas iguais a elas¹⁸”. Depreende-se que há uma repulsa quanto as prostitutas/escravas sexuais, as

¹⁶ SILVA, Jacqueline Oliveira (org). **Relatório**: TSHRS - O Tráfico de Seres Humanos do Estado do Rio Grande do Sul. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 07.

¹⁷ SILVA, Jacqueline Oliveira (org). **Relatório**: TSHRS, p. 08.

¹⁸ SILVA, Jacqueline Oliveira (org). **Relatório**: TSHRS, p. 08.

quais são consideradas inferiores e não merecedoras de respeito em equidade com as mulheres trabalhadoras de qualquer outra profissão.

Nessa situação, recorreremos ao ilustre filósofo Kant¹⁹, o qual entende que, entre aquele ser humano que deve ser tratado como um fim em si mesmo, merecedor de um mínimo de direitos em razão de possuir o atributo da dignidade e; o que pode ser tratado como meio (o ser não racional), ou seja, instrumentalizado, por ter como atributo o preço. Lamentavelmente é o segundo entendimento aplicado no crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, no qual a vítima é vista como um objeto, em que perde sua identidade de ser tratada com um fim em si mesmo, até mesmo, perante os clientes perde a capacidade de ter direitos, por isso, é vista como inferior e simples objeto de satisfação de desejos.

Portanto, diante da desconstrução da humanidade da vítima, o teórico Boaventura estabelece temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades²⁰.

3. RELAÇÃO DE PODER – ANÁLISE DE CASOS/PESQUISA

O UNODC realizou um relatório global em 2016 para entender a completude da prática do tráfico de seres humanos pelo mundo, os dados obtidos foram: as mulheres representam 49% das pessoas traficadas no mundo, seguido pelas meninas com 23%, homens 21% e meninos simbolizam 7%. O perfil das vítimas varia de acordo com as dessemelhanças geográficas de cada país e/ou continente, uma vez que diversificam as capacidades dos Estados em “detectar, registrar e reportar o tráfico de pessoas²¹”;

De acordo com a pesquisa desenvolvida os traficantes tem como alvo principal as mulheres e meninas. Os dados revelam e passam a preocupar ainda mais quando se percebe que 83% das atividades das mulheres e 72% das meninas traficadas são para fins da exploração sexual²². Sendo assim, constata-se que o tráfico para fins de exploração sexual é a mais observada em todo o mundo.

No Relatório de Tráfico de Seres Humanos no Estado do Rio Grande do Sul baseado em inquéritos policiais no estado Sul-rio-grandense, apontou o perfil das vítimas para “mulheres entre 18 e 21 anos, solteiras, baixa escolaridade [...] fatores identificados como determinantes na aceitação das falsas promessas de emprego e de melhoria nas condições de vida ofertadas pelos traficantes”²³ Quanto a ocupação das vítimas variam entre estudantes, empregadas domésticas, profissionais do sexo, manicures, corretoras de imóveis, vendedoras, entre tantas outras profissões que são apresentadas no Diagnóstico Sobre o Tráfico de Seres Humanos desenvolvida em 2004 por Marcos Colares.

¹⁹ BICALHO, Pedro Paulo Gastalho de. **Os direitos humanos, a exploração sexual e o enfrentamento ao tráfico de pessoas**. Caderno. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, Coordenação de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, 2014. p. 68.

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

²¹ UNODOC, **Relatório Global Sobre o Tráfico de Pessoas**. Nações Unidas: Nova York, 2018, p. 21.

²² SILVA, Jacqueline Oliveira (org). **Relatório**: TSHRS, p. 28.

²³ SILVA, Jacqueline Oliveira (org). **Relatório**: TSHRS, p. 21.

Outrossim, o perfil dos criminosos pouco difere em todas as partes do mundo, são

homens entre 31 e 40 anos, com boa escolaridade, com relacionamentos conjugais estáveis e empresários que possuem diferentes negócios, como casas de shows, comércio, agências de encontro, bares, agências de turismo e salões de beleza²⁴.

Alguns autores entendem que há uma necessidade dos aliciadores aumentarem seu nível de escolaridade em razão da conveniência de estabelecer vínculos para o próprio tráfico de pessoas em diferentes países e continentes.

Todo esse emaranhado de ficção ilegítimo torna provável as aceitações das vítimas, pois demonstram viagens ao exterior contínuas, status econômico e social próspero do aliciador, remetem ao conhecimento deste, das oportunidades internacionais. O semblante propício e aprimorado para as vítimas acreditarem em suas falsas promessas e adentrarem ao tráfico de seres humanos presumindo a oportunidade de uma vida melhor.

Diante dos perfis apresentados, é verificado que as vítimas se encontram em situações de vulnerabilidade em razão do contexto econômico e social a que estão inseridas. A expectativa de proporcionar uma vida melhor para si e sua família impulsiona a aceitação, embora, mais tarde, conhecerão a realidade dos argumentos inverídicos e irrecusáveis proferidos pelos violadores, vivenciando os abusos, violência física, coerção, entre outras ferramentas utilizados pelos aliciadores para submeter mulheres e meninas à exploração sexual.

Identificado o perfil dos aliciadores e das vítimas, bem como o contexto brasileiro e mundial do tráfico internacional de pessoas, adentar-se-á na análise dos dados do relatório de Tráfico de Seres Humanos do Estado do Rio Grande do Sul, para melhor compreensão regional da amplitude desta prática ilegal no estado sul-rio-grandense, o qual é visto como ponto estratégico no tráfico de pessoas.

Analisando a pesquisa, o Município de Uruguaiana se destaca negativamente nos índices do tráfico de indivíduos. Alguns dos fatores de atração aos traficantes são as próprias características da cidade.

Uruguaiana tem limites fronteiriços com a Argentina e encontra-se muito próxima dos países Paraguai e Uruguai. É responsável pelo maior fluxo de entrada e saída entre os países vizinhos, possui grande rede de hotelaria, campus universitário, delegacia da polícia federal para emissão de passaportes, entre outros, neste sentido, as rotas do Mercosul passam preferencialmente por este Município.

Além de todos os aspectos mencionados, possui grande fluxo de estrangeiros, seja pela entrada aérea, ferroviária, rodoviária ou terrestre, registrando mais de cem mil turistas de nacionalidades chilenas, paraguaias, uruguaios, entre outros. Destarte, é considerado um polo de escoamento de produção²⁵.

A moderna estação aduaneira na localidade e o fluxo de pessoas, deu espaço para que a mendicância surgisse através de bares, casebres e principalmente um local para comércio sexual. A exploração sexual significou o aliciamento de mulheres, crianças e adolescentes para o tráfico internacional de seres humanos.

Quanto as informações referentes ao tráfico de pessoas registrados em Uruguaiana, percebe-se que essencialmente são mulheres, crianças e adolescentes que são enviadas para outros países, todavia, é o mesmo perfil que encontra na cidade o destino do tráfico, conforme análise a seguir.

No ano de 1997 foram constatados dois casos de aliciamentos para prostituição, o primeiro são mulheres que seriam enviadas para a região de Murcia na Espanha; e o segundo, o recrutamento de

²⁴ SILVA, Jacqueline Oliveira (org). **Relatório**: TSHRS, p. 21.

²⁵ SILVA, Jacqueline Oliveira (org). **Relatório**: TSHRS, p. 32.

adolescentes para exploração sexual em Santa Luzia na Argentina. Nestes casos, a organização criminosa brasileira com sua rede globalizada, exportam as vítimas do tráfico de seres humanos para países em que possuem forte vínculo no ilícito.

Em 1999, contrário dos dados acima, a organização criminosa argentina encaminhou mulheres e crianças para serem exploradas por meio da escravidão sexual no Brasil. No molde mencionado, é impreterível o reconhecimento do Brasil como polo de recebimento de vítimas do tráfico internacional de pessoas, além do mais, é revelado que o Rio Grande do Sul comporta sim esta prática ilícita, sendo este um dado ínfimo do que realmente deve ocorrer todos os dias na região.

Quanto aos dados de prisão em flagrante no Município, dois casos foram analisados durante o levantamento da pesquisa. O primeiro ocorreu em 2001 pelo delito de tráfico internacional de mulheres enviadas do Brasil para serem exploradas sexualmente na Argentina; e o segundo aconteceu em 2004, também pelo delito de tráfico internacional de mulheres, mas agora as vítimas seriam encaminhadas para a Espanha.

Quanto aos casos mais recentes ocorridos em Uruguaiana, o Superior Tribunal de Justiça em 2016 decidiu acerca do Recurso Especial nº. 1.178.177 - RS (2010/0016833-9), em que um taxista transportou e uma mulher aliciou, três menores uruguaianas para realizarem prostituição em uma boate na Argentina, foram reconhecidos no recurso os elementos da realização do tráfico de adolescentes com o fim de exercerem a prostituição.

Diante das informações apresentadas, é discernido que a organização criminosa atuante na região de Uruguaiana tem intensa cooperação com outras organizações oriundas de outros países. Conforme Apelação Criminal, nº 0001084-79.2004.404.7103, as pessoas vão para a Argentina para serem enviadas para outros continentes buscando uma vida melhor, nesta apelação “Tamara tentou ir para os EUA, passando por Uruguaiana, em direção a Buenos Aires, onde pegariam um avião para aquele país [EUA]”. Desta forma, a Argentina deve ser compreendida como o local de distribuição de pessoas traficadas para a América do Norte e Europa.

Por fim, muitas vezes a sociedade tem a falsa impressão que o tráfico de pessoas é assunto para ser tratado em outros países/estados e não no nosso – Brasil/Rio Grande do Sul – pensamento infeliz e equivocado, deve haver maior discussão e conhecimento da população acerca desses dados, um tanto alarmantes. O Estado deve promover mecanismos de controle de fronteiras para que o crime organizado tenha dia a dia menos influência e capacidade de submeter pessoas às suas ganâncias econômicas ou as vontades do mercado de consumo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As organizações criminosas atuantes na região de fronteira (Uruguaiana) estão investidas de grande locomoção entre os países vizinhos. Este aspecto unido à condição econômica das vítimas corrobora com os aliciadores para captação e envio das vítimas à escravidão sexual em outros países.

É de suma importância entender os contextos e casos analisados como uma fração ínfima do que realmente ocorre no mundo, no Brasil, no Rio Grande do Sul e principalmente em Uruguaiana. Se em uma análise breve dos delitos ocorridos em Uruguaiana durante sete anos revelaram cinco casos com projeção internacional por grupos organizados bem articulados, faz-se indagar sobre todo o submundo destas organizações que não chegam ao Sistema Judiciário. As vítimas sofrem o cárcere privado, têm suas personalidades e dignidades esfaceladas, são usadas e abusadas a cada instante, onde seus clientes pouco se importam com suas condições legais, apenas se interessam em pagar menos e “consumi-las” mais.

Diante das reflexões teóricas aqui referidas, e percebendo a longa discussão acerca do tráfico

internacional de mulheres, é necessário por parte do Estado, além das iniciativas legislativas já realizadas, promover políticas públicas para retirar os indivíduos, principalmente mulheres e crianças, de condições socioeconômicas baixas, para que tenham condições de analisarem cada proposta de trabalho recebida, erradicando pouco a pouco essa teia que é o crime organizado.

Entendeu-se que a cooperação internacional é necessária, por tratar-se contemporaneamente de um mundo globalizado, em que as pessoas migram constantemente e, em que muitas nações não há conhecimento das situações das vítimas exploradas, o contato mútuo para buscas e denúncias deve evoluir, para posteriormente aniquilar tal prática.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANJOS, Fernanda Alves dos (org.). **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. 1.ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. 2v.

BICALHO, Pedro Paulo Gastalho de. **Os direitos humanos, a exploração sexual e o enfrentamento ao tráfico de pessoas**. Caderno. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, Coordenação de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Brasília, DF, 2013.

BRASIL. **Decreto nº 5.017**, de 12 de março de 2004. Brasília, DF, 2004.

BRASIL. Ministério da justiça. Pesquisa ENAFRON Diagnóstico Sobre Tráfico de Pessoas Nas Áreas De Fronteira. Brasília, Ministério da Justiça, 2019.

EBC. **Pesquisa do IBGE mostra que mulher ganha menos em todas as ocupações**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-03/pesquisa-do-ibge-mostra-que-mulher-ganha-menos-em-todas-ocupacoes>>. Acesso em: 17 dez. 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal: parte especial esquematizado**. 9. São Paulo Saraiva, 2018.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4. ed. Método: São Paulo, 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima (Orgs). **Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial**. Pestrat: Relatório Nacional – Brasil. Brasília: CECRIA, 2002.

PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. **Tráfico de Pessoas sob a Perspectiva de Direitos Humanos: Prevenção, Combate, Proteção às Vítimas e Cooperação Internacional**. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Régis Luiz; CASTRO, Bruna Azevedo. **Crime Organizado e Sistema Jurídico brasileiro: A Questão da Conformação Típica**. **Revista dos Tribunais**. Vol. 890/2009. p. 409 - 443. Dez, 2009.

UNODOC, Relatório Global Sobre o Tráfico de Pessoas. Nações Unidas: Nova York, 2018

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, Jacqueline Oliveira (org). **Relatório:** TSHRS - O Tráfico de Seres Humanos do Estado do Rio Grande do Sul. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DERECHO PENAL COMO EMANCIPACIÓN. FEMICIDIO/FEMINICIDIO. LECTURAS DE RESOLUCIONES DE MUERTES VIOLENTAS DE MUJERES EN CATAMARCA (2013-2017)

Marcela Whitaker¹

Anabella Cadó²

INTRODUCCIÓN

En el marco de las luchas contra la violencia patriarcal y particularmente en su extremo más severo, la muerte de mujeres; ha sido la intervención del derecho penal una alianza buscada con fines estratégicos, que puede inscribirse en el registro de sus grandes conquistas. Sin embargo, en su derrotero desde las disciplinas que primariamente alumbraron el concepto de feminicidio/femicidio y las categorías de las comprensiones feministas que lo enmarcan, hasta los estrechos márgenes del derecho penal, varios contenidos fueron quedando en el camino, y con ellos excluidos ámbitos de esa realidad.

Por otra parte, al momento de su aplicación resulta difícil advertir una concreta incidencia positiva tanto sobre el número de hechos, como en la intensidad de la violencia contra las mujeres.

Teniendo como finalidad la implementación de herramientas correctivas de una estructura que genera discriminación, exclusión y violencia, y mirando específicamente la figura del art. 80 inc. 11 incorporada al Código Penal por la ley 26.791, podemos preguntarnos: ¿Es la figura del femicidio/feminicidio del art. 80 inc. 11 del CPP una medida adecuada contra las diferentes formas en que la violencia patriarcal mata mujeres? ¿En su uso contrahegemónico, resulta este derecho y sus categorías adecuados a los objetivos emancipatorios? ¿De qué depende el logro de dicha finalidad? ¿En qué se resuelve concretamente el aporte del derecho penal a las luchas feministas?

El objetivo de esta reflexión es aproximarnos a las posibilidades, límites y riesgos de la figura del art. 80 inc 11 del CP como estrategia de lucha contra la violencia extrema hacia las mujeres, desde una comprensión o hermenéutica de la realidad que abarque en su mirada las lecturas de las diferentes disciplinas sobre el mismo punto y su contrastación con la realidad. Lo dicho, privilegiando el ámbito específico de foro catamarqueño, desde la vigencia de la ley 26.791 y hasta diciembre 2017 inclusive. A tales fines se centra la mirada en la tarea de las/los operadoras/es jurídicas/os, ante muertes violentas de mujeres analizando las piezas procesales que cierran definitivamente el proceso.

De esta manera la estrategia metodológica adecuada demanda en un primer momento una aproximación cuantitativa y luego mes en una hermenéutica que combine categorías de diferentes disciplinas.

¹ Abogada por la UNC. Secretaria de OM de la Corte de Justicia de Catamarca. Prof. Asociada a cargo de la cátedra de Problemática del Conocimiento, en la carrera de Abogacía, Facultad de Derecho UNCa. Investigadora de la UNCa. marcelawhitaker@derecho.unca.edu.ar.

² Abogada por la UNCa. Secretaria relatora de Cámara Civil Nº 1 PJCatca. Prof. JTP en la cátedra de Filosofía del Derecho, en la carrera de Abogacía, Facultad de Derecho y Ayud. Dip. en la Cátedra de Derecho Laboral y Previsional, en la Carrera de Contador público, Facultad de Ciencias Económicas y de Administración. UNCa. cado@derecho.unca.edu.ar

1. ANTECEDENTES

Entendido como la muerte de una mujer cometida por un hombre mediando violencia de género, la calificante del art. 79, contenida en el inc. 11 del 80 del CP, el femicidio/feminicidio está regulado en la Argentina sin referir término alguno a los fines de su nominación y siguiendo, al igual que Colombia, un modelo amplio en la tipificación de la conducta. Así, la figura abarca diversas hipótesis comisivas las que, en términos generales, son conocidas por la teoría como femicidios/feminicidios íntimos y no íntimos.

La configuración referida es la resultante del tratamiento de la conflictiva de las violencias contra las mujeres que encuentra sus antecedente más directo del mismo ámbito territorial, en la ley 26.485 del 2009 sobre Protección integral para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres. El primer ámbito de impacto jurídico aconteció en el contexto de la regulación internacional. Así, resulta relevante como antecedente de tratamiento de esta problemática la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (CEDAW) sancionada en el '79 y ratificada por la Argentina en el '85. De particular importancia resulta en 1993 el reconocimiento de las Naciones Unidas de la violencia contra las mujeres como una violación de derechos humanos; salto conceptual enorme que implica, tanto la aplicación a estas regulaciones de los principios que rigen este ámbito del derecho, como la posibilidad de la violación de estos derechos tanto fuera como dentro del ámbito privado... difuminándose así los límites de la capitalista división público/privado. Ya en el ámbito regional, en el '94, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer (Belém do Pará), replica dicho contenido y habiendo sido ratificada por la Argentina en 1994, se transforma en el antecedente de la regulación interna mencionada en el párrafo anterior.

La antesala de aquella discusión en el ámbito de la normatividad, como una estrategia más del feminismo en la lucha contra esta violencia extrema hacia la mujer, es referida en el espacio angloparlante con el nombre de *femicide* (femicidio) y utilizada por Diana Russell (Tribunal Internacional de los Crímenes contra las Mujeres en Bruselas, 1976) para referir al asesinato misógino de mujeres. En la misma línea y junto a esta autora Jill Radford (1992) lo entienden como "terrorismo sexista" ante la amenaza de mujeres que desafían la autoridad masculina. Desarrollando el concepto, Mary Anne Warren, (Estado Unidos, 1985) utilizó el término "genericidio", para referir al exterminio deliberado de una persona en razón de ser mujer. A su turno, la mejicana Marcela Lagarde, en la década de los '90, en el contexto histórico de los crímenes de Ciudad Juárez, toma la posta del concepto elaborado por Russell, pero utiliza el término "feminicidio" para señalar una trama social, política e institucional que aseguran la impunidad del perpetrador y así la reproducción eficiente de la violencia, es decir incorpora un componente político.

De esta manera, corresponde entender como femicidio/feminicidio a las realidades de asesinato de mujeres referidas por fuera de la noción de *femigenocidio*³ y por fuera también de las agresiones que no tengan como sujeto activo a un hombre y pasiva a una mujer. También se encuentra al margen de la realidad comprendida por este tipo penal el elemento político referido por Lagarde, conservando el componente de responsabilidad estatal sólo según los factores de atribución ya referidos. Se advierte así que, mucho del contenido del fenómeno desarrollado en el ámbito disciplinar socio-antropológico se pierde en su manifestación jurídico-penal por exigencias propias del marco analítico. A los fines del presente trabajo es la referida en este párrafo la denominación a emplearse.

2. LOS HECHOS DE LA VIOLENCIA FEMICIDA/FEMINICIDA. EL PROBLEMA

El registro oficial de femicidios/feminicidios en la Argentina es llevado por la Oficina de la Mujer de

³ SEGATO, Rita. *La guerra contra las mujeres*. Buenos Aires. Tinta Limón.2017. p.147

la Corte Suprema de Justicia (RNFJA) en el marco de las obligaciones asumidas por el Estado como signatario de Belem Do Pará. Releva estos hechos conforme la definición de la “Declaración sobre el Femicidio” en Declaración del CEVI (2008)⁴, iniciando su tarea en el año 2014. Ese año se informaron 225 hechos en todo el país, 235 el año siguiente, 254 en el 2016 y 251 casos en el 2017. Lo señalado muestra que, articuladas las respuestas punitivas en la lucha contra la violencia femicida/feminicida, lejos se encuentran las resultantes de ilustrar un retroceso del flagelo.

En el recorte de tiempo realizado a los fines del presente estudio ocurrieron en Catamarca, 7 hechos durante el primer año de vigencia de la ley 26.791, ninguno en los dos posteriores, 1 en el año 2016 y 4 casos sucedieron en el 2017. Cabe recordar que del 2013 no se cuenta con registro de informes oficiales y, siendo el año de mayor cantidad de casos, suma los tristes privilegios de: a) contar con los dos únicos casos sin esclarecer hasta la fecha (hallazgos del 4 y 7 de octubre, con causa eficiente de muerte similares); y b) registrar la actuación de un ofensor en dos hechos (29 de enero y 30/31 de marzo) con igual modalidad.

Del total de muertes violentas de mujeres (12), sólo la mitad alcanzó sentencia bajo el rubro penal del inc 11 del artículo 80 (excepto una, el resto de forma conjunta con otras calificaciones). De las seis restantes, tres no llegaron a juicio: dos responden a los hechos sin esclarecer y la restante al hecho del 13 de setiembre del 2017 en el que, el autor se suicidó y así la acción penal encontró su extinción. De los otros tres, uno fue juzgado por el fuero federal y los restantes por tribunales locales. Las calificaciones legales de éstos fueron todas con montos de pena equivalentes a la del inc. 11 del art. 80 del CP.

3. EL RIESGO DE “LA SOLUCIÓN”. LA “SEDUCCIÓN”⁵ DEL DERECHO PENAL.

No caben dudas que la intervención legislativa de la ley 26.791 tuvo como objeto de persecución la violencia contra las mujeres y con ello hacer a la emancipación. Sin embargo, tampoco puede dejar de considerarse que el Derecho, y por antonomasia el derecho penal, es violencia regulada. Señala Jorge Buompadre que “La violencia es poder y el poder genera sumisión, daño, sufrimiento, imposición de una voluntad, dominación y sometimiento.”⁶ Paradójicamente parece resultar que, en el combate contra el extremo más cruento de la violencia de género, no puede prescindirse de la misma herramienta de la que ésta se sirve.

Señala Tamar Pitch que la lógica de las categorías penales implica necesariamente un recorte del sentido total de la violencia del sistema patriarcal a un caso individual actuado sólo por un actor contra una víctima, operándose así una privatización de un conflicto de raigambre estructural. De esta manera acontece un giro en la perspectiva de la problemática desde el paradigma de la opresión al de la victimización. En el mismo sentido Patricia Laurenzo refiere que, en el marco penal, las mujeres en tanto víctimas, permanecen sujetas a la situación subalterna de ser vulnerable, “las despoja de capacidad de decisión y acaba convirtiéndolas en culpables de sus propios actos”⁷. Este no poder, es otra forma de no libertad “y desemboca en el efecto perverso de sustituir su voluntad por la del Estado”⁸.

⁴ La muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes.

⁵ De Seduzidos pela Dama de Copas: aos inimigos... prisao? Afinal, poderá o direito penal ser emancipatorio? de Fernanda Maria da Costa Vieira.

⁶ BUOMPADRE, Jorge. **Los delitos de género en la reforma penal**, Resistencia, ConTexto, 2012. p.14.

⁷ LAURENZO COPELLO, Patricia. **Violencia de género y derecho penal de excepción**: Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2873279>. 2005. p.67

⁸ LAURENZO COPELLO, Patricia. **Violencia de género y derecho penal de excepción**: Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo. 2005. p. 67

Queda aún en el horizonte todo el desarrollo de la criminología crítica sobre la incidencia de la pena de encierro en el diseño del control social de la sociedad disciplinaria. Es decir, dando estos conocidos espacios del discurso acabada cuenta de la funcionalidad de la prisión como preferente respuesta de la maquinaria penal a la infracción de sus pautas, y siendo éstas lógicas del “fascismo social” las que potencian y articulan con la violencia patriarcal, ¿cómo es que puede pensarse como parte de la solución lo que es parte del problema? ¿a qué obedece esa suerte de fascinación por este poder, por esta violencia? “¿cuánto ha absorbido el dominado los valores del dominador?”⁹ Entonces, la pregunta obligada en ese lugar de frontera, de contacto y con mirada abismal: ¿Cómo pensar en un derecho penal enmarcado en esa frontera de poder/dominación/exclusión/subalternización?¹⁰ Siguiendo a la autora citada, cabe referir a la locación fundacional de la ley en el moderno Estado de derecho como expresión de la racionalidad de esa construcción. Así penetra en la sociedad como un contenido mítico, vinculado inexorablemente a la regulación en tanto racional. Desde la sedimentación social más profunda la función reguladora del derecho prevalece en la práctica y el imaginario en detrimento de todo marco emancipatorio. Ante el reclamo de respuestas estatales punitivas como estrategia de los colectivos en lucha contra la violencia doméstica, el racismo, la homofobia, la pedofilia; Machado Felix y de Sousa Reis se preguntan sobre la actuación jurídica comprometida con el respeto al ser humano. Siguiendo a De Sousa Santos indagan sobre reinventar el derecho para un modelo liberal y social democrático, sin caer en una agenda conservadora – y todavía más, cómo hacerlo de modo más eficaz. Sobre esfuerzos por proponer formas de globalización contrahegemónica en el marco de un “Activismo judicial constitucional transformador”¹¹, en alusión al “constitucionalismo transformador” de Santos en la lucha contra el fascismo social. En esa línea, abrir la mirada a experiencias contrahegemónicas en casos concretos en los que la potencialidad se encuentra siempre franqueada por los límites de la naturaleza de la herramienta.

4. LEYENDO LOS TEXTOS DE LOS CASOS LOCALES

Desde la conciencia de las limitaciones y riesgos relevados en estrategia contrahegemónica se desarrolló la pesquisa de las potencialidades emancipatorias del derecho penal en lo concreto de las resoluciones judiciales que cerraron el proceso de las muertes violentas de mujeres en Catamarca, particularmente aquellas que, firmes al momento del corte temporal trabajado, nombraron los hechos con la categoría femicidio/feminicidio. Con vocación específica de hacer al referido “Activismo judicial constitucional transformador”, es preciso explorar la tarea judicial leyendo diversas textualidades presentes en la realidad de la violencia femicida/feminicida. En esa diversidad se advierte que, también son diversas las connotaciones semánticas según el marco analítico que guía la intervención y su lectura.

4.1 LO QUE PUEDE DECIR EL DERECHO

Todos los hechos acontecidos en el 2017 (excluido el acontecido el 13 de setiembre por los motivos referidos en el punto III. B) alcanzaron resolución luego de 2018, mientras que los restantes (sin contar los

⁹ VIEIRA, Fernanda Maria da Costa. Seduzidos pela Dama de Copas: aos inimigos... prisao? Anial, poderá o direito penal ser emancipatório? en **Direito & Práxis** vol.6, nº 10, pp. 455 a 507. Disponible en <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/15413>

2015. p. 486.

¹⁰ VIEIRA, Fernanda Maria da Costa.. Seduzidos pela Dama de Copas: aos inimigos... prisao? Anial, poderá o direito penal ser emancipatório? en **Direito & Práxis** vol.6, nº 10, pp. 455 a 507. p.489.

¹¹ MACHADO FELIX, Criziany. y DE SOUSA REIS, C Cristiane. “Poderá a justiça ser emancipatória? Reflexoes a partir do pensamento de Boaventura de Sousa Santos.” en **Direito & Práxis** vol.6, nº 10, pp. 508 a 550. en <https://colectivoemancipaciones.org/2015/03/10/dossier-revisitando-puede-el-derecho-sermancipador/>. 2015. p. 524.

dos hechos no esclarecidos) lo hicieron hasta el tope temporal referido. De este modo el universo se conforma por un total de seis resoluciones, de las cuales la mitad falló dando cuenta del rubro penal en cuestión. De lo dicho se desprende que, los valores porcentuales de imputaciones del inc. 11 del art. 80 del CP, se mantienen inalterables (50 %) al cabo de la exclusión de los hechos acontecidos en el 2017. Por otra parte, se encuentran representados todos los tribunales de juicio con competencia criminal asentados en el territorio de la provincia (las tres Cámaras Criminales provinciales y el Tribunal Oral Federal).

4.1.1 MUERTES VIOLENTAS DE MUJERES RESUELTAS CON CALIFICACIÓN PENAL DIFERENTE DE FEMICIDIO/FEMINICIDIO.

- SA, 30/31.03.2013, en esta ciudad capital (interior del domicilio de la víctima), muerta por herida de arma blanca asociada a asfixia por gases de combustión. Su ofensor, era conocido, pues había mantenido una relación de pareja con su hija. DMC, que para entonces había ya cometido otro hecho de igual naturaleza (sentencia pronunciada con posterioridad a la presente), fue condenado por un tribunal local por el delito de Homicidio calificado por ensañamiento y alevosía (art. 80 inc. 2 del CP) con fecha, 27.12.2013.

- MJF, 26.09.2013, en Santa María (garaje del domicilio de la víctima), muerta por el estallido de un artefacto explosivo (episodio en el que pierde también la vida NÁS). Su ofensor, era conocido pues había mantenido una relación de pareja con su hija adolescente, la que había impedido. JCR, fue condenado por Tribunal Oral Federal por los delitos de Tenencia de material explosivo previsto y doble Homicidio doblemente calificado por alevosía y por haber sido cometido por un medio idóneo para crear un peligro común en concurso real (arts. 189 bis inc. 1º, párrafo 3º y 80 inc. 2º y 5º; y 55 del C.P) con fecha 25.04.2017.

- SAP, 24.04.2016, en esta ciudad capital (en el interior del domicilio de la víctima), muerta por la pérdida masiva de sangre provocada por doce impactos de arma blanca, la mayoría en la zona del tórax.). Su ofensor, había sido pareja existiendo hijos en común y, si bien la relación había concluido se mantenía en la proximidad inmediata del domicilio. MAG, fue condenado por un tribunal local por el delito de de Homicidio Calificado por existir relación de pareja preexistente (arts. 80 inc. 1º del CP) con fecha 17.03.2017.

De lo relevado cabe concluir la existencia de un contexto de violencia de género (conforme las definiciones de la ley 26.485) que no alcanzó a ser manifestado en el marco del discurso jurídico. Los dos primeros casos dan cuenta de un antecedente en el cual el ofensor ve desafiado su rol dominante por la intervención de estas mujeres que frustran su relación con las hijas de quienes, a la postre resultaron víctimas. Particularmente, en el hecho de Santa María debe tenerse presente que JCR había mantenido relación de pareja con una adolescente (14 años de edad cuando él contaba con la edad de 35 años), a quien había llevado a vivir con él en la ciudad de Belén, de donde fue retirada por la madre. Consta en declaraciones de esa hija de MJF que, luego de interrumpida la relación, por diferentes medios JCR le exigió que regresara con él y ante su negativa la amenazó de quitarle a cualquiera de su familia "... a tu vieja o tu hermano." De estos extremos no existe valoración penal en sentido positivo ni negativo bajo los rubros que visibilizan la violencia de género. Es decir que, no sólo se infiere de su resolución la inexistencia, sino que tampoco se relevó argumentación alguna en el sentido de la no correspondencia de lo probado con indicadores de contexto de violencia de género. Por otra parte, en relación a la muerte de SAP, consta en los medios probatorios referidos por la decisión judicial, un contexto de violencia familiar física y psicológica. Refiere en declaración testimonial una hija de la víctima con MAG, que la relación de pareja había culminado por continuos celos y agresiones físicas, contra la víctima, ella y hermanos. Pese a lo dicho, MAG se resistía a abandonar el domicilio y permanecía en el vehículo de alquiler con el que trabajaba, en las inmediaciones de la vivienda. En ese contexto también refiere la testigo una amenaza de muerte, si SAP

no era de él, no era de nadie. A más de ello, resulta curioso que, argumentando el Tribunal en contra del sentido exculpatorio que la defensa atribuyó a los celos de MAG, hizo cita de un párrafo de la sentencia nº 754/15 del 27.11.15 de la Sala Penal del Tribunal Superior de España¹², en la que los celos son explícitamente entendidos como violencia de género, sin embargo no es esta la comprensión que el Tribunal local hizo de este indicador. Tampoco se encuentra desarrollo valorativo en el sentido de su desestimación. Sobre este caso, y a los fines dar cuenta de la afirmación que encabeza el párrafo, debe tenerse presente que este hecho, el único en Catamarca del año 2016, se encuentra relevado en el RNFJA, constituyendo ello un indicador objetivo de la existencia de femicidio/feminicidio. Esta situación no se verifica en relación a los dos primeros casos en razón de ser anteriores al inicio de las actividades del RNFJA.

4.1.2 MUERTES VIOLENTAS DE MUJERES RESUELTAS CON CALIFICACIÓN PENAL DE FEMICIDIO/FEMINICIDIO

- MER, 29.01.2013, en esta ciudad capital (interior del domicilio de la víctima), muerta por herida de arma blanca, cuatro puntazos en zona de cuello y cara. Su ofensor, el mismo que luego lo fuera de SA, pertenecía al ámbito de confianza de la víctima (amigo) y fue condenado por un tribunal local por el delito de Homicidio doblemente calificado por alevosía y femicidio, (art. 80 inc. 2do., y 11ro. y 45 del CP) con fecha, 26.08.2015.

- MRV, 2/5.03.2013, en esta ciudad capital (no se determinó el lugar físico específico), muerta por causa que no lograron determinarse por ausencia de partes anatómicas (recibió al menos un golpe con elemento contundente en el lateral izquierdo del cuello por detrás del pabellón auricular y una puñalada generando herida punzo cortante de arma blanca por debajo del mentón en el piso de la boca, entre otras). Su ofensor, FAQ había sido su pareja y con él tenía un hijo en común, fue condenado por un tribunal local (en esa oportunidad conformado por dos subrogantes) por el delito de Homicidio calificado por femicidio (art. 80 inc.11 del CP) con fecha, 04.07.2014 (primera condena con esta calificación en el país)

- KR, 14.12.2013, en Fiambalá, Tinogasta (interior del domicilio del victimario), muerta por asfixia por estrangulamiento. Su ofensor, MAH no pertenecía a su círculo de confianza (vecino), fue condenado por un tribunal local por el delito de Abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía y Homicidio calificado por criminis causa y femicidio (arts. 119 -3º párrafo- y 80 inc. 7 y 11 del CP) con fecha, 06.04.2015.

De las constataciones realizadas se surge que, en estos casos sí fue nombrada la violencia patriarcal con la categoría jurídica específica en un esfuerzo de las autoridades para comenzar a poner en palabras una comprensión nueva para el discurso jurídico. Del análisis de las sentencias referidas advertimos sin embargo dificultad en comprender la estructura y emergencia específica de la violencia de género en sus diferentes tipos, identificándola claramente sólo cuando se manifiesta en el marco de una relación de pareja. La resolución por la muerte de KR (autor vecino), es alcanza con una disidencia que entiende "(...) no acreditado de un modo apodíctico un vínculo amoroso ya existente entre víctima y victimario que obrara como condición objetiva esencial para calificar como femicidio el resultado final de su conducta." En la consideración de la calificación penal de la muerte de MER (autor amigo), sólo se refiere a la condición del sujeto activo (hombre) y pasivo (mujer), sin alcanzar a dilucidar en lo concreto del hecho a

¹² "Al respecto, la Sala en lo Penal del Tribunal Supremo de España, mediante la Sentencia Nº 754/15 del 27/11/15, ha señalado que los celos no constituyen justificación del arrebató u obcecación, ni permiten la aplicación de la atenuante de obrar por un impulso de estado pasional, pues salvo los casos en que tal reacción tenga una base patológica perfectamente probada que disminuya sensiblemente la imputabilidad del agente, las personas deben comprender que la libre determinación sentimental de aquellas otras con las que se relacionan, **no puede entrañar el ejercicio de violencia alguna en materia de género**".

juzgar la concreta manifestación de la violencia de género, la cual es sólo enunciada. Asimismo, se advierte que se soslaya la presencia de otras violencias susceptibles de ser calificadas penalmente. Así, en el caso de la muerte de MRV, no se considera el haber mediado vínculo preexistente como causal de calificación y en la de MER, los hallazgos de la escena, referidos en el relato del hecho y por declaraciones testimoniales del médico y el criminalista, señalados como indicadores de violencia sexual, no son valorados penalmente.

Emerge destacable el desarrollo argumentativo ordenado a dilucidar la violencia de género manifestada en el caso de femicidio/feminicidio no íntimo, en razón de lo complejo que resulta la comprensión de su configuración en el caso concreto. En idéntico sentido la consideración de los elementos probatorios existentes en la causa de MRV, que en el marco de la comprensión dominante en sentido de su valor conviccional, hubieran dejado muy cerca de la desvinculación de la responsabilidad penal a su autor, adquieren en ese proceso una entidad que amerita una lectura más allá de las categorías del derecho. Lo dicho, no significa de modo alguno trocar una mirada por otra, sino agregar a las categorías del marco analítico del derecho otras que reconstruyan el panorama recortado en el derrotero migratorio de los contenidos, ya desarrollado en los antecedentes (punto B).

4.2 LO QUE TAMBIÉN PUEDE SER DICHO

A los fines mencionados anteriormente resulta esclarecedor recorrer con mayor detenimiento la resolución del hecho de la muerte violenta de MRV, relevante tanto por la valoración de los indicios, como por haber inaugurado el infame registro en la discursividad penal.

MRV fue vista por última vez el sábado 02.03.2013 alrededor de las 21.00 hs. en la plaza 25 de Agosto junto a FAQ y el hijo de ambos. Vista subirse a la moto de él, su expareja y dirigirse hacia el oeste por la Av. Güemes. Algunos de sus restos comenzaron a ser encontrados el 05, luego el 06 y más tarde el 07 del mismo mes en lo que se conoce como la cola del dique El Jumeal, en el oeste de la ciudad. Su tronco nunca fue hallado. La madrugada del domingo 03 en inmediaciones del dique, FAQ fue identificado por personal policial al circular en su motocicleta. Manifestó que regresaba de ver unas “picadas” de motos, que luego se constató nunca se realizaron.

En la pesquisa del caso, no hubo cuchillos, sangre, ropa o ADN que, de manera directa, pudieran vincular a FAQ y dar circunstanciada cuenta de las conductas observadas para dar muerte a MRV. Sí pudo referirse desde otros registros judiciales (dos causas en el la secretaria de violencia del fuero de Familia y dos denuncias en el fuero Penal) y en los testimonios rendidos en la etapa plenaria de familiares y conocidos, una remota y vigente historia de diferentes violencias con sus rastros y sus marcas en el cuerpo y en el alma de la víctima. No fue así, una violencia no registrada, pero sí fueron registros de “otras”, sin privilegios, que no cuentan...que no existen. Dicho por Mariana Berlanga G. “(...) que se encuentran fuera de los marcos visuales y epistemológicos que enmarcan la vida que `cuenta`(...) porque los marcos epistemológicos desde donde concebimos la vida son políticos.”¹³ Las violencias que contaban arrasaron su posibilidad de decir y las sujetaron a su margen abismal. Así, Karina Bidaseca pensando en la línea de reflexión de Gayatri Spivak sobre la imposibilidad de que la subalternidad configure una base de acción política, dice: “El subalterno no puede hablar no porque sea mudo, sino porque carece de espacio de enunciación.”¹⁴ Es la enunciación misma la que saca al/ la subalterno/a de esa situación. Es el sesgo de la clasificación binaria y jerarquizante de la realidad en: ricos/pobres, instruidos/ignorantes,

¹³ BERLANGA GAYÓN, Maria. **Femicidio**: el valor del cuerpo de las mujeres en el contexto latinoamericano actual. Pelicano, disponible en <http://pelicano.ucc.edu.ar/ojs/index.php/pel/article/view/18/11>, 2015. p. 14.

¹⁴ BIDASECA, Karina, Mujeres blancas buscando salvar mujeres color café. **Desigualdad, Colonialismo Jurídico y Feminismo Postcolonial en Andamios** volumen 8, número 17, pp. 61-89 artículo en línea disponible en <https://andamios.uacm.edu.mx/index.php/andamios/article/view/445>. 2011. p. 69.

hombres/mujeres, productivos/improductivos, etc... la que precipita en el “no valor” *a priori* las declaraciones de quienes se encuentran en las categorías sospechosas, conforme define Miranda Fricker a la violencia testimonial como especie de violencia epistémica. De esta manera, la palabra recobra valor probatorio en los marcos epistémicos adecuados, entonces cuenta, vale, puede... se emancipa.

De esta manera señaera resulta en la historia de la discursividad penal en Catamarca. El caso continuó su proceso en la casación de la condena por la defensa con base en el argumento de la ausencia de vestigios fácticos que pudieran dar cuenta de la atribución objetiva del acto y así condenarlo. En Sentencia de la Corte de Justicia de la provincia se rechazó el planteo al entender suficiente la convergencia de indicios. Ponderó en el contexto de la violencia los elementos acreditados otorgando relevancia a las constancias judiciales de anteriores episodios del conflicto, los dichos de los testigos y las características del lugar en el que se produjo el hallazgo de los restos de MRV. De esta manera concluyó que por las referidas condiciones del marco fáctico, las ausencias referidas por la defensa no neutraliza la certeza sobre la participación.

Fue así el hilado de los diversos decires (testimonios) el único sustento del relato de la justicia en orden a argumentar sobre la existencia del hecho y la participación punible del imputado. Ausentes las pruebas físicas medibles, cuantificables.... únicas susceptibles de garantizar el valor verdad (contrastación) desde la hegemonía del discurso cientificista; el que ello no haya significado desvinculación ante la presencia de los relatos de categorías sociales que generalmente “no cuentan”, es una elocuente muestra de restitución de espacios discursivos en la retórica penal. Es decir una victoria contrahegemónica, una restitución de dignidad. Es la actuación en clave emancipadora del discurso jurídico.

CONSIDERACIONES FINALES

La realidad de la violencia patriarcal refiere a una compleja y profunda estructura social cuyo abordaje desde el derecho penal, no logra satisfacer sus objetivos con su mera función simbólica. Es así que resulta menester resemantizar sus contenidos en la lucha contra la violencia femicida/feminicida, en busca de su virtualidad emancipatoria. Así, en la tarea judicial no debe entenderse superflua la explicitación discursiva de las particulares circunstancias de violencia que conforman el contexto del hecho. Más allá del impacto o no que esto tenga en la cuantificación de la pena, la emergencia discursiva de la violencia de género excluida de la retórica penal, implica un acto de reivindicación epistémica.

Nombrar estas realidades ausenciadas por el disciplinamiento cientificista/patriarcal que atraviesa las diversas subjetividades sociales, es ya un inicio en la construcción de un orden común igualitario, es echar luz a lo que se mantiene en las sobras como estrategia de ejercicio del poder. Las omisiones señaladas en el punto 4.1 de este trabajo y el esfuerzo que demanda la tarea judicial con perspectiva de género a sus operadoras/es, da cuenta de lo potente de la inercia sistémica, como de lo insuficiente de las definiciones penales y requiere el auxilio de otras categorías epistémicas (de las disciplinas socio-antropológicas).

En el mismo orden de valoraciones, también se ha podido constatar potencialidad emancipatoria en el derecho penal con perspectiva de género, vinculada al restablecimiento de los marcos enunciativos de personas subalternizadas, comprendidas en las diversas categorías sospechosas enunciadas desde la hegemonía. Ello da cuenta de una habilitación en la comprensión de la semántica profunda de la dinámica patriarcal, para poder contribuir desde las argumentaciones jurídicas al desarrollo progresivo de los estándares sobre derechos humanos de las mujeres.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BASE DE JURISPRUDENCIA de la Justicia Argentina (RNFJA) de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de datos aportados por cada una de las jurisdicciones de Justicia argentina. Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/om/index.jsp>

BERLANGA GAYÓN, Maria. **Femicidio**: el valor del cuerpo de las mujeres en el contexto latinoamericano actual, Pelicano, disponible en <http://pelicano.ucc.edu.ar/ojs/index.php/pel/article/view/18/11>. 2015.

BIDASECA, Karina. Mujeres blancas buscando salvar mujeres color café. **Desigualdad, Colonialismo Jurídico y Feminismo Postcolonial en Andamios** volumen 8, número 17, pp. 61-89 artículo en línea disponible en <https://andamios.uacm.edu.mx/index.php/andamios/article/view/445>. 2011.

_____ Femicidio y la abyección de la violencia contra las mujeres, en Hegemonía cultural y políticas de la diferencia, pp. 79-100, Buenos Aires, CLACSO. 2013.

_____ Escritos en los cuerpos racionalizados. Lenguas, memoria y genealogías (pos) coloniales del feminicidio. Mallorca, España. Universitat des Illes Balears. 2015.

BUOMPADRE, Jorge. **Los delitos de género en la reforma penal**, Resistencia, ConTexto. 2012.

FOUCAULT, Michael. El sujeto y el poder. En **Revista Mexicana de Sociología**, vol. 50, N° 3 (jul-sep.,1988), México. artículo en línea disponible en www.philosophia.cl/EscueladeFilosofiaUniversidadARCIS02.08.2017. 1982.

FRICKER, Miranda. **Injusticia epistémica**. El poder y la ética del conocimiento, Barcelona. Herder. 2017.

LARRAURI, BUOMPADRE, Jorge. **Los delitos de género en la reforma penal**,. Recuperado de <http://www.cienciaspenales.net>. 2000.

LAURENZO COPELLO, Patricia. **Violencia de género y derecho penal de excepción**: Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2873279>. 2005

MACHADO FELIX, Criziany. y DE SOUSA REIS, C Cristiane. Poderá a justiça ser emancipatória? Reflexões a partir do pensamento de Boaventura de Sousa Santos. en **Direito & Práxis** vol.6, nº 10, pp. 508 a 550. en <https://colectivoemancipaciones.org/2015/03/10/dossier-revisitando-puede-el-derecho-sermancipador/>. 2015.

PITCH, Tamar. Justicia Penal y Libertad Femenina, en Contra el decoro y otros ensayos. Buenos Aires, AD-HOC. 2015.

LUGONES, Maria. **Colonialidad y Género**: Hacia un feminismo descolonial. en Género y Descolonialidad, pp.13-42, Buenos Aires, Signo. 2014.

REGISTRO NACIONAL DE FEMICIDIOS de la Justicia Argentina (RNFJA) de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de datos aportados por cada una de las jurisdicciones de Justicia argentina. <https://www.csjn.gov.ar/om/index.jsp>

SANTOS, B. de Sousa ¿Puede el derecho ser emancipatorio? en Derecho y emancipación. **Quito**: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. pp. 63-142. Disponible en:

https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/derecho_y_emancipacion.pdf. 2012.

SEGATO, Rita Laura. La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez. Buenos Aires, Tinta Limón. 2013.

_____ **La guerra contra las mujeres**. Buenos Aires. Tinta Limón. 2017.

TOLEDO VÁZQUEZ, P. (2014) **“Femicidio Femicidio”**, 1a. Ed.1ª.reimp., C.A.B.A., Didot.

VIEIRA, Fernanda Maria da Costa. Seduzidos pela Dama de Copas: aos inimigos... prisao? Anial, poderá o direito penal ser emancipatório? en **Direito & Práxis** vol.6, nº 10, pp. 455 a 507. Disponible en <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/15413> 2015.

LAS BRECHAS DE GÉNERO EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

Anabella Cadó¹

Marcela Whitaker²

INTRODUCCIÓN

La masculinidad supone el derecho y deber de proveer al sostenimiento de la familia. Erigirse en el trabajador ideal es una garantía tácita, normalizada por la propia Ley de Contrato de Trabajo argentina que en su lenguaje define al trabajo como la “actividad productiva y creadora del hombre en sí...”, reafirmando de ese modo que las estructuras de trabajo heredadas a los géneros binarios suponen que el permiso para trabajar fuera del hogar les asiste por regla a los hombres y sólo excepcionalmente -bajo arquetipos varoniles de desempeño- a las mujeres.

Los patrones culturales androcéntricos han sido claramente expuestos por Catharine Mackinnon:

La fisiología de los hombres define los deportes, sus necesidades definen la cobertura de los seguros de vida y de automóviles, sus biografías sociales diseñadas definen las expectativas en el lugar de trabajo y los patrones de carreras exitosas, sus perspectivas y preocupaciones definen la calidad del saber, sus experiencias y obsesiones definen el mérito, sus servicios militares definen la ciudadanía, su presencia define la familia, su incapacidad de llevarse bien los unos con los otros –sus guerras y sus gobiernos- definen la historia, su imagen define a dios, y sus genitales definen el sexo. Para cada una de sus diferencias con las mujeres, está vigente un tipo de plan de acción afirmativa lo cual es conocido como la estructura y valores de la sociedad americana.³

El paradigma está dado por el modo como la cultura tradicional machista ha diseñado al trabajo, predeterminando cuál tarea le cabe a quien. Entonces, bajo un enfoque cualitativo basado en un análisis descriptivo del planteo, podemos anticipar que son las propias instituciones y organizaciones de la sociedad (familia, escuela, iglesia, empresas, dependencias públicas, organizaciones no gubernamentales, etc.) las que han transmitido roles activos, de fortaleza o destreza física y dominante en los hombres, y en el caso de las mujeres reservan roles pasivos, reproductivos y de cuidado hogareño. A las mujeres les está vedada la deliberación emancipada, por el contrario, su autodeterminación estará siempre permeada por la discriminación.

Si la vigencia del androcentrismo define una desigualdad que impacta significativamente en la libertad de decisión y elección de las mujeres, el planteo que aquí se expone intenta develar si es posible des-pensar el paradigma discriminatorio, proponiendo como objetivo desarrollar un análisis simbiótico de los conceptos de género, igualdad y poder.

¹ Abogada por la UNCa. Secretaria relatora de la Cámara Civil Nº 1 PJCatamarca. Prof. JTP en la cátedra de Filosofía del Derecho, en la carrera de Abogacía, Facultad de Derecho y Ayud. Dip. en la cátedra de Derecho Laboral y Previsional, en la carrera de Contador público, Facultad de Ciencias Económicas y de Administración. UNCa. cado@derecho.unca.edu.ar

² Abogada por la UNC. Secretaria de la Oficina de la Mujer PJCatamarca. Prof. Asociada a cargo de la cátedra de Problemática del Conocimiento, en la carrera de Abogacía, Facultad de Derecho UNCa. Investigadora de la UNCa. marcelawhitaker@derecho.unca.edu.ar

³ MACKINNON, Catharine. **Feminism Unmodified**, 1987, Ed. Harvard University Press p. 36

1. PROYECCIONES DE LA BRECHA LABORAL

La discriminación laboral es una manifestación sutil de privación de la libertad y de ejercicio abusivo del poder empresarial que opera coartando la libertad de acceso a determinados trabajos, puestos, remuneraciones, privilegios y ocupaciones específicas en igualdad de oportunidades. Lisa y llanamente, es una acción u omisión patronal injusta, que se traduce en una intención hostil y segregante hacia la mujer.

La vigencia incontrastable de estos prejuicios fácticos nos enfrenta a dos fenómenos de discriminación: vertical (techo de cristal) y horizontal (segregación laboral).

1.1 DISCRIMINACIÓN VERTICAL

El llamado “techo de cristal” se traduce en las innumerables barreras que se imponen como una limitación oculta para el ascenso de las mujeres a las posiciones jerárquicas más importantes y significativas de las estructuras laborales.

Esa restricción intangible, de carácter socio-cultural, se constituye como una muralla externa difícil de romper. En ella está velada la intención de impedir que la mujer esté justamente representada, que pueda ejercer el poder o imponer sus ideas con la misma significación y trascendencia que las expresadas por los hombres.

Este límite externo al talento femenino se manifiesta bajo distintos supuestos:

La distribución sexista de las tareas (las mujeres se avocan a las funciones peor remuneradas o asumen profesiones donde es inaudito encontrar expertos varones).

La imposición de un preconcepto masculino del liderazgo.

El hombre como sinónimo de éxito profesional y dedicación laboral full time.

La maternidad como un hecho denostado, que revela pasividad, desinterés y falta de compromiso con la tarea.

1.2 DISCRIMINACIÓN HORIZONTAL

Por otra parte, el fenómeno de la segregación ocupacional es –quizás- más perceptible, ya que no sólo se explica acabadamente a través de la fisura salarial que se manifiesta entre los géneros binarios: “se observa que los empleos ocupados principalmente por hombres tienen sustancialmente tasas salariales superiores en comparación con los trabajos realizados mayoritariamente por mujeres”⁴; sino que fundamentalmente implica el confinamiento de las mujeres a ciertos sectores o actividades laborales que, por lo general, se identifican con sus roles de género. Esta segregación por sexo en las ocupaciones intensifica los estereotipos de género y las brechas estructurales en el mundo del trabajo, a punto tal que las mujeres tienen menos oportunidades de acceder al empleo que desean y, cuando lo hacen, están más expuestas a quedar desempleadas o bajo un esquema de informalidad o precariedad laboral.

Con un fuerte impacto simbólico, esta proyección horizontal de la discriminación laboral fue abordada específicamente por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. TADELVA S.R.L. y otros s/ amparo”, en el cual la acción es interpuesta por Mirtha G.

⁴INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO-OIT) (2003): **Time for equality at work. Report of the Director General. Global report under the Follow up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. International Labour Conference 91st Session 2003**, International Labour Office. Ginebra. <http://www.ilo.org/public/english/standards/decl/publ/reports/report4.htm>

Sisnero en conjunto con la Fundación Entre Mujeres, en contra de la Autoridad Metropolitana de Transporte, la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA) y las siete empresas de transporte público de pasajeros de la Ciudad de Salta, ubicada al norte de la República Argentina. En dicho amparo se discutió el alcance del derecho a elegir libremente un empleo y a no ser discriminada por el género en la etapa previa a la contratación, oportunidad ésta, en la cual se materializan los procesos de selección de personal.

Puntualmente la discusión llega al seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ante la no incorporación de mujeres conductoras al servicio de transporte público de pasajeros en la Ciudad de Salta, desestimando los requisitos de idoneidad propuestos para esa función que se imponen sin distinción de sexo. El caso evidenció una actitud discriminatoria y sistemática de las empresas operadoras de transporte público urbano de pasajeros, al imposibilitar el acceso de las mujeres a los puestos de choferes vacantes en tales empresas.

Nuestro Supremo Tribunal de Justicia, analizó el supuesto de segregación ocupacional, afirmando – acertadamente- que “...la discriminación no suele manifestarse en forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor...”⁵. Reafirma así un estándar probatorio que básicamente contempla las siguientes reglas:

Quien afirma la existencia de un motivo discriminatorio debe acreditar la existencia de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia.

Una vez cumplido este primer e inexorable deber, corresponde a quien se le reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable, ajeno a toda discriminación.

En síntesis, ante la presunción de un acto discriminatorio, corresponde a quien se lo imputa la demostración de su inexistencia.

Con especial énfasis en el bloque constitucional de Declaraciones, Pactos y Tratados sobre Derechos Humanos (Artículos 16, 43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 2; Declaración Universal sobre Derechos Humanos, arts. 2 y 7; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24; 3 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; arts. 2 y 3 y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención de los Derechos del Niño y Convención Internacional sobre todas las Formas de Discriminación Racial) la Corte reitera su preocupación en puntualizar los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación como elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino (prf. 2), y cita especialmente a la CEDAW en cuanto esta convención establece la obligación de los Estados partes de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, de modo que ellos les asegure el derecho a las mismas oportunidades de empleo, los mismos criterios de selección y el derecho a elegir libremente su profesión o empleo.

⁵Recurso de Hecho: “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, SENTENCIA - 20 de Mayo de 2014, Nro. Interno: S.932.XLVI, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Magistrados: LORENZETTI, HIGHTON, FAYT PETRACCHI, MAQUEDA Id SAI: FA14000071 <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-sisnero-mirtha-graciela-otros-taldelva-srl-otros-amparo-fa14000071-2014-05-20/123456789-170-0004-1ots-eupmocsollaf>

Como las diferencias de trato están basadas en categorías “específicamente prohibidas” o “sospechosas”, que se patentizan a través de estereotipos que estructuralmente la sociedad atribuye a las personas en razón de su género, identidad racial, pertenencia religiosa, origen social o nacional, se ha naturalizado que a las mujeres que acceden a cargos de poder o a puestos de su preferencia, se les suele exigir más requisitos y distinciones profesionales que a los varones. Se menosprecia a la mujer que irrumpen en una organización laboral e intenta definirse con cierta relevancia. El ideario colectivo está entrenado para pensar la vida de relación entre ambos sexos de ese modo, donde los prejuicios discriminatorios siempre se visualizan.

2. ¿CÓMO REDEFINIR LA IGUALDAD EN EL CONTEXTO DE GÉNERO?

En Argentina existe el compromiso constitucional de rechazar instituciones o prácticas que agraven o perpetúen la posición de subordinación de grupos especialmente desventajados, y de adoptar medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género y revertir los patrones socioculturales que la explican.

Pero asumir el compromiso desde los hechos impone, de modo primigenio, considerar -o bien-reconsiderar el concepto de igualdad, desde esa impronta trascendental que lo erige como uno de los principios fundamentales reconocido y recogido por el derecho internacional de los derechos humanos. Por ende, teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales sobre igualdad y no discriminación, así como las previstas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, cabe concluir que, cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, lengua u otras similares se presume inconstitucional.

Sin duda, la estrategia transformadora debe direccionar el análisis partiendo desde la legislación para la igualdad y proyectándose a la modificación de las prácticas, de las lecturas y de los discursos. Porque, en definitiva, el Estado ha concebido como iguales a hombres y mujeres que –históricamente- eran desiguales en las relaciones de poder.

En este contexto, entonces, no alcanza con el léxico generoso de la ley: ‘Toda persona tiene derecho a’, para superar la discriminación contra la mujer ya que en su aplicación se ha verificado inconducente. Esta afirmación no supone restarle valor a la norma jurídica –siempre importante para sustentar el reclamo- sino de constatar que es necesario cambiar la forma en que ese contenido normativo es leído.⁶

Un primigenio análisis nos enfrenta a un concepto de igualdad que se asocia al mandato normativo de la igualdad formal, concebida como un trato análogo para quienes se asimilan desde sus características y no desde estereotipos preconcebidos. Como consecuencia, al amparo de “un trato similar” no resulta posible tutelar a las mujeres de un modo especial, pues esta concepción predica la igualdad de mujeres y hombres que se encuentran en iguales circunstancias, como una estrategia de neutralidad, despojada de toda lucha o emancipación que se traduzca en una reivindicación para el colectivo femenino.

Pero la búsqueda de resultados cabales tanto en las leyes como en las prácticas, impone hablar de la igualdad desde su aspecto sustancial, contrarrestando los efectos de las estructuras formales reproductoras de roles y estereotipos a través del impulso e incentivo de aquellos aspectos denostados, vulnerados y precarizados, que se han edificado en óbices infranqueables para el empoderamiento femenino.

⁶PINTO, Mónica. Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del derecho Internacional de los Derechos Humanos, **Revista Pensar el Derecho** Nº 9 – 2017, pág. 51 - <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/9/discriminacion-y-violencia.pdf>

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General Nº 16 (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), expone acabadamente la importancia de materializar en acciones concretas la igualdad entre los géneros binarios.

Si bien en las disposiciones constitucionales, las leyes y los programas de los gobiernos se puede hallar la expresión de igualdad de trato formal, el artículo 3 preceptúa también que los hombres y las mujeres disfrutarán por igual de los derechos enunciados en el Pacto (...). La igualdad sustantiva de hombres y mujeres no se logrará sólo con la promulgación de leyes o la adopción de principios que sean a primera vista indiferentes al género. Al aplicar el artículo 3, los Estados Partes deben tener en cuenta que las leyes, los principios y la práctica pueden dejar a un lado la desigualdad entre hombres y mujeres o incluso perpetuarla, si no tienen en cuenta las desigualdades económicas, sociales y culturales existentes, en especial las que sufren las mujeres.⁷

3. EL TRABAJO NO REMUNERADO

La realidad exhibe una asimetría en las oportunidades, aun cuando muchas de las transformaciones sociales se han direccionado en pos de la consecución de mejoras para el colectivo femenino. No hay una justa y adecuada distribución de roles, aspiraciones y responsabilidades. Por el contrario, la asunción de un papel significativo en empresas privadas o instituciones gubernamentales y la consecuente jerarquización profesional, más la inserción e importancia que la mujer ha adquirido en el sostén económico-familiar, no le permitió desplazar sus responsabilidades domésticas.

La mujer trabajadora se enfrenta a una sobreexigencia de origen multifuncional y a un real impedimento de compartir esas responsabilidades en todas las esferas en las que debe proyectarse la igualdad. Se trata de un trabajo reproductivo y de cuidado no remunerado, impuesto como un precepto cultural que hace imposible pensar en una distribución democrática de las responsabilidades del hogar con sus pares masculinos. Lo que se perpetúa es una concepción de la mujer como cuidadora natural, cuya labor se reduce al ámbito privado, se invisibiliza y se infravalora.

En definitiva, hombres y mujeres gozan de idéntica protección laboral, en aquellas áreas en las que es posible asimilarlos, pero cuando nos enfrentamos al trabajo doméstico encubierto, a los méritos profesionales velados, a los oficios vulnerados y despreciados como la prostitución o la pornografía, entonces el concepto de igualdad queda desplazado y reducido frente a la diferenciación de poder. No es posible subyugar el análisis a la controversia de igualdad versus desigualdad, es necesario construir una transición paradigmática que desequilibre el poder, las posiciones neutrales, la subordinación y los estándares objetivos sobre los cuales está diseñado el mundo laboral actual.

Alda Facio propone contrarrestar la disparidad de género en los ámbitos sociales (laboral, político, familiar, religioso, institucional, etc.) mediante la desarticulación del discurso masculino, intentando así rearticular el significado de nuestra experiencia como seres involucrados/das en la construcción y reconstrucción de la sociedad.

La realidad normativa exhibe un cúmulo de declaraciones, convenciones, recomendaciones y observaciones, pero pocas acciones efectivas de los Estados que, con estricto apego a su deber de debida diligencia, avancen hacia una real y efectiva paridad de género. No basta una proclama generosa del ordenamiento jurídico al enunciar los derechos, es necesario cambiar la forma en que ese contenido normativo es leído.

⁷COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, **Observación general Nº 16: La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)**. <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-16-igualdad-derechos-del-hombre-y-mujer-al-disfrute-derechos>

CONSIDERACIONES FINALES

Mujeres y hombres integramos una realidad social relativa contingente de las construcciones sociales donde el derecho opera como discurso. Nuestra realidad se construye diariamente a través de conductas y cuerpos estereotipados. Por esa misma razón, como la ley trata a la mujer, es como los hombres la ven y la tratan. Respetar el principio de igualdad no supone la necesidad de atribuir a los cuerpos y a las psiques de las mujeres un trato diferencial, sino reconocer la importancia de las experiencias cotidianas de las mujeres, como la base para un nuevo contenido substantivo de los derechos, que deben necesariamente ser reconceptualizados en orden a garantizar un cambio revolucionario en la lectura del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Es imperioso y estratégico deconstruir esa mirada hegemónica y androcéntrica del orden social, donde las mujeres ignoramos qué es lo natural y qué es lo socialmente construido, porque el derecho asumió al discurso masculino como su propia voz, asignándole a la mujer una perspectiva jurídica subordinada, que la excluye de todas las dimensiones en que debe ser leído el contexto de género.

Un análisis consciente del impacto diferenciado de las normas y de las prácticas sociales sobre varones y mujeres demanda acciones estratégicas para enfrentarlos. Es urgente evaluar alternativas de políticas públicas que contrarresten estas brechas de participación laboral entre hombres y mujeres, ya que la igualdad no se traduce en tasas cuantitativamente parejas de participación, sino en la inserción genuina de la mujer en el mundo del trabajo.

Ponderar sus preferencias personales desoyendo los condicionamientos culturales, impactará positivamente en la dinámica de la familia y de la comunidad, transformando los modelos y las aspiraciones de las nuevas generaciones. Los indicadores de autonomía económica y empoderamiento de las mujeres son el puntapié de esta revolución silenciosa que requiere la presencia de un Estado garante de nuevas perspectivas sociales, que asuma la debida diligencia compensando y subsanando las desigualdades en las relaciones de trabajo.

Para reducir la segregación laboral, la acción estatal debe munirse de iniciativas concretas, materializadas en medidas operativas de acción positiva como la reglamentación adecuada del teletrabajo y el derecho a la desconexión, la flexibilización de la jornada y de la modalidad laboral para compatibilizar el trabajo con la familia, la extensión de los períodos de licencias post-maternidad/paternidad adecuando el reingreso laboral del trabajador/a su nueva realidad y carga familiar, la incorporación tuitiva de las responsabilidades y tareas domésticas a la seguridad social, entre otras.

La desigualdad estructural entre los géneros binarios intensifica la segregación ocupacional y demanda redireccionar el enfoque de las normas e instituciones masculinizadas hacia una nueva perspectiva que no requiera a las mujeres adaptarse a lo impuesto tradicionalmente. El objetivo implica rearticular un discurso jurídico-social que refleje los cuerpos y las experiencias de vida de mujeres y hombres, sin diferencias ni similitudes; sólo empleando como directriz el contenido substantivo de los derechos que, en definitiva, emergen en relaciones y se proyectan a la sociedad en su conjunto.

Pese a los síntomas discriminatorios de la sociedad, las mujeres no somos iguales ni diferentes, tampoco replicadoras de estereotipos culturales arraigados, ni autodeterminadas en sentido pleno. Sí limitadas por la desventaja del sexismo social que impuso sesgos laborales injustificados en la oferta, la selección, la remuneración, el entorno profesional, la sobreexigencia del trabajo en el hogar y la proyección hacia el liderazgo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Daños colaterales: desigualdades sociales en la era global**, Edit. FCE, 2011

CAPÓN FILAS, Rodolfo. **Derecho del Trabajo**, Edit. Platense, Bs.As.,1998

CAPÓN FILAS, Rodolfo. **Tratado de Derecho del Trabajo**, Tomo I y II, Edit. Platense. Bs.As., 2014

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación general N° 16: La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Disponible en:<https://www.escribnet.org/es/recursos/observacion-general-no-16-igualdad-derechos-del-hombre-y-mujer-al-disfrute-derechos>

COMENTARIOS GENERALES ADOPTADOS POR EL COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS, Observación General No. 28, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000). Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom28.html>

FACIO, Alda. **Hacia otra teoría crítica del Derecho en Género y Derecho**, pp. 201-229, Santiago de Chile, American University/ILANUD; Ediciones La Morada. 2015.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Time for equality at work. Report of the Director General. Global report under the Follow up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. International Labour Conference 91st Session 2003, International Labour Office. Ginebra. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/english/standards/decl/publ/reports/report4.htm> 2003

KAABER, Naila, Gender Equality, Economic Growth, and Women's Agency: the "Endless Variety" and "Monotonous Similarity" of Patriarchal Constraints. **Feminist Economics**, 22 (1), 295-321. <https://doi.org/10.1080/13545701.2015.1066022>

KARPIUK, Héctor H. **Discriminación y despido en el ámbito laboral**. David Grinberg Libros Jurídicos, 2011.

KIPER, Claudio M., Derechos de las minorías ante la discriminación. Edit. Hamurabi, 1998.

MACKINNON, Catharine. **Feminism Unmodified**, Ed. Harvard University Press, 1987.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – Perspectivas Sociales y del empleo en el mundo: Avance Global sobre las tendencias del empleo femenino 2018 – Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2018.

PINTO, Mónica. Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del derecho Internacional de los Derechos Humanos, **Revista Pensar el Derecho N° 9** – <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/9/discriminacion-y-violencia.pdf>. Universidad de Buenos Aires (UBA) 2017.

RUIZ, Alicia, Violencia y vulnerabilidad, pp. 16, **Revista Institucional de la Defensa Pública**, Año 1, N° 1, Buenos Aires, 2011.

REVISTA DE DERECHO LABORAL, **Discriminación y violencia laboral**, Tomos I y II, RubinzalCulzoni Editores, 2008.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, **Ley de Contrato de Trabajo anotada, comentada y concordada**, 4 tomos, 1era. Edición, La Ley, Bs. As., 2007.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMATICA JURÍDICA (SAIJ) Disponible: <http://www.saij.gob.ar>

SAMUEL, OSVALDO M. **Discriminación laboral**. Edit. Astrea, Bs.As., 2012

POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL DE SAÚDE NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL: EPISIOTOMIA SEM CONSENTIMENTO DA PARTURIENTE OU REALIZADA DESNECESSARIAMENTE

Mariana Galvan dos Santos¹

Ana Greicy Possan Galvan²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo caracterizar e contextualizar o procedimento da episiotomia com falta de consentimento ou realizada desnecessariamente, na qualidade de violência obstétrica gravíssima. Tendo em vista que é um mecanismo banalmente utilizado e realizado no Brasil pelos profissionais de saúde, onde a intenção é facilitar o trabalho dos mesmos. Contudo, o supracitado procedimento provoca uma série de complicações no pós parto e na vida da parturiente.

Por isso, é de grande valia o conhecimento por parte da mulher de seus direitos na qualidade de grávida e parturiente, além de ter consciência de que a realização de quaisquer procedimentos sem seu consentimento ou desnecessariamente violam essa gama de direitos. Além de que os profissionais podem ser responsabilizados administrativa, penal e civilmente, cabendo indenização às vítimas. Para a construção do presente trabalho utiliza-se o método dedutivo e a técnica de pesquisa é bibliográfica, enquanto o procedimento é descritivo.

1. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA MEDIANTE O PROCEDIMENTO DE EPISIOTOMIA: CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE É INDICADO E RISCOS DO PROCEDIMENTO

A violência contra a mulher é definida como “qualquer ato ou conduta baseado no gênero, causando morte, dano ou sofrimento de ordem física, sexual ou psicológica à mulher”³. Entre tantas formas de violência contra a mulher, a violência obstétrica, tem sido muito presente e ganhando ênfase devido sua gravidade e incidência.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a violência obstétrica caracteriza-se por abusos contra a mulher ocorridos no pré-natal, no parto ou no pós-parto⁴. Essa forma de violência é classificada por atos exercidos por profissionais da saúde que tenham em vista o corpo, os direitos reprodutivos das mulheres ou realizados através de uma atenção desumanizada, como o abuso de ações intervencionistas, a medicalização e a transformação patológica dos processos de parturição fisiológicos⁵.

¹ Acadêmica do V Nível do curso de Direito na Universidade de Passo Fundo. E-mail: marianagalvansantos@gmail.com.

² Acadêmica do VI Nível do curso de Enfermagem na Universidade de Passo Fundo. E-mail: anagreicygalvan@gmail.com.

³ ANDRADE, Briena Padilha; AGGIO, Cristiane de Mello. Violência Obstétrica a dor que cala. Londrina. In: **III Simpósio, Gênero e Políticas Públicas, Anais[...]** Universidade Estadual de Londrina, 2014, p.6. Disponível em: http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf. Acesso em: 28 nov 2020.

⁴ Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **Violência obstétrica é violação dos direitos humanos, diz OMS**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/violencia-obstetrica-e-violacao-dos-direitos-humanos-diz-oms>. Acesso em: 10 nov. 2020.

⁵ ANDRADE, Briena Padilha; AGGIO, Cristiane de Mello. Violência Obstétrica a dor que cala. p.1.

Entre as violências obstétricas que ocorrem na maternidade destaca-se: o jejum forçado, o isolamento, a não permissão de acompanhante, a restrição da gestante ao leito, a utilização de meios farmacológicos sem autorização, a utilização de ocitocina (hormônio produzido pelo hipotálamo e armazenado na hipófise posterior. Sua ação é central no trabalho de parto, já que é responsável pelo estímulo das contrações uterinas. A ocitocina sintética é utilizada na obstetrícia para induzir e acelerar o trabalho de parto⁶) sem necessidade, a episiotomia, a manobra de Kristeller (é uma manobra obstétrica, na qual é aplicada uma força externa na parte superior do útero com intuito de facilitar a saída do bebê⁷), o impedimento de gritos ou conversas durante o trabalho de parto, as agressões físicas, as humilhações, a intervenção de cesárea sem necessidade ou com falta de consentimento, a tricotomia (raspagem pré-operatória dos pelos de determinada região, e consiste em um cuidado pré-operatório⁸) desnecessária, o parto na posição supina (posição em que o corpo está deitado, com a face voltada para cima) e/ou o alojamento separado de seu filho⁹.

O parto normal no Brasil, inúmeras vezes não se dá de forma natural, isso devido ao grande número de intervenções realizadas. Podemos citar, a indução por ocitocina, o uso de fórceps (instrumento cirúrgico, semelhante a duas colheres, que pode ser usado para facilitar a saída da cabeça do bebê na hora da expulsão), o uso de analgésicos, a realização de episiotomias e as posições que prolongam e dificultam a descida do bebê pelo canal vaginal. Esses fatos fazem com que o parto normal deixe de ser um momento mágico, para ser uma lembrança traumática, de dor, sofrimento e desumanização, para inúmeras mulheres. Humanizar o trabalho de parto significa prestar uma assistência que tenha como finalidade e prioridade o bem estar da mãe e do bebê, garantindo um parto e nascimento saudáveis, sempre tentando evitar a morbimortalidade materna e fetal¹⁰. A violência obstétrica ocorre, tanto nos partos cesárea, quanto nos partos normais, fazendo com que as mulheres fiquem com sequelas físicas, psicológicas e morais.

“A episiotomia é um procedimento cirúrgico que objetiva aumentar a abertura vaginal por uma incisão no períneo, no final do período expulsivo, no momento do desprendimento fetal”¹¹. A episiotomia é a única cirurgia no Brasil que é feita sem o consentimento do paciente e sem que seja informada suas indicações, necessidades, perigos e possíveis sequelas, além dessa prática ir contra os preceitos da medicina¹². Este é um dos procedimentos mais comumente utilizados na atenção ao parto, ficando na

⁶ NUCCI, Marina; NAKANO, Andreza Rodrigues; TEIXEIRA, Luiz Antônio. Ocitocina Sintética e aceleração do parto: reflexões sobre a síntese e o início do uso da ocitocina em obstetrícia no Brasil. Manguinhos: **Revista História, Ciências, Saúde**, v.25, n. 4, 2018, p.6. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-59702018000400979&script=sci_arttext&lng=pt. Acesso em: 29 nov 2020.

⁷ GOSCH, Carina Scolari; PEREIRA, Ingra Bitarães; MUNDOCO, Leonardo Sousa. Assistência ao parto em maternidade do Tocantins: análise centrada na realização da manobra de Kristeller. Pombal: **Revista Brasileira de Educação e Saúde**, v. 10, n. 2, 2020, p.1. Disponível em: <https://editoraverde.org/gvaa.com.br/revista/index.php/REBES/article/view/7525>. Acesso em: 29 nov 2020.

⁸ DICCINI, Solange; YOSHINAGA, Suellen Naomi; MARCOLAN, João Fernando. Repercussões na auto-estima provocadas pela tricotomia em craniotomia. São Paulo: **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, v. 43, n. 3, 2009, p. 2. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/reeusp/v43n3/a14v43n3.pdf>. Acesso em: 29 nov 2020.

⁹ NAZÁRIO, Larissa; HAMMARSTKON, Fátima Fagundes Barosuol. Os direitos da parturiente nos casos de violência obstétrica. Cruz Alta. In:**XVII Seminário Internacional de Educação no MERCOSUL, Anais[...]** 2014, p.6. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/mercosul/pagina/anais/2015/1%20-%20ARTIGOS/OS%20DIREITOS%20DA%20PARTURIENTE%20NOS%20CASOS%20DE%20VIOLENCIA%20OBSTETRICA.PDF>. Acesso em: 28 nov 2020.

¹⁰ ANDRADE, Briena Padilha; AGGIO, Cristiane de Mello. Violência Obstétrica a dor que cala. p.2.

¹¹Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia. **Recomendações Febrasgo parte II – Episiotomia**. São Paulo: **Febrasgo**, 2018. Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/715-recomendacoes-febrasgo-parte-ii-episiotomia>. Acesso em: 10 nov 2020.

¹² Rede Parto do Princípio – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. **Dossiê da Violência Obstétrica “Parirás com dor”**. Brasília: Senado, 2012. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSECEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 10 nov 2020.

retaguarda apenas do pinçamento e clampeamento do cordão umbilical¹³.

Entretanto a episiotomia não é um procedimento proibido, pois em alguns casos se faz necessária, como por exemplo quando há “sofrimento fetal, progressão insuficiente do parto e ameaça de laceração grau 3”¹⁴. Nesses casos a episiotomia acelera o trabalho de parto, diminuindo a chance de peri mortalidade neonatal e as consequências de uma laceração profunda. Contudo, o procedimento, quando realizado de forma desnecessária, ou seja, além dos requisitos acima apresentados, é uma forma de violência obstétrica gravíssima que viola uma gama de direitos.

Segundo a OMS a episiotomia deve ser usada apenas como ação profilática, sendo que o ideal seria abranger apenas 10% a 15% dos partos vaginais¹⁵. Entretanto, no Brasil, até 2008, por exemplo, 90% dos partos vaginais realizados contavam com a realização do procedimento da episiotomia¹⁶. Cabe-se também ressaltar que estudos comprovam que lacerações perineais decorrentes de parto normal, na grande parte das vezes, apresentam menos complicações (em termos de cicatrização, dor, perda sanguínea, retorno da função muscular e dispareunia, levando a uma melhor e mais rápida recuperação materna) do que o procedimento supracitado¹⁷.

O procedimento pode ocasionar lesões em diversos níveis: 1º grau, lesões superficiais e que atingem a pele e tecido subcutâneo do períneo ou epitélio vaginal; 2º grau, lesões mais profundas e que atingem músculos superficiais do períneo e corpo perineal; 3º grau, lesões mais severas que envolvem músculos perineais e esfíncteres anais externos e muitas vezes também internos; 4º grau, lesões que incluem o rompimento do esfíncter anal e do epitélio anorretal. Ademais, a episiotomia e a episiorrafia (reparo da incisão cirúrgica da episiotomia) apresentam diversas complicações, podemos citar: dor, infecção, maior volume de sangramento, dor nas relações sexuais, maior risco de laceração perineal nos próximos partos, baixa autoestima causada por resultados estéticos e anatômicos insatisfatórios, além do prolongamento da incisão e hematoma¹⁸.

Além disso, o referenciado procedimento, pode prejudicar o vínculo inicial entre mãe e bebê, pois a puérpera fica com dificuldades para desenvolver atividades básicas, como levantar para trocar fraldas, dar banho, amamentar, deambular e sentar, também nota-se que a longo prazo pode-se desenvolver incontinência fecal e urinária¹⁹. Ademais, excessivas vezes, juntamente com a episiotomia, realiza-se o “ponto do marido”, que caracteriza-se por pontos realizados no períneo para deixar a vagina mais estreita e preservar o prazer do companheiro sexual, acarretando para a mulher ainda mais dor nas relações e ampliar as chances de intercorrer infecções²⁰.

A episiotomia é considerada uma violência obstétrica quando é realizada sem o consentimento e esclarecimento da gestante, e com alegações médicas que não se enquadram no quadro clínico da

¹³ SANTOS, Arielly Duarte Rabelo; et. al. Episiotomia: a dor de um parto. Aracaju: **Caderno de Graduação – Ciências Biológicas e da Saúde** – UNIT: vol. 4, n. 1, p. 131-138, 2017, p.5. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/cadernobiologicas/article/view/4022/2169>. Acesso em: 10 nov 2020.

¹⁴ SANTOS, Arielly Duarte Rabelo; et. al. Episiotomia: a dor de um parto. p.1.

¹⁵ SANTOS, Arielly Duarte Rabelo; et. al. Episiotomia: a dor de um parto. p.3.

¹⁶ SANTOS, Jaqueline de Oliveira; SHIMO, Antonieta Keiko Kakuda. Prática rotineira da episiotomia refletindo a desigualdade de poder entre profissionais de saúde e mulheres. Rio de Janeiro: **Escola Anna Nery**, v. 12, n. 4, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ean/v12n4/v12n4a06.pdf>. Acesso em: 28 nov 2020.

¹⁷ SANTOS, Arielly Duarte Rabelo; et. al. Episiotomia: a dor de um parto. p.5.

¹⁸ Rede Parto do Princípio – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. **Dossiê da Violência Obstétrica “Parirás com dor”**. p. 81-82.

¹⁹ FREITAS, Marcela Távora de, et al. Os limites entre a episiotomia de rotina e a violência obstétrica. **Revista Eletrônica Acervo Científico**, v. 13, 2020, p. 5. Disponível em: <https://www.acervomais.com.br/index.php/cientifico/article/view/4696/2924>. Acesso em: 28 nov 2020.

²⁰ Rede Parto do Princípio – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. **Dossiê da Violência Obstétrica “Parirás com dor”**. p.82.

parturiente²¹. Além disso a episiotomia sem consentimento é uma mutilação genital, pois agride a integridade e autonomia da mulher, considerando-se um atendimento desumanizado. O ato de omissão do procedimento é visto como uma violação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, no momento em que os profissionais da saúde tomam para si a escolha da realização da episiotomia, não informando ou deixando a escolha para a parturiente²².

Portanto, a gestante deve ser a protagonista do seu parto, sabendo tudo que nela será feito e tendo voz ativa para escolhas durante o mesmo. Para que isso seja possível é preciso profissionais de saúde capacitados, que expliquem os procedimentos que possam vir a ser necessários e o porquê, também levar em consideração a opinião e escolha da paciente na realização. Contudo, nota-se um elevado número de mulheres que não tem conhecimento do que se trata a episiotomia e quais as necessidades, descobrindo o procedimento apenas após sua realização.

Como já mencionado, isso acarreta um sentimento de impotência e falta de controle de seu corpo, além de, inúmeras vezes, provocar vergonha moral e de seu corpo por causa da cicatriz, que não só influencia na parte estética, mas também faz a mulher lembrar do atendimento desumanizado que recebeu. A partir disso, nota-se a importância de respeitar os direitos e escolhas da gestante durante todo pré-natal, trabalho de parto, parto e puerpério e oferecer todas as informações necessárias para que a gestante tenha autonomia no seu parto, sendo ele cirúrgico ou normal, tanto na esfera pública, quanto na esfera privada.

2. DIREITOS DA PARTURIENTE E VIAS DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PROFISSIONAL DE SAÚDE PELA REALIZAÇÃO DA EPISIOTOMIA COM FALTA DE CONSENTIMENTO OU DISTANTE DAS CONDIÇÕES ADMISSÍVEIS

A realização de procedimentos, sejam quais forem, sem o consentimento da parte vulnerável ou realizados desnecessariamente, configuram violência obstétrica. No caso da episiotomia, agrava-se por violar uma gama de direitos, desde o âmbito internacional, as vistas da Declaração Universal de Direitos Humanos²³, até a esfera nacional, mesmo não havendo uma lei infraconstitucional específica para o caso. Assim, utiliza-se, essencialmente, os princípios da Constituição Federal²⁴, além do Código Penal²⁵, do Código Civil²⁶ e do Código de Defesa do Consumidor²⁷. Ademais, emprega-se o Código de Ética Médica²⁸, tendo em vista seus princípios e responsabilidades.

²¹ FREITAS, Marcela Távora de, et al. Os limites entre a episiotomia de rotina e a violência obstétrica. p.6

²² CARNIEL, Francieli; VITAL, Durcelene da Silva; SOUZA, Tiago Del Pierro de. Episiotomia de Rotina: Necessidade versus violência Obstétrica. Pelotas: **Journal of Nursing and Health**, v. 9, n. 2, 2019, p.6. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/enfermagem/article/view/14425>. Acesso em: 28 nov 2020.

²³ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. ONU, 1948. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 22 nov 2020

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²⁵ BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

²⁷ BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, set 1990.

²⁸ CFM. **Resolução CFM nº 1.931/09**. Institui o Código de Ética Médica. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 28 nov 2020.

Na esfera internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH)²⁹, positiva, em seu Artigo 15, o pleno direito à saúde e a assistência especial à maternidade. Além de dispor, no Artigo 1 da já referida Declaração, acerca da igualdade, dignidade e fraternidade perante os demais, ademais, a DUDH interpõe o aspecto indiscriminatório, independentemente de cor, raça, sexo, língua, entre outros, em seu Artigo 2, primeira parte. Na mesma ótica, a Constituição Federal brasileira³⁰, preza seus princípios pelo mesmo cunho humanitário, explicitado no Art. 1º, inciso III, fundamentando toda a carta, primordialmente, na dignidade da pessoa humana, além de reger-se na prevalência dos direitos humanos, pelo Art. 4º, inciso II. Ainda na Constituição (1988), o Art. 6º trata do direito à saúde como um direito social.

Em se tratando de violência obstétrica, é essencial tratar do Art. 196 e Art. 197 da norma, que trazem a saúde como um direito comum, e que deve ser garantido por meio de políticas públicas em âmbito nacional, além do acesso igual e universal dos serviços e ações. Dispõe-se também acerca regulamentação, fiscalização e controle do sistema de saúde, que cabe ao Poder Público. Além disso, o Art. 5º, inciso XXXIII, trata do direito à informação, pautando-se na ideia de alertar acerca do procedimento a ser realizado, além das complicações que dele podem advir.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado³¹.

Acerca da responsabilização do profissional de saúde em caso de realização do procedimento além dos requisitos ou sem o consentimento da parturiente, o Código de Defesa do Consumidor³², o Art. 14 § 4º, “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”³³ estabelece que a responsabilidade dos profissionais liberais depende de verificação de culpa, ou seja, são provenientes de responsabilidades subjetivas, diversamente do que trata o restante do artigo, tratando da responsabilidade pelo fato do serviço como responsabilidade objetiva, ou seja, independente de culpa do fornecedor.

A responsabilidade subjetiva do médico se consagra no Código Civil brasileiro, de 2002, em seu Art. 927, Art. 949 e Art. 951, disciplinando acerca da reparação do dano e indenização àquele que o sofreu. Inversamente do que acontece com os hospitais e clínicas onde ocorrem os atos de violência obstétrica, onde decorre a responsabilidade objetiva pelos atos de seus profissionais, Art. 43 do Código Civil³⁴. E se caso responsabilizada, a instituição hospitalar “pode entrar com um eventual direito de regresso contra o médico”³⁵.

No que pese à responsabilização penal em caso de violência obstétrica, mais especificamente

²⁹ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.**

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.**

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.**

³² BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.**

³³ BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.**

³⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

³⁵ MASCARENHAS, Ana Cristina de Souza Serrano; PEREIRA, Graciele de Rezende Alves. A Violência Obstétrica Frente Aos Direitos Sociais Da Mulher. Guaxupé: **Rev. UNIFEG**, 2017, p.31. Disponível em: https://www.unifeg.edu.br/revista/artigos-docentes/2017/A_Violencia_Obstetrica.pdf. Acesso em: 27 nov 2020.

acerca da episiotomia, pode ser aplicado o Art. 129 do Código Penal Brasileiro³⁶, que refere-se à lesão corporal³⁷ e também o Art. 146³⁸, da mesma norma, que torna-se uma significativa consideração “acerca da perda do direito de escolha da parturiente no momento do parto”³⁹.

O Código de Ética Médica⁴⁰, dispõe acerca dos princípios que devem ser empregados na profissão, tornando-se especial analisar o seguinte: “VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.” Além de que, na mesma carta, há um capítulo específico acerca da responsabilidade profissional e os direitos humanos, sendo vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo⁴¹.

Ademais, quando realiza-se um procedimento sem consentimento da paciente viola-se o Art. 31 do Código de Ética Médica, que diz respeito à autonomia e o respeito a escolha do paciente⁴².

“O sistema jurídico brasileiro já possui iniciativas genéricas de cunho estadual combatendo a violência obstétrica”⁴³. Como pode-se citar, o Estado de Santa Catarina, em 2017, sancionou a Lei nº 17.097, tendo por objeto implantar medidas de informação e proteção contra a violência obstétrica, pormenorizando quais condutas estão incorporadas nesse conceito de violência. Além disso, o Estado de São Paulo, encontra-se com o Projeto de Lei 1.130/17, realizado pela deputada Leci Brandão, com o mesmo tema⁴⁴.

No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, não há legislação específica, todavia “nada impede que a parturiente ingresse com demanda judicial a fim de garantir seus direitos e em caso necessário

³⁶ BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.**

³⁷ RAMOS, Ana Clara Corrêa. **A responsabilidade civil por violência obstétrica: O caso da episiotomia no Brasil.** Trabalho de Conclusão de Curso – UniEvangélica, Anápolis, 2020, p.30. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/9598/1/ANA%20CLARA%20CORR%c3%8aA%20RAMOS.pdf>. Acesso em: 22 nov 2020.

³⁸ BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.**

³⁹ RAMOS, Ana Clara Corrêa. **A responsabilidade civil por violência obstétrica: O caso da episiotomia no Brasil.** p.31.

⁴⁰ CFM. **Resolução CFM nº 1.931/09.** p. 30.

⁴¹ CFM. **Resolução CFM nº 1.931/09.** p. 34-35.

⁴² LEMOS, Nadiane de Albuquerque. Leis e direitos. Porto Alegre: **UFRGS: As faces da violência obstétrica.** Disponível em: <https://www.ufrgs.br/jordi/172-violenciaobstetrica/leis-e-direitos/>. Acesso em: 10 nov 2020.

⁴³ OLIVEIRA, Anderson Leite de; et. al. Violência obstétrica e a responsabilidade médica: Uma análise acerca do uso desnecessário da episiotomia e o posicionamento dos tribunais pátrios. São Luís: **Revista Da Esmam**, v. 12, n. 14, 2018, p. 288. Disponível em: <https://revistaesmam.tjma.jus.br/index.php/esmam/article/view/27/20>. Acesso em: 25 nov 2020.

⁴⁴ OLIVEIRA, Anderson Leite de; et. al. Violência obstétrica e a responsabilidade médica: Uma análise acerca do uso desnecessário da episiotomia e o posicionamento dos tribunais pátrios. p.288

buscar reparação”, inclusive, o Tribunal de Justiça Gaúcho, já julgou em favor da parturiente indenização por responsabilidade civil⁴⁵. Como demonstra os julgados a seguir em âmbito criminal e civil, respectivamente:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO. PARTO NORMAL COM EPISIOTOMIA. ART. 121, § 3º, DO CP. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO § 4º DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL. (INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO). PENA QUE NÃO MERECE REDIMENSIONAMENTO. Demonstrado que o réu agiu com negligência, imprudência e imperícia, e que dita conduta levou a paciente a óbito, pois, após o parto com episiotomia, deixou de realizar procedimento de revisão do reto, o que propiciou a comunicação do conteúdo fecal com o canal vaginal, culminando com infecção generalizada, que evoluiu com a morte da vítima, mostra-se correta a sua condenação pela prática do delito de homicídio culposo. Aplicabilidade da causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 121 do CP, por inobservância de regra técnica de profissão. Pena definitiva de dois anos de detenção, substituída por duas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, que se mostra adequada ao caso, não ensejando redimensionamento. APELAÇÃO DESPROVIDA⁴⁶.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. LUCROS CESSANTES. PARTO NORMAL. EPISIOTOMIA. LACERAÇÃO PERINEAL DE 4º GRAU. SUTURA. DESCONTROLE NA ELIMINAÇÃO DOS DEJETOS. INSUCESSO NA TENTATIVA DE CORREÇÃO. DANOS EVIDENTES. ERRO GROSSEIRO. IMPERÍCIA. NEGLIGÊNCIA. NEXO CAUSAL. CULPA RECONHECIDA. DEVER DE INDENIZAR 1. Responsabilidade do médico: A relação de causalidade é verificada em toda ação do requerido, evidente o desencadeamento entre o parto, a alta prematura e os danos físicos e morais, causando situação deplorável à apelante, originada de dilaceração perineal de 4º grau. Configurado erro grosseiro, injustificável, com resultado nefasto, o qual teve por causa a imprudência e negligência do requerido. Dever de indenizar. 2. Danos morais: evidentes, procedimento realizado de forma atécnica, causando sofrimento físico e moral, constrangimento, humilhação, angústia, impossibilidade de levar uma vida normal, desemprego, alto estresse familiar. Procedência 3. Danos materiais: comprovados através de recibos e notas fiscais. Procedência 4. Pensionamento: paralisação da atividade produtiva da vítima, enquanto perdurou o tratamento para reconstrução do períneo. Parcial procedência. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO⁴⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração o número de realizações de episiotomia desnecessárias e/ou com falta de consentimento da parturiente, além de ser uma violência/ obstétrica gravíssima, torna-se uma questão de saúde pública feminina. Como já explicitado, o procedimento, muitas vezes, converte-se em um inconveniente na vida da mulher, podendo esta sofrer com diversas lesões, e situações mais graves como a do julgado, onde houve a comunicação do canal vaginal e o conteúdo fecal, resultando em morte.

Portanto, as políticas públicas que podem ser implantadas pelo poder público federal (Comissão de Direitos Humanos e Minorias, 2014) acerca da episiotomia sem consentimento ou desnecessária, são a

⁴⁵ NAZÁRIO, Larissa; HAMMARSTKON, Fátima Fagundes Barosuol. Os direitos da parturiente nos casos de violência obstétrica.

⁴⁶ TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime, Nº 70053392767**, Segunda Câmara Criminal, Relator: Lizete Andreis Sebben, Acórdão julgado em: 14 nov 2013. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70053392767&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 28 nov 2020.

⁴⁷ TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70042631820**, Nona Câmara Cível, Relator: Marilene Bonzanini, Acórdão julgado em 23 nov 2011. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70042631820&num_processo=70042631820&codEmenta=4454141&temIntTeor=true. Acesso em: 28 nov 2020.

criação de programas de informação pelo SUS (Sistema Único de Saúde), como cartilhas e utilização das mídias sociais, com foco na informação dos direitos da grávida parturiente; a criação de um sistema de denúncias das vítimas no caso da violação desses direitos; além de, no caso de profissionais da saúde, incentivar a não realização do procedimento e proceder com uma ação administrativa, além da responsabilização civil e criminal, quando houver ocorrência de violência obstétrica, mais especificamente na episiotomia com a falta de consentimento ou sem necessidade, levando em consideração a abundância de casos de procedimentos sem autorização.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Briena Padilha; AGGIO, Cristiane de Mello. Violência Obstétrica a dor que cala. Londrina: **Anais do III Simpósio, Gênero e Políticas Públicas da Universidade Estadual de Londrina**, 2014. Disponível em: http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf. Acesso em: 28 nov 2020.

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

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

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, set 1990.

CARNIEL, Francieli; VITAL, Durcelene da Silva; SOUZA, Tiago Del Pierro de. Episiotomia de Rotina: Necessidade versus violência Obstétrica. Pelotas: **Journal of Nursing and Health**, v. 9, n. 2, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/enfermagem/article/view/14425>. Acesso em: 28 nov 2020.

CFM. **Resolução CFM nº 1.931/09**. Institui o Código de Ética Médica. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 28 nov 2020.

Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **Violência obstétrica é violação dos direitos humanos, diz OMS**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/violencia-obstetrica-e-violacao-dos-direitos-humanos-diz-oms>. Acesso em: 10 nov. 2020.

DICCINI, Solange; YOSHINAGA, Suellen Naomi; MARCOLAN, João Fernando. Repercussões na auto-estima provocadas pela tricotomia em craniotomia. São Paulo: **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, v. 43, n. 3, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/reeusp/v43n3/a14v43n3.pdf>. Acesso em: 29 nov 2020.

Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetricia. Recomendações Febrasgo parte II – Episiotomia. São Paulo: **Febrasgo**, 2018. Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/715-recomendacoes-febrasgo-parte-ii-episiotomia>. Acesso em: 10 nov 2020.

FREITAS, Marcela Távora de, et al. Os limites entre a episiotomia de rotina e a violência obstétrica. **Revista Eletrônica Acervo Científico**, v. 13, 2020. Disponível em: <https://www.acervomais.com.br/index.php/cientifico/article/view/4696/2924>. Acesso em: 28 nov 2020.

GOSCH, Carina Scolari; PEREIRA, Ingra Bitarães; MUNDOCO, Leonardo Sousa. Assistência ao parto em maternidade do Tocantins: análise centrada na realização da manobra de kristeller. Pombal: **Revista Brasileira de Educação e Saúde**, v. 10, n. 2, 2020. Disponível em: <https://editoraverde.org/gvaa.com.br/revista/index.php/REBES/article/view/7525>. Acesso em: 29 nov 2020.

LEMOS, Nadiane de Albuquerque. Leis e direitos. Porto Alegre: Disponível em: <https://www.ufrgs.br/jordi/172-violenciaobstetrica/leis-e-direitos/>. Acesso em: 10 nov 2020.

MASCARENHAS, Ana Cristina de Souza Serrano; PEREIRA, Graciele de Rezende Alves. A Violência Obstétrica Frente Aos Direitos Sociais Da Mulher. Guaxupé: **Rev. UNIFEG**, 2017. Disponível em: https://www.unifeg.edu.br/revista/artigos-docentes/2017/A_Violencia_Obstetrica.pdf. Acesso em: 27 nov 2020.

NAZÁRIO, Larissa; HAMMARSTKON, Fátima Fagundes Barosuol. Os direitos da parturiente nos casos de violência obstétrica. Cruz Alta: In:**XVII Seminário Internacional de Educação no MERCOSUL, Anais[...]** 2014. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/mercosul/pagina/anais/2015/1%20-%20ARTIGOS/OS%20DIREITOS%20DA%20PARTURIENTE%20NOS%20CASOS%20DE%20VIOLENCIA%20OBSTETRICA.PDF>. Acesso em: 28 nov 2020.

NUCCI, Marina; NAKANO, Andreza Rodrigues; TEIXEIRA, Luiz Antônio. Ocitocina Sintética e aceleração do parto: reflexões sobre a síntese e o início do uso da ocitocina em obstetrícia no Brasil. Manguinhos: **História, Ciências, Saúde**, v.25, n. 4, 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-59702018000400979&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 29 nov 2020.

OLIVEIRA, Anderson Leite de; et. al. Violência obstétrica e a responsabilidade médica: Uma análise acerca do uso desnecessário da episiotomia e o posicionamento dos tribunais pátrios. São Luís: **Revista Da Esmam**, v. 12, n. 14, 2018. Disponível em: <https://revistaesmam.tjma.jus.br/index.php/esmam/article/view/27/20>. Acesso em: 25 nov 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. ONU, 1948. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 22 nov 2020.

RAMOS, Ana Clara Corrêa. **A responsabilidade civil por violência obstétrica**: O caso da episiotomia no Brasil. Trabalho de Conclusão de Curso – UniEvangélica, Anápolis, 2020, p.30. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/9598/1/ANA%20CLARA%20CORR%C3%8A%20RAMOS.pdf>. Acesso em: 22 nov 2020.

Rede Parto do Princípio – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. **Dossiê da Violência Obstétrica “Parirás com dor”**. Brasília: Senado, 2012. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 10 nov 2020.

SANTA CATARINA. **Lei nº 17.097**, de 17 de janeiro de 2017. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica. Florianópolis: Governador do Estado de Santa Catarina, 2017. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html.

Acesso em: 10 nov 2020.

SANTOS, Arielly Duarte Rabelo; et. al. Episiotomia: a dor de um parto. Aracaju: **Caderno de Graduação – Ciências Biológicas e da Saúde – UNIT**: vol. 4, n. 1, p. 131-138, 2017. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/cadernobiologicas/article/view/4022/2169>. Acesso em: 10 nov 2020.

SANTOS, Jaqueline de Oliveira; SHIMO, Antonieta Keiko Kakuda. Prática rotineira da episiotomia refletindo a desigualdade de poder entre profissionais de saúde e mulheres. Rio de Janeiro: **Escola Anna Nery**, v. 12, n. 4, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ean/v12n4/v12n4a06.pdf>. Acesso em: 28 nov 2020.

TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70042631820**, Nona Câmara Cível, Relator: Marilene Bonzanini, Acórdão julgado em 23 nov 2011. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70042631820&num_processo=70042631820&codEmenta=4454141&temIntTeor=true. Acesso em: 28 nov 2020.

TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime, Nº 70053392767**, Segunda Câmara Criminal, Relator: Lizete Andreis Sebben, Acórdão julgado em: 14 nov 2013. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70053392767&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 28 nov 2020.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA

Stéfani Versa Brunetto¹

Vitória Piucco²

INTRODUÇÃO

Com o aumento de casos de violência doméstica contra mulher em tempos de pandemia, necessária se faz análise dos motivos que levam o sexo masculino a diversas agressões contra o sexo oposto.

Dentre as diversas épocas da sociedade, a mulher sempre foi tratada como aquela que necessitava de proteção e que existia com a única finalidade de gerar descendentes. Assim, para que a mãe obtivesse sucesso no desenvolvimento da prole, necessitava do homem para trazer o alimento e mantê-la em segurança.

Como esperado, a nossa contemporaneidade encontra-se repleta de atitudes e de homens – e mulheres – machistas. Somente no final do século 19 que as feministas iniciaram a conquista pelo real espaço na sociedade, qual seja, de igualdade com o sexo masculino em direitos e deveres.

Assim, as sociedades falocêntricas começaram a perder espaço e a proteção à mulher foi efetivada legalmente. A lei Maria da Penha (lei nº 11.340/2006) e a introdução do crime hediondo de feminicídio (artigo 121, parágrafo 2º, VI, do Código Penal) são exemplos do reconhecimento dos poderes públicos quanto a necessidade de proteção aos abusos sofridos pelo sexo feminino. Porém o isolamento social, em função da covid-19, acabou aumentar os casos de violência contra mulher.

Dessa forma, os motivos que levaram à atual sociedade que vivemos e ao aumento de casos de violência psicológica, física, moral, patrimonial e sexual contra mulher serão compreendidos neste trabalho.

1. O PAPEL DA MULHER NA SOCIEDADE

1.1 HISTÓRIA CULTURAL

A violência contra a mulher vem de uma história cultural. Essa cultura à violência surge no momento em que a mulher torna-se um bem privado do homem, um objeto - seja ele pai ou marido. Porém, conforme alguns autores, nem sempre as civilizações fundamentaram-se no estilo patriarcal.

O Jurista e antropólogo suíço Johann Jakob Bachofen, bem como Marija Gimbutas destinaram-se a observar teologias feministas e civilizações consideradas matriarcais. Aquele, destaca que houve uma época em que o laço materno assegurava a filiação - assim, sendo a maternidade o princípio de todas as sociedades humanas, originava também a liberdade e o poder para a mulher. Em seu livro “A Civilização da

¹ Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela IMED. Pós-Graduada em Direito Penal pela Damásio de Jesus. E-mail: stefanibrunetto@gmail.com.

² graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela UPF/RS.

Deusa”³, a arqueóloga lituana Marija Gimbutas demonstra que, na pré-história, existiam civilizações sem disparidade, o que trazia a igualdade entre os gêneros.

O exemplo da cidade de Catalhuyuc, citado por ela, mostra a inexistência de palácios e templos imensos, ao contrário, apenas a presença de casas muito parecidas e de templos de tamanho modesto, cemitérios sem maiores distinções entre os mortos, evidenciando uma sociedade igualitária⁴.

Adverso a isto - e com maior aceção - a autora Simone Beauvoir⁵ deixa claro que a mulher jamais ocupou um papel de autoridade durante toda a história humana. Sua função sempre foi a de gerar descendentes e, assim, as mães necessitavam do homem para a garantia da proteção e do alimento.

Para se defender contra os inimigos, para assegurar sua manutenção e a da prole, elas necessitavam da proteção dos guerreiros e do produto da caça e da pesca a que se dedicavam os homens; como não havia evidentemente nenhum controle dos nascimentos, como a natureza não assegura à mulher períodos de esterilidade como às demais fêmeas de mamíferos, as maternidades repetidas deviam absorver a maior parte de sua força e de seu tempo”⁶.

Portanto, ou o declínio das sociedades matriarcais ocorreu em função do desenvolvimento e aumento da sociedade (em função da necessidade de proteção contra invasores)⁷, ou o patriarcado acabou por conquistar cada vez mais espaço ao longo dos séculos.

De qualquer forma, tendo o homem assumido por toda a história (ou quase toda ela) a posição alfa, Lévi-Strauss⁸ concorda quando expõe que “a autoridade pública ou simplesmente social pertence sempre aos homens”⁹ – e é possível perceber essa realidade em todos os grupos sociais, durante toda evolução humana.

Filósofos dos séculos 19 e 20 demonstravam a realidade cultural com relação à misoginia. Schopenhauer disse que “a mulher, por natureza, deve obedecer”. Na mesma linha, o humanista Erasmo Rotterdam destacou a insignificância da mulher quando trouxe que ela “é um animal inepto e estúpido, embora agradável e gracioso”. Aqui, percebe-se o quanto o sexo feminino era visualizado como um bem material, sendo necessário ao homem apenas para cumprir seus desejos selvagens. Por fim – e igualmente deprimente -, Friedrich Nietzsche relembra que “as mulheres são menos do que superficiais” e, ainda, sobre a necessidade de se “...sair para o encontro com uma mulher...” sem esquecer “de levar o chicote”¹⁰. A literalidade das palavras trazia uma clássica sociedade de inferiorização da mulher, reafirmando a atual situação de abusos contra o sexo feminino.

³ Livro de Marija Gimbutas, intitulado “The Civilization Of The Goddess: The world of old europeu”.

⁴ NUNES, Débora. Pótnia, A Deusa Mãe. **Cirandas**, 16/01/2019. Disponível em: <http://cirandas.net/deboranunes/blog/potnia-a-deusa-mae>. Acesso em: 10/09/2020.

⁵ BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo: Fatos e Mitos. Volume 1. 3ª ed. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

⁶ Ibidem.

⁷ CHAGAS, Letícia; CHAGAS, Arnaldo Toni. A Posição da Mulher em Diferentes Épocas e a Herança Social do Machismo no Brasil. **Psicologia.pt: o portal dos psicólogos**. 23/07/2017. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1095.pdf>. Acesso em: 15/07/2020.

⁸ Claude Lévi-Strauss(1908-2009) foi um grande antropólogo, etnólogo e professor francês. Formado em direito e filosofia na França e produtor de uma vasta obra, Lévi-Strauss foi o criador da antropologia estrutural e um dos maiores pensadores do século XX.

⁹ BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo: Fatos e Mitos. Volume 1. 3ª ed. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

¹⁰ DEBIAZI, Giuliana. A Misoginia Virtual e a Liberdade de Expressão. **Justificando: mentes inquietas pensam direito**. 05/09/2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/09/05/a-misoginia-virtual/#contato>. Acesso em: 03/11/2020.

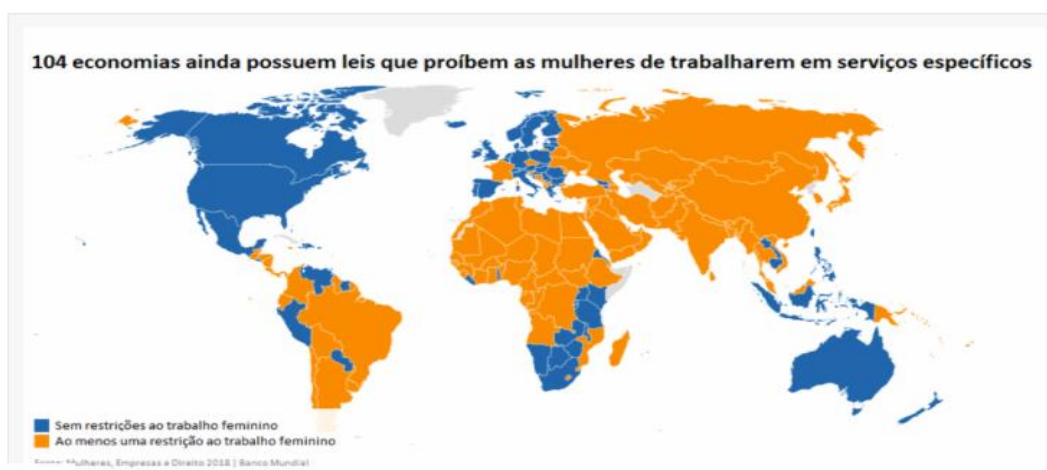
1.2 ATUAIS SOCIEDADES MACHISTAS

Dentre os países com maior privação dos direitos femininos estão as regiões árabes¹¹. Conforme pesquisa realizada em novembro de 2013, pela Fundação Thompson Reuters¹², o Egito é o país árabe mais perigoso para as mulheres.

A estimativa é de que 99,3% das mulheres já tenham sofrido algum tipo de assédio sexual - além dos numerosos casos de estupro e das demais violências domésticas. Já a Arábia Saudita, em 3º lugar no ranking, possuía o impedimento das mulheres de dirigir porém, em 2018¹³, esse direito foi conquistado.

Dentre outros países, como na ilha de Madagascar, África, há proibições quanto ao local de trabalho. Lá, as mulheres estão limitadas a exercer seu ofício apenas em estabelecimentos familiares. Já na Argentina, tem-se a proibição de trabalhar na produção de licores ou com a destilação de álcool¹⁴ - essa ocupação é privativa do sexo masculino.

Já no Brasil a lei número 5.452, de 1943, que aprova a consolidação das leis do trabalho, em seu artigo 390, evidencia que “ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional”. Aqui, evidente que o intuito do legislador tratou apenas da proteção às trabalhadoras, porém acabou por contrariar o inciso XXX, do artigo 7º, da Constituição Federal Brasileira, em que deixa clara a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. Por fim, o mapa¹⁵ abaixo destaca, em amarelo, os países que possuem leis discriminantes às mulheres no atual mercado de trabalho.



Dessa forma, possível discernir que a condição de inferioridade a que a maioria das mulheres estão sujeitas desponta, sobretudo, em uma cultura e educação ligadas ao sistema patriarcal.

¹¹PENA, Rodolfo F. Alves. O mundo árabe e o direito das mulheres; *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-mundo-arabe-direito-das-mulheres.htm>. Acesso em 10/11/ 2020.

¹² *Ibidem*.

¹³ MORAIS, Pâmela. 7 Direitos das Mulheres Negados ao Redor do Mundo. *Politize*, 03/07/2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/7-direitos-das-mulheres-negados-no-mundo/>. Acesso em: 10/11/2020.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Dados do Banco Mundial, Mulheres, Empresas e Direito, 2018.

2. LEGISLAÇÃO

2.1 LEGISLAÇÃO DURANTE O TEMPO

O Código Napoleônico¹⁶, que entrou em vigor em 21 de março de 1804, consolidava a discriminação contra a mulher, quando destacava que a mulher deveria estar submetida ao homem (pai, irmão ou marido). O livro reunia as leis relacionadas aos direitos civil, penal e processual trazendo, em seu artigo 213¹⁷, que a autoridade absoluta do casamento era o marido devendo, à mulher, obedecer.

Já no Brasil, o primeiro Código Civil – 1916 -, seguia a linha do Código Francês ao estabelecer que o marido era o “chefe da unidade conjugal”. Além disso, a mulher casada era considerada parcialmente incapaz. O parágrafo único, do artigo 243 do código, deixava clara a necessidade de adesão do marido para que sua esposa pudesse ocupar cargo empregatício: “Considerar-se-á sempre autorizada pelo marido a mulher que ocupar cargo público, ou, por mais de seis meses, se entregar a profissão exercida fora do lar conjugal¹⁸”.

Com o Movimento Sufragista do Brasil, em que as mulheres conquistaram o direito de votar, em 1932, as feministas foram difundindo seus ideais e tendo mais espaço dentro das decisões da sociedade¹⁹. Em 1962, com a promulgação da lei nº 4.121, que dispunha sobre a situação jurídica da mulher casada, é que as mulheres – somente as casadas - conquistaram o pleno direito à capacidade civil. Em seu artigo 246²⁰, explicitava:

A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com êle adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. II e III, do artigo 242.

Porém, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que as mulheres conquistaram seu papel de igualdade com o sexo masculino. O artigo 5º, inciso I, deixa claro que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, abolindo – legalmente – a diferenciação e inferiorização das mulheres.

Assim, apesar da legislação brasileira tratar da igualdade de gênero, a cultura dos homens continuou tratando a companheira como propriedade e, dessa forma, o Brasil teve de encontrar mecanismos de proteção à mulher.

¹⁶ Código civil francês outorgado por Napoleão Bonaparte.

¹⁷ ALMEIDA, Dulcielly Nóbrega de; PERLIN, Giovana Dal Bianco; VOGEL, Luiz Henrique; WATANABE, Alessandra Nardoni. Violência Contra a Mulher. **Edições Câmara**. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=Mgn2DwAAQBAJ&hl=pt&pg=GBS.PT17>. Acesso em 03/12/2020.

¹⁸ MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. A Mulher Casada no Código Civil de 1916. Ou, Mais do Mesmo. **Textos de História**, Brasília. 2004. Disponível em: <file:///C:/Users/familia%20brunetto/Desktop/mulher.pdf>. Acesso em: 03/12/2020.

¹⁹ PORFÍRIO, Francisco. Movimento Sufragista. **Mundo Educação**. Disponível em: [https://mundoeducacao.uol.com.br/politica/sufragio-feminino.htm#:~:text=O%20movimento%20sufragista%20foi%20um,direito%20ao%20sufr%C3%A1gio%20\(voto\)](https://mundoeducacao.uol.com.br/politica/sufragio-feminino.htm#:~:text=O%20movimento%20sufragista%20foi%20um,direito%20ao%20sufr%C3%A1gio%20(voto)). Acesso em: 01/12/2020.

²⁰ Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.

3 LEI MARIA DA PENHA E FEMINICÍDIO

3.1 QUEM É MARIA DA PENHA

Em 07 de agosto de 2020 a Lei Maria da Penha completou 14 anos e, para compreender a importância da norma na proteção da mulher, necessário entender quem foi Maria da Penha.

Maria da Penha Maia Fernandes nasceu no Ceará, Fortaleza, em 1º de fevereiro de 1945 e é farmacêutica bioquímica. Em 1974, enquanto cursava mestrado na Faculdade de Ciências Farmacêuticas da Universidade de São Paulo, conheceu Marco Antonio Heredia Viveros, colombiano que, durante o namoro, demonstrava ser copiosamente amável, educado e solidário. Dois anos após, em 1976, ocorreu o casamento e, logo em seguida, o nascimento da primeira filha. Com a finalização dos estudos de Maria da Penha, o casal mudou-se para Fortaleza e teve mais duas filhas.

Foi então que, após Marco Antonio conquistar a cidadania brasileira e estabilizar-se economicamente, as agressões tiveram início. De forma diversa do tempo de namoro, o marido tornou-se extremamente intolerante - com cada vez mais comportamentos hostis contra a esposa e as filhas.

Quase 10 anos após sofrimento diário de diversos tipos de violência (física, psicológica, moral), Maria da Penha sofreu dupla tentativa de feminicídio por parte do esposo. Com uma arma de fogo, Marco Antonio disparou dois tiros nas costas da esposa, enquanto ela dormia. Essa agressão resultou na paraplegia de Maria da Penha, pois atingiu a terceira e quarta vértebras torácicas, além da laceração na dura-máter e a destruição de 1/3 da medula à esquerda.

Como se não bastasse, o marido da vítima declarou que eles haviam sofrido uma tentativa de assalto e, quatro meses depois, Maria voltou para casa, convivendo, novamente, com seu abusador. Foi então que ele a manteve em cárcere privado por 15 dias – além de tentar assassiná-la durante o banho, com eletrochoques.

Após a investigação descobrir as diversas alevisias do criminoso, Marco Antonio foi processado e condenado a 15 anos de prisão, porém os recursos, ainda cabíveis, fizeram com que ele saísse do julgamento em liberdade. No segundo julgamento, da mesma forma, Marco Antonio saiu em liberdade. Até aqui, foram 13 anos de luta da vítima, na busca de reparação e justiça.

Como o Brasil não foi capaz de deliberar sobre o ocorrido, em 1998, o caso foi denunciado para a CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e, em 2001, foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras²¹.

Dessa forma, além do Estado do Ceará indenizar a vítima, em 2006, a lei 11.340 foi sancionada e nomeada “Lei Maria da Penha” - com o intuito de reconhecer a luta da vítima contra as violações dos direitos humanos das mulheres.

3.2 A LEI

A Lei número 11.340, de 07 de agosto de 2006, “cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”²², independentemente da classe, da raça, da etnia, da orientação sexual, da

²¹ ORGANIZAÇÃO NÃO GOVERNAMENTAL SEM FINS LUCRATIVOS, **Instituto Maria da Penha**. Quem é Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em 02/12/2020.

²² Artigo 1º da Lei.

renda, da cultura, do nível educacional, da idade e da religião daquela²³. Assim, necessário destacar, brevemente, algumas particularidades da lei.

Dentre as formas de violência, em seu artigo 7º, tem-se a (1) violência física, como o espancamento, a tortura, o estrangulamento, o sufocamento e o ato de atirar objetos; a (2) violência psicológica, que envolve qualquer forma de constrangimento, de manipulação, de insultos e de humilhação - além da proibição de viajar, estudar e até mesmo de falar com amigos e parentes; a (3) violência patrimonial, que inclui o controle de dinheiro da companheira, a destruição de documentos pessoais, o estelionato e a privação de bens, valores ou recursos econômicos; a (4) violência moral, como exemplo: desvalorizar a vítima pelo seu modo de se vestir, expor a vida íntima, acusar a companheira de traição e emitir juízos morais sobre a conduta e, por fim, a (5) violência sexual, em que inclui-se o estupro, o fato de obrigar a mulher a fazer atos sexuais dos quais causem desconforto ou repulsa, de impedir o uso de métodos contraceptivos; de forçar que a vítima aborte, além do companheiro forçar o casamento, a gravidez ou a prostituição da companheira por meio de coação, chantagem, suborno ou manipulação, dentre outros atos²⁴.

Já em relação às medidas protetivas de urgência, a necessidade de cautelaridade dos atos se faz necessária para a efetiva proteção da vítima. Assim, o artigo 18 destaca os atos do magistrado em até 48 horas – após “recebido o expediente com o pedido da ofendida”²⁵. Além disso, com o fim de atingir sua finalidade, as medidas protetivas podem ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público e, até mesmo, a pedido da ofendida.

Sobretudo, com o medo de reprimenda por parte do abusador, a seção II da lei trata das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, incluindo-se (I) a “suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente”²⁶; (II) “o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida”²⁷; além do impedimento quanto a aproximação ou qualquer meio de comunicação da ofendida, de seus familiares e/ou testemunhas e, até mesmo, em frequentar determinados lugares²⁸.

Por fim, a presente lei também define medidas protetivas de urgência à vítima. Com o fim de sanar possível enquadramento de abandono de lar, em que um dos cônjuges abandona a residência de moradia do casal, o artigo 23, inciso III juramenta a possibilidade de “determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos”.

Assim, a proteção à mulher foi majorada com a presente lei e, ainda que os casos de violência doméstica persistam, ocorreu um aumento significativo durante a pandemia do covid-19.

3.2 FEMINICÍDIO

No ano de 2015, a lei número 13.104, de 09 de março, alterou o artigo 121 do Código Penal, majorando o crime de homicídio quando a vítima for “mulher por razões da condição do sexo feminino”²⁹.

²³ Artigo 2º da Lei.

²⁴ ORGANIZAÇÃO NÃO GOVERNAMENTAL SEM FINS LUCRATIVOS, **Instituto Maria da Penha**. Tipos de Violência. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em 02/12/2020.

²⁵ Artigo 18 da Lei.

²⁶ Inciso I, artigo 22 da Lei 11.340/2006.

²⁷ Inciso II, artigo 22 da Lei 11.340/2006.

²⁸ Inciso III, artigo 22 da Lei 11.340/2006.

²⁹ Artigo 121, inciso VI, do Código Penal.

Assim, o parágrafo 2º-A, considera que essas razões ocorrem quando o crime envolve a “violência doméstica e familiar” e/ou o “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

Assim, a referida lei deu maior visibilidade às mortes que ocorrem em função do gênero feminino. Com o fim de uma maior repreensão, a norma demonstra que o crime possui predicados peculiares e específicos. O feminicídio ocorre, claramente, como uma manifestação cultural de ódio, em que a mulher é vista, pelo agressor, de forma inferiorizada e desprezível.

O Brasil é o quinto país do mundo com maior número de casos de feminicídio em seu território, estando logo atrás de El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia. Entre os fatores que contribuem para aumentar a vulnerabilidade das mulheres de serem mortas pelos parceiros íntimos estão “as tentativas prévias da mulher em obter a separação (especialmente nos três meses que antecederam o assassinato) e histórias repetidas de violência e agressões” (MENEGHEL; PORTELLA, 2017)³⁰.

3.3 O AUMENTO DE CASOS DURANTE A PANDEMIA

Como visto até o presente momento, os crimes de violência doméstica contra mulher, tipificados criminalmente no ordenamento jurídico brasileiro, são um problema social, de origem cultural.

Por mais que esses delitos sejam combatidos diariamente, houve um aumento significativo no número de casos durante o isolamento social. O Ligue 180, que recebe denúncias de mulheres vítimas de agressão, registrou um aumento de 9% no número de chamadas entre a primeira e a segunda quinzena de março³¹ - exatamente quando iniciou-se o período de isolamento social.

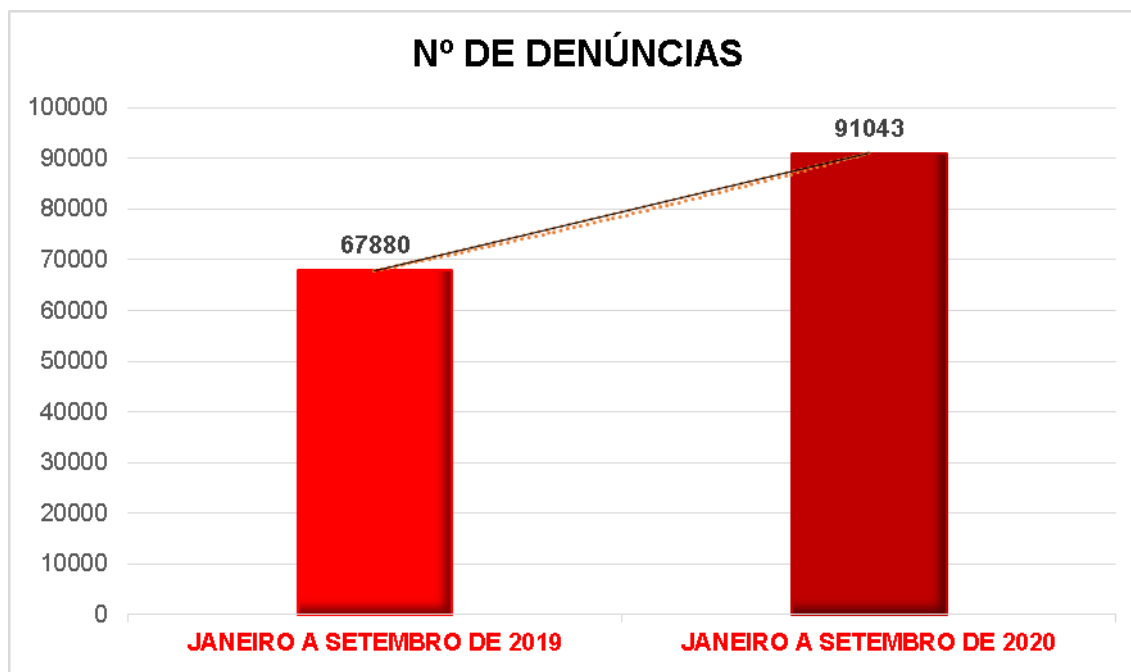
Já o Disque Direitos Humanos, também conhecido como “Disque 100”, que destina-se à disseminação de informações sobre direitos de grupos vulneráveis e de denúncias de violações de direitos humanos³² e, conforme dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, o número de denúncias subiu 34% entre março e abril de 2020 – quando comparado ao mesmo período de 2019³³. O maior aumento deu-se em abril, em que o crescimento foi relativo a 36%.

³⁰ ALMEIDA, Dulcielly Nóbrega de; PERLIN, Giovana Dal Bianco; VOGEL, Luiz Henrique; WATANABE, Alessandra Nardoni. Violência Contra a Mulher. **Edições Câmara**. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=Mgn2DwAAQBAJ&hl=pt&pg=GBS.PT17>. Acesso em 03/12/2020.

³¹ *Ibidem*.

³² Disque 100. **Governo Federal**, 07/05/2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/disque-100-1>. Acesso em 02/12/2020.

³³ Casos de violência contra a mulher crescem no mundo durante pandemia. **Jornalismo TV Cultura**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=liutSesQO6U>. Acesso em 15/09/2020.



Como explicita o gráfico, entre janeiro a setembro de 2019 ocorreram 67.880 registros e, no mesmo período de 2020, o serviço registrou 91.043 denúncias³⁴ - uma crescente de 23.163 registros. Mas, afinal, por que tivemos um aumento tão significativo?

Isso se deve, principalmente, ao aumento de tempo de convivência entre agressor e vítima. Além disso, há mais dois subfatores envolvidos. O primeiro deles decorre do aumento da tensão e do estresse da população³⁵, pois uma situação de caos de saúde pública mundial deixa, naturalmente, todos inseguros. O segundo fator refere-se à instabilidade econômica das famílias. Além do setor de prestação de serviços (ex.: empregadas domésticas), ser composto, majoritariamente, pelo sexo feminino, em um momento de crise esse também é o setor que concentra grande número de demissões.

Assim sendo, além da cultura de inferiorização da mulher, a Covid-19 trouxe o aumento nos casos de violência doméstica - pelo aumento significativo do estresse dentro das famílias e pela supressão financeira das vítimas -, sendo necessário o aprimoramento constante das políticas públicas do ramo.

3.4 LUTA CONTRA VIOLÊNCIA

Além do maior amparo visualizado com a introdução da Lei Maria da Penha e da lei referente ao feminicídio, as políticas públicas são de grande relevância para o combate aos agressores e para a diminuição de casos.

Antes da pandemia, as vítimas possuíam maior facilidade em denunciar seus agressores e buscar ajuda nas delegacias especializadas de atendimento à mulher (Deam), nos hospitais (encaminhamentos realizados pelos profissionais de saúde), nos centros de referência de atendimento à mulher (Crams), nas casas de abrigo, nos centros de referência da assistência social (Cras), nos juizados especializados de violência doméstica e familiar contra a mulher, no Ligue 180 (Central de atendimento à mulher) e nos órgãos da Defensoria Pública, dentre outros. Porém, com o isolamento, foi necessária a criação de novas formas de denúncia.

³⁴ Denúncias de violações contra mulheres, crianças, idosos e pessoas com deficiência crescem quase 33% em 2020. **Governo Federal**, 09/11/2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/novembro/denuncias-de-violacoes-contra-mulheres-criancas-idosos-e-pessoas-com-deficiencia-crescem-quase-33-em-2020>. Acesso em 02/12/2020.

³⁵ Um estudo realizado pela UERJ mostra que os casos de estresse cresceram 80% desde o início da pandemia.

No dia 28 de julho de 2020, o twitter tornou-se instrumento de combate e prevenção à violência contra mulher. “A ferramenta consiste em uma notificação na área de busca da plataforma com links úteis para pesquisas relacionadas ao tema”³⁶.

Além do uso de canais eletrônicos, conhecidos prestadores fizeram uma parceria com o Ligue 180, com a finalidade de divulgar o canal como o principal veículo de orientação às mulheres em situação de violência. Assim, elas não necessitam sair de casa para que o setor público atue.

Sobretudo, com a dificuldade em denunciar os agressores, a Campanha “X vermelho para a violência doméstica” foi aderida com sucesso. Basta que a mulher mostre um “x” vermelho desenhado, por exemplo, com batom, para que a atendente de farmácia rapidamente acione a polícia.

Por fim, destaca-se a importância do trabalho das polícias civis e militares em tempos de pandemia que, sem a opção de isolamento, seguiram atuando com a Patrulha Maria da Penha³⁷ e com as prisões e as investigações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, possível compreender que a violência doméstica contra mulher está intimamente ligada ao desenvolvimento da sociedade e ao papel de submissão dado ao sexo feminino. Apesar da historicidade, as diversas sociedades machistas decidiram por caracterizar a mulher como aquela que depende do homem para qualquer situação, e isso trouxe a atual sociedade fundada no desprezo e inferiorização do sexo feminino. Assim, além da evolução frente ao problema – com legislações e serviços especializados na proteção da mulher -, os casos de agressão e feminicídio voltaram a crescer com a pandemia mundial do covid-19. Isso se deve ao fator de maior convivência da vítima com o agressor, levando ao aumento de estresse e de tempo ocioso e de aumento de mulheres desempregadas. Por fim, o avanço na modernização das políticas públicas de combate à violência doméstica contra mulher, somado à efetivação de cumprimento de pena dos criminosos e à educação das crianças quanto ao tratamento igualitário entre os sexos será capaz de diminuir, lentamente, o número de mulheres traumatizadas moral, sexual, patrimonial e psicologicamente pelo sexo oposto.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Para Educar Crianças Feministas: Um Manifesto**. Tradução de Denise Bottman. Companhia das Letras, 2017.

ALMEIDA, Dulcielly Nóbrega de; PERLIN, Giovana Dal Bianco; VOGEL, Luiz Henrique; WATANABE, Alessandra Nardoni. Violência Contra a Mulher. **Edições Câmara**. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=Mgn2DwAAQBAJ&hl=pt&pg=GBS.PT17>. Acesso em 03 de dezembro de 2020.

ALTMAN, Max. Hoje na História: Entra em vigor o Código Civil Napoleônico. **OperaMundi**, 2010. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/3317/hoje-na-historia-entra-em-vigor-o-codigo-civil-napoleonico>. Acesso em 11 de novembro de 2020.

³⁶ Twitter ganha ferramenta de combate e prevenção à violência contra a mulher. Governo Federal, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/julho/twitter-ganha-ferramenta-de-combate-e-prevencao-a-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em 04/12/2020.

³⁷ Serviço que objetiva acompanhar, preventivamente e de forma periódica, mulheres em situação de violência doméstica e familiar que possuem medidas protetivas de urgência vigentes, baseadas na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

BACHOFEN, Johann Jakob. Das Mutterrecht: eine Untersuchung über die Gynaikokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur. Stuttgart: Verlag von Kraus & Hoffmann, 1861.

BARBOSA, Maria Aparecida. Leitura do Matriarcado de Bachofen. **Associação Brasileira de Literatura Comparada**. Santa Catarina. Disponível em: <https://revista.abralic.org.br/index.php/revista/article/view/446/671>. Acesso em 08, outubro. 2020.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: Fatos e Mitos**. Volume 1. 3ª ed. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

BERNARDES, Luana. Código Napoleônico. **Todo Estudo**. Disponível em: <https://www.todoestudo.com.br/historia/codigo-napoleonico>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

Casos de violência contra a mulher crescem no mundo durante pandemia. **Jornalismo TV Cultura**. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=liutSesQO6U>. Acesso em 15 de setembro de 2020.

CHAGAS, Letícia; CHAGAS, Arnaldo Toni. A Posição da Mulher em Diferentes Épocas e a Herança Social do Machismo no Brasil. **Psicologia.pt: o portal dos psicólogos**. 23 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1095.pdf>. Acesso em: 15/07/2020.

DEBIAZI, Giuliana. A Misoginia Virtual e a Liberdade de Expressão. **Justificando: mentes inquietas pensam direito**. 05 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/09/05/a-misoginia-virtual/#contato>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

Denúncias de violações contra mulheres, crianças, idosos e pessoas com deficiência crescem quase 33% em 2020. **Governo Federal**, 09 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/novembro/denuncias-de-violacoes-contras-mulheres-criancas-idosos-e-pessoas-com-deficiencia-crescem-quase-33-em-2020>. Acesso em 02 de dezembro de 2020.

Disque 100. **Governo Federal**, 07 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/disque-100-1>. Acesso em 02 de dezembro de 2020.

GONÇALVES, Mailson Bruno de Queiroz Carneiro; CHAGAS, Eduardo Ferreira. Teoria da Violência em Marx. **Revista Dialectus**. Janeiro-abril 2020. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/dialectus/article/view/43809/100307>. Acesso em 08 de outubro de 2020.

GRUPO BANCO MUNDIAL. Mulheres, empresas e o direito 2018: principais resultados, 2018. Washington. Disponível em: <http://pubdocs.worldbank.org/en/765311526311864489/WBL-Key-Findings-Portuguese-Print-05-10.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2020.

KARNAL, Leandro. **A Mulher na História: da antiguidade aos dias atuais**. Youtube. 05 de março de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RZLEsGPr1C8>. Acesso em 11 de novembro de 2020.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. A Mulher Casada no Código Civil de 1916. Ou, Mais do Mesmo. **Textos de História**, Brasília. 2004. Disponível em: <file:///C:/Users/familia%20brunetto/Desktop/mulher.pdf>. Acesso em: 03 de dezembro de 2020.

MATOSINHOS, Isabella; ARAÚJO, Isabela. Por que a violência contra a mulher cresce durante a pandemia da COVID-19?. 2/07/2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/07/02/por-que-a-violencia->

[contra-a-mulher-cresce-durante-a-pandemia-da-covid-19/](#). Acesso em 04 de dezembro de 2020.

MORAIS, Pâmela. 7 Direitos das Mulheres Negados ao Redor do Mundo. **Politize**, 03 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/7-direitos-das-mulheres-negados-no-mundo/>. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

NUNES, Débora. Pótnia, A Deusa Mãe. **Cirandas**, 16 de janeiro de 2019. Disponível em <http://cirandas.net/deboranunes/blog/potnia-a-deusa-mae>. Acesso em: 10 de setembro de 2020.

O GLOBO. 12/11/2013. Confira o ranking dos melhores países árabes para as mulheres: Ilhas Comores estão na melhor colocação, enquanto Egito assume a última posição. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/confira-ranking-dos-melhores-paises-arabes-para-as-mulheres-10755893>. Acesso em: 11 de novembro de 2020.

ORGANIZAÇÃO NÃO GOVERNAMENTAL SEM FINS LUCRATIVOS, **Instituto Maria da Penha**. Quem é Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em 02 de dezembro de 2020.

ORGANIZAÇÃO NÃO GOVERNAMENTAL SEM FINS LUCRATIVOS, **Instituto Maria da Penha**. Tipos de Violência. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em 02 de dezembro de 2020.

PATRULHA MARIA DA PENHA. **TJPR: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/cevid?p_p_id=36&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_36_s_truts_action=%2Fwiki%2Fview&p_r_p_185834411_nodeName=CEVID&p_r_p_185834411_title=Patrolha+Maria+da+Penha&p_r_p_185834411_nodeId=12055093#:~:text=A%20Patrolha%20Maria%20da%20Penha,\(Lei%20Maria%20da%20Penha\)](https://www.tjpr.jus.br/cevid?p_p_id=36&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_36_s_truts_action=%2Fwiki%2Fview&p_r_p_185834411_nodeName=CEVID&p_r_p_185834411_title=Patrolha+Maria+da+Penha&p_r_p_185834411_nodeId=12055093#:~:text=A%20Patrolha%20Maria%20da%20Penha,(Lei%20Maria%20da%20Penha)). Acesso em: 04 de dezembro de 2020.

PENA, Rodolfo F. Alves. O mundo árabe e o direito das mulheres; **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-mundo-arabe-direito-das-mulheres.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2020.

PORFÍRIO, Francisco. Movimento Sufragista. **Mundo Educação**. Disponível em: [https://mundoeducacao.uol.com.br/politica/sufragio-feminino.htm#:~:text=O%20movimento%20sufragista%20foi%20um,direito%20ao%20sufr%C3%A1gio%20\(voto\)](https://mundoeducacao.uol.com.br/politica/sufragio-feminino.htm#:~:text=O%20movimento%20sufragista%20foi%20um,direito%20ao%20sufr%C3%A1gio%20(voto)). Acesso em: 01 de dezembro de 2020.

SANTIAGO, Emerson. Código Napoleônico. **Infoescola: Navegando e Aprendendo**. Disponível em: <https://www.infoescola.com/direito/codigo-napoleonico/>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

SANTIAGO, Rosilene Almeida; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. A Violência Contra a Mulher: Antecedentes Históricos. **Repositório Institucional: Universidade Federal da Bahia**, Bahia. Disponível em: <file:///C:/Users/familia%20brunetto/Desktop/313-991-1-PB.PDF>. Acesso em: 11 de novembro de 2020.

Twitter ganha ferramenta de combate e prevenção à violência contra a mulher. **Governo Federal**, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/julho/twitter-ganha-ferramenta-de-combate-e-prevencao-a-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em 04/12/2020.

O TRABALHO DO APENADO E A (DES)MARGINALIZAÇÃO DO DIREITO LABORAL

Graziela Minas Alberti¹

Maria Angélica Dal Conte Tonial²

INTRODUÇÃO

Uma vez concedido ao preso o status da relação de emprego, esse tipo de trabalho prisional caracteriza-se por trabalhadores condenados a pena privativa de liberdade gerenciada por terceiros. Mesmo que este indivíduo se encontre preso sob a administração do Estado, a mão de obra prisional poderá ser utilizada por empresas de iniciativa privada.

É visto que tal trabalho proporcione inúmeras vantagens, como por exemplo, a diminuição do número de rebeliões e a fragilização no sistema prisional, além de ajudar a desafogar os presídios superlotados e diminuir a pena de muitos indivíduos.

Dentre as funções da pena, cabe ressaltar a ressocialização do delinquente por meio de sua interação com a sociedade. Não obstante, o preso passa a aprender um ofício, se qualifica e encontra-se apto a reingressar na sociedade, já que ao sair da prisão, terá maiores chances de conseguir um emprego. Considerando-se essa relação empregatícia, para o parceiro privado a contratação da mão de obra carcerária é vantajosa, uma vez que, ela torna-se mais barata do que a de um trabalhador livre, além de ficar isento de certos encargos trabalhistas.

A inserção de presos no mercado de trabalho possibilita a ressocialização de condenados com efeitos sobre a redução da reincidência criminal, fora os benefícios financeiros oriundos da contratação. Frente a esse cenário, a inserção de presos no mercado de trabalho é avaliada positivamente, pois proporciona vantagens individuais e profissionais a esse indivíduo, além de favorecer as empresas de iniciativa privada. Uma vez que o indivíduo desenvolve algum tipo de atividade empregatícia, estará contribuindo para sua inserção na sociedade.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS

Em virtude da necessidade da existência de meios de controle social em todas as épocas e culturas da humanidade, a pena foi criada pelo homem como solução para corrigir e regular as consequências individuais de seus atos, em face de alguma infração cometida³.

Assim, “ainda hoje, existem várias teorias que visam a explicar as razões pelas quais o Estado não só pode como deve punir os indivíduos que infringem as normas penais”⁴. Neste contexto, percuciente para

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo e em Letras. Especialista em Mídias em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e em Língua Portuguesa pela Universidade de Passo Fundo.

² Doutoranda em Direito

³ OLIVEIRA, Alice dos Santos; FREIRE, Fábila Carolyne da Silva; COSTA, Maria de Fátima Ferreira. Evolução histórica das penas: dos espetáculos punitivos à alternativa ressocializadora. **JusBrasil, 2016.** Disponível em: <https://aliceoliveira1.jusbrasil.com.br/artigos/347455966/evolucao-historica-das-penas>. Acesso em: 09 out. 2019. s/p.

⁴ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal: parte geral.** 2. ed. Barueri: Manole, 2015. p. 2.

que se possa compreender o esboço histórico e as mudanças implementadas no sistema penal, tendo em vista a necessidade social de reparação para quem

A reformulação da pena sustentou-se neste largo período de vida da humanidade, como uma coluna que matinha freios e contrapesos ao delito e ao criminoso, a vítima e ao controle social. Sem essa garantia de reparação, a sociedade não resistiria, seria anárquica e colheria o seu fim. Tais considerações buscam explicitar a constante necessidade social pela existência de sanções penais em todos os períodos da humanidade, junto a sua função social como principal percussora do Direito Penal⁵.

Segundo os autores acima citados, a evolução histórica das penas compreendeu os seguintes períodos: a) Idade Antiga: as normas eram regidas através do costume, que possuía forte influência da crença religiosa, onde cada comunidade tinha normas de comportamento diferentes. Nesse período predominava a pena da vingança; b) Idade Média: aqui o Direito Canônico possuía cada vez mais poder, suas decisões eram executadas em tribunais civis, influenciando fortemente a legislação penal ao introduzir as primeiras noções de privação da liberdade como forma de punição; c) Idade Moderna e Idade Contemporânea: a partir do fim da idade média e com o começo do século XIX surgiu a fase da humanização da pena ou fase humanística. Esse período caracterizava-se por um maior afrouxamento no ato de se punir, com aplicações de sanções penais mais suaves, com mais respeito e humanidade, além de menor sofrimento; d) Dias atuais: a atual realidade contempla uma verdadeira crise no sistema penitenciário brasileiro, especialmente pela superlotação nos presídios. Devido a este nível de lotação, as penitenciárias passam a reunir criminosos que fizeram coisas diferentes, onde um acaba ensinando ao outro a prática de seus atos.

Segundo Oliveira Filho⁶, como o poder judiciário ainda não havia se estruturado na alta Idade Média, conferia aos indivíduos e aos senhores soberanos a tarefa de resolver os litígios e proceder com a liquidação. Somente no final do século XII, a justiça passou a ser imposta do alto, onde uma ofensa a um indivíduo passou a ser considerada uma ofensa também ao Estado, a ordem, a lei e ao poder soberano, fazendo com que surgissem mecanismos de multas e confiscações.

A partir do final do século XVIII e início do século XX, o sistema teórico da lei penal passou a ter como princípio fundamental o crime, onde a infração era atrelada a ideia de violação a uma lei, devidamente formulada por um poder político. Também, a lei penal protegia o que era mais importante para a sociedade. Nesse período ocorreu o surgimento do Direito Penal moderno, o qual atribuía penas a crimes específicos com uma metodologia de aplicação da lei. Mais tarde com a reforma do sistema penal, passou-se a considerar criminoso aquele que rompe o pacto social, onde perpetuavam quatro tipos possíveis de punição: deportação, desprezo público, reparação forçada do dano e a pena de talião⁷.

Dentre os tipos de penas existentes e ocorridas no final do século XVIII, a que veio a tornar-se dominante até os dias atuais foi a pena privativa de liberdade. De acordo com Junqueira e Vanzolini⁸ as penas privativas de liberdade incidem sobre a liberdade ambulatoria do condenado, o qual perde o direito de ir, vir e permanecer, sendo que não terá direito a permanecer em estabelecimento próximo de sua residência ou de sua família, mesmo que isso seja interessante para a sua reintegração social.

⁵ OLIVEIRA, Alice dos Santos; FREIRE, Fábila Carolyne da Silva; COSTA, Maria de Fátima Ferreira. Evolução histórica das penas: dos espetáculos punitivos à alternativa ressocializadora. s/p.

⁶ OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes. A origem e história das penas: o surgimento da pena privativa de liberdade. **Âmbito Jurídico**, 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-origem-e-historia-das-penas-o-surgimento-da-pena-privativa-de-liberdade/>. Acesso em: 10 out. 2019. s/p.

⁷ OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes. A origem e história das penas: o surgimento da pena privativa de liberdade. s/p.

⁸ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**: Parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. s/p.

Dentre as penas privativas de liberdade previstas na legislação brasileira estão a reclusão, detenção e prisão simples. As penas de reclusão e detenção são praticamente idênticas, onde somente a prisão simples guarda alguma peculiaridade. A reclusão admite regime inicial fechado, a detenção não admite regime inicial fechado, e a prisão simples não admite regime fechado⁹.

Junqueira¹⁰ argumenta que o sistema jurídico penal se legitima e provoca a diminuição do arbítrio, cumprindo seu papel na garantia do indivíduo. Logo, sendo o Direito Penal um dos instrumentos de controle social disponível ao Estado, deve reduzir a violência social, tornando possível a vida em comunidade. Machado e Borges¹¹, expõem suas visões sobre as penas, ao refletirem que:

[...] pensamos na dificuldade de se afirmar claramente apenas uma finalidade para as penas, *uma vez que a violação à norma jurídica também se remete à sociedade e esta, preza por ver o delinquente pagando pelo delito cometido, não pendendo abandonar fielmente a natureza retributiva da pena. Mas, punir o indivíduo sem reeducá-lo ou ressocializá-lo, ideais esses ainda não eficazes por diversos fatores alheios a esse assunto, não seria eficiente, assim, nota-se que é preciso a punição justamente com o princípio educativo para uma eficaz recuperação do criminoso e juntamente a prevenção de novos delitos.*

Assim, necessário que se entenda o processo pelo qual a sociedade e o apenado adentram no momento em que o delito é cometido e os esforços para a ressocialização do mesmo.

2. O ANIMUS DA RESSOCIALIZAÇÃO

A temática da ressocialização é extremamente árdua, pois os contornos da violência adentram não somente as partes envolvidas, mas contaminam todo seu entorno e a sociedade de maneira indireta.

Segundo Barcinski, Cúnico e Brasil¹², a ressocialização pode ser entendida usualmente como “o resultado de esforços pessoais de redenção dos apenados, talvez seja a luta pela integração e não exclusão das pessoas que ainda vivem à margem da sociedade”. Pessoa¹³ reitera que “reintegrar um indivíduo a sociedade é fornecer ao infrator, condições para que ele consiga regenerar e, desta maneira, não voltar mais a cometer o mesmo crime ou outros”.

Resende¹⁴ assevera que a ressocialização é reestabelecer uma pessoa a convivência social através de políticas humanísticas, de modo a transformar sociável aquele que desviou por meio de condutas ilícitas. É importante pois, gera dignidade e um tratamento humanizado, mantendo a honra e autoestima do detento. Subjetivo a isso, a participação da sociedade na inclusão do condenado a convivência social é indubitável para que tal ressocialização supra efeitos positivos.

Não obstante, a tarefa de ressocialização também incumbe ao Estado. Destina-se a ele adotar

⁹ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. Manual de Direito Penal: Parte geral. 2019. s/p.

¹⁰ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri, SP: Manole, 2004. s/p.

¹¹ MACHADO, Bruna Nascimento; BORGES, Fábio Ruz. **As teorias da pena e sua evolução histórica**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56031/as-teorias-da-pena-e-sua-evolucao-historica>. Acesso em: 10 out. 2019. s/p.

¹² BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiana; BRASIL, Marina Valentim. Significados da ressocialização para agentes penitenciárias em uma prisão feminina: entre o cuidado e o controle. **Temas em Psicologia**, Ribeirão Preto, v. 25, n. 3, jul./set. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2358-18832017000301257. Acesso em: 24 out. 2019. p. 1268. s/p.

¹³ PESSOA, Helio Romão Rigaud. Ressocialização e reinserção social. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <https://heliorigaud.jusbrasil.com.br/artigos/201967069/ressocializacao-e-reinsercao-social>. Acesso em: 24 out. 2019. s/p.

¹⁴ RESENDE, Gabriela Samara. O sistema penitenciário e a ressocialização do apenado. **Jus.com**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68664/o-sistema-penitenciario-e-a-ressocializacao-do-apanado>. Acesso em: 24 out. 2019. s/p.

medidas educativas e ressocializadoras que tenham por objetivo oferecer aos presos orientações e condições humanizadas enquanto encarcerados, visto que de nada adianta somente enjaular, sem sequer oferecer condições para que estes indivíduos possam ser reintegrados ao meio social, de modo a diminuir os números de reincidência, além de reeducar o prisioneiro, seja através de capacitação profissional, educação, atendimento psicológico ou assistência social¹⁵. Nesse sentido, Ribas¹⁶ destaca a participação do Estado:

A ressocialização do apenado mais que uma garantia constitucional é dever do Estado no cumprimento da sua função social com o objetivo de impedir que indivíduo seja mero objeto de execução e se transforme em sujeito de direito, pois, mesmo diante das imperfeições e distorções derivadas de seu ato tem o direito de retornar ao convívio social e ter resgatada a sua personalidade e autoestima.

De acordo com o art. 1º da Lei de Execução Penal, “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”¹⁷. Posto isto, nota-se a dupla finalidade da execução penal, pois busca efetivar o que foi decidido criminalmente ao mesmo tempo em que propicia ao apenado condições efetivas para sua reinserção no meio social.

Modernamente, o esforço ressocializador somente é concebido como uma prerrogativa que se *torna acessível ao infrator, para que, livremente, ajude a si próprio, o que não libera a sociedade de sua obrigação para com ele, da mesma forma que este é responsável pelo bem-estar social*¹⁸.

A partir disso, Neto *et al.*¹⁹, declara os principais aspectos positivos da ressocialização, ao afirmar que a mesma vem com o intuito de trazer a dignidade do indivíduo, resgatar sua autoestima, trazer aconselhamentos e condições para o amadurecimento pessoal, proporcionando a efetivação de projetos que tragam proveito profissional e resgate dos direitos básicos do preso. No entanto, o principal aspecto negativo oriundo da falta de ressocialização é a reincidência. Tal fator é motivo pelo qual as pessoas entram nas prisões e advém de certas carências como a falta de uma moradia digna, deficiência na escolaridade, ausência de qualificação profissional ou ausência de caráter/personalidade. Desta forma, ao saírem da prisão, essas pessoas encontram as mesmas deficiências, o que causa a reincidência.

Comenta que o principal objetivo da ressocialização é a reabilitação dos ex-infratores para a vida social, reduzindo a reincidência. Uma vez que o indivíduo sai da prisão e não encontra formas de se sustentar, a probabilidade de ele reincidir é muito alta. Certas ações dão resultados imediatos, logo nos primeiros dias de libertação, tais como moradia, higiene e locomoção são essenciais para evitar a reincidência e favorecer a recuperação do ex-detento²⁰.

No Brasil, há muitas instituições que se dedicam exclusivamente à ressocialização desses ex-

¹⁵ PESSOA, Helio Romão Rigaud. Ressocialização e reinserção social. s/p.

¹⁶ RIBAS, Osni de Jesus Taborda. A relação entre as deficiências na ressocialização do preso e o papel da responsabilidade social das empresas. **Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-relacao-entre-as-deficiencias-na-ressocializacao-do-presos-e-o-papel-da-responsabilidade-social-das-empresas/>. Acesso em: 25 out. 2019. s/p.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 out. 2019. s/p.

¹⁸ BACCARINI, Sônia de Oliveira Santos. O sistema prisional e a ressocialização. **Saberes Interdisciplinares**, São João Del Rei, n. 10, p. 49-72, jul./dez., 2012. p. 69.

¹⁹ NETO, Manoel Valente Figueiredo. *et al.* A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas. **Âmbito Jurídico**, 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-ressocializacao-do-presos-na-realidade-brasileira-perspectivas-para-as-politicas-publicas/>. Acesso em: 25 out. 2019. s/p.

²⁰ SOARES, Samuel Silva Basilio. A execução penal e a ressocialização do preso. **Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-156/a-execucao-penal-e-a-ressocializacao-do-presos/>. Acesso em: 25 out. 2019. s/p.

detentos no trabalho. Na maioria dos casos, esse trabalho está concentrado nas necessidades básicas e imediatas daqueles que saem das prisões, tanto que há certas entidades que direcionam suas ações dentro dos presídios nos primeiros dias de libertação²¹. Este trabalho que não revela-se simples, mas extremamente árduo e complexo, exige esforços de todos os envolvidos, para que o intento seja alcançado.

3. O TRABALHO DO PRESO

O direito do trabalho e o direito ao trabalho são constitucionalmente assegurados a todos os brasileiros e estrangeiros que aqui residam e no presente trabalho, ênfase específica será dada ao trabalho do preso.

Cabral e Silva²² afirmam que o trabalho penal começou a ocorrer a partir do século XVI. Até o final do século XIX, o trabalhador presidiário não era visto como um sujeito de direitos, ao contrário, ele era obrigado a trabalhar em serviços rudes ou nocivos. Somente no final do século XIX e início do século XX que surgiram os direitos sociais, estabelecendo uma sociedade mais justa no que tange aos direitos trabalhistas.

O trabalho prisional constitui um direito e um dever do condenado na maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo atual²³. Esse tipo de trabalho não pode ser algo que gere dificuldade a pena, tampouco deve prejudicar o condenado. A principal função do trabalho prisional é a reinserção do condenado à sociedade, com o intuito de preparar esse indivíduo para uma profissão, contribuindo assim para a formação da personalidade do mesmo, além de permitir ao recluso dispor de algum dinheiro²⁴.

Neste sentido, “atualmente, a doutrina jurídica dominante concebe o trabalho do presidiário como uma forma de ressocialização, a qual somente pode ocorrer na medida em que forem concebidos ao preso trabalhador direitos semelhantes àqueles conferidos dos demais trabalhadores”²⁵. Nesse sentido, “deriva da Lei Maior que, na medida do possível, o Estado deva oferecer condições para que o presidiário trabalhe interna ou externamente”²⁶.

Importante destacar as palavras de Cabral e Silva²⁷, para quem

A realização de uma atividade por parte do trabalhador preso, desde que orientada de acordo com a sua aptidão e capacidade, propicia ao mesmo a sua valorização enquanto ser humano e a concretização de sua dignidade. Além disso, tal atividade possibilita que o detento se prepare para a sua vida futura fora do estabelecimento penitenciário, como cidadão capaz de colaborar com a sociedade da qual foi retirado.

Martinez²⁸ comenta a respeito das tarefas a serem executadas pelos presos, destacando: a) colônia

²¹ SOARES, Samuel Silva Basilio. A execução penal e a ressocialização do preso. s/p.

²² CABRAL, Luisa Rocha; SILVA, Juliana Leite. O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, n. 1, p. 157-184, 2010. Disponível em: <https://revistadoaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/277/274>. Acesso em: 28 nov. 2019.

²³ CABRAL, Luisa Rocha; SILVA, Juliana Leite. O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil. p. 159.

²⁴ CHAVES, Vanessa Afonso. O trabalho do preso na execução penal. **Âmbito Jurídico**, 2004. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-trabalho-do-preso-na-execucao-penal/>. Acesso em: 28 nov. 2019. s/p.

²⁵ CABRAL, Luisa Rocha; SILVA, Juliana Leite. O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil. p. 158.

²⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Direito de trabalhar dos presos. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 6, n. 60, p. 27-30, 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/110419>. Acesso em: 28 nov. 2019. p. 27.

²⁷ CABRAL, Luisa Rocha; SILVA, Juliana Leite. O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil. p. 160.

²⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Direito de trabalhar dos presos. p. 29.

agrícola: o preso cumprindo pena neste ambiente, ocupa-se com o trabalho relacionado a agricultura, pecuária, plantações e criações de animais; b) trabalhos artísticos: indivíduos voltados às artes, tem permissão para gravar músicas em discos, escrever livros, etc., sempre mediante a permissão das condições carcerárias. Este tipo de trabalho é uma forma de manter o condenado educado; c) Idosos: o trabalho indicado sempre será compatível com a idade avançada de indivíduos idosos recolhidos à prisão; d) Doentes e deficientes: estes podem exercer atividades apropriadas, conforme seu estado e condições de saúde.

Neste sentido, destacando a importância de se implementar condições para que os apenados possam desenvolver suas atividades, Rossini²⁹ destaca

O trabalho prisional além de ser um importante mecanismo ressocializador, evita os efeitos corruptos do ócio, contribui para a formação da personalidade do indivíduo, permite ao recluso dispor de algum dinheiro para ajudar na sobrevivência de sua família e de suas necessidades, e dá ao detento uma maior oportunidade de ganhar sua vida de forma digna após adquirir liberdade.

Machado Júnior³⁰ discorre que ainda se necessita de um melhor aproveitamento da mão de obra carcerária, pois os há muitos presídios que pouco promovem a ressocialização, servindo quase sempre como um meio para a “profissionalização” criminal. O trabalho exercido pelo preso é um fator de valorização pessoal, pois o tira de ser inútil à sociedade, facilitando a forma de se reingressar ao meio social. Não obstante, o trabalho do preso também propicia a redução de custos ao Estado para a manutenção dos estabelecimentos prisionais. Ainda, esse trabalho poderá gerar um vínculo empregatício. Ou seja, argumentos positivos não faltam para que o trabalho seja encarado como medida positiva e necessária para o desenvolvimento e ressocialização dos apenados.

4. ESTUDO DE CASO APACS

Para compreender um pouco melhor as ações que estão sendo realizadas no estado do Rio Grande do Sul, eu que versam sobre propostas efetivas de ressocialização dos apenados, em especial pelo trabalho, passa-se agora a relatar o caso das APACs.

Para iniciar, APAC, significa Associação de Assistência aos Condenados, e configura-se como uma entidade juridicamente constituída, com personalidade jurídica própria, e que dedica-se ao processo de recuperação e reintegração social daquelas pessoas que por terem cometido um delito foram privadas de sua liberdade.

Neste sentido o Tribunal de Minas Gerais, traz uma conceituação de que define, com precisão os objetivos a serem alcançados com a instalação e fomentação das APACs “o objetivo da APAC é promover a humanização das prisões, sem perder de vista a finalidade punitiva da pena. Seu propósito é evitar a reincidência no crime e oferecer alternativas para o condenado se recuperar”³¹.

Importante que se destaque, que o no Brasil a história que envolve esta tipo de processo humanizado de execução de pena e relativamente novo, pois são mais de 150 unidades, eis que “o Brasil, há experiências com o método APAC desde os anos 1970, quando a primeira associação surgiu em São José

²⁹ ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso. **Jus.com**, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33578/o-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>. Acesso em: 24 out. 2019. s/p.

³⁰ MACHADO JÚNIOR, João Batista. O trabalho do preso como fator de ressocialização e a natureza jurídica. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 6, n. 60, p. 7-12, 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/110416>. Acesso em: 28 nov. 2019.

³¹ TJMT. **O que é APAC**. s/d. Disponível em: www.tjmt.jus.br. Acesso em: 04 dez. 2020. s/p.

dos Campos, em São Paulo”³², ou seja, ainda há muito que evoluir e repensar.

O ciclo interruptivo da violência precisa ter um fim, assim, buscar novas alternativas para que os apenados possam repensar seus atos se torna extremamente significativo, para que o ciclo possa ser encerrado. No nosso país, existem problemas sérios no tocante ao encarceramento, pois “teve um aumento na população carcerária de 267,32% nos últimos quatorze anos é o quarto país que mais prende no mundo”³³.

Além do que, o sistema penitenciário tradicional, não mais comporta esse excesso, visto que “Hoje, já são mais de 600 mil detentos no país, mais de meio milhão, para um número de vagas no sistema penitenciário que não comporta esse volume”³⁴.

Neste cenário afiguram-se como auxiliares e do Poder Judiciário, assim como, grande aliada ao Poder Executivo, visto que estas atividades (atribuição dos poderes constituídos) são muito caras ao Estado, além de demandarem, muita força de trabalho. Neste sentido a execução da pena e o auxílio necessário na administração do cumprimento das penas privativas de liberdade poderão ser amenizadas com a efetiva implantação das APACs nas cidades com demanda penitenciária alta. Assim “elas operam como parceiras dos poderes Judiciário e Executivo na execução penal e na administração das penas privativas de liberdade, nos regimes fechado, semiaberto e aberto”³⁵.

Neste singelo e árduo processo de execução da pena, aliado a necessidade de recuperação daquele que cometeu a infração, ainda existe o espaço adequado para a proteção social e promoção da justiça restaurativa.

Assim justiça restaurativa afigura-se como “uma nova maneira de abordar a justiça penal, que enfoca a reparação dos danos causados às pessoas e relacionamentos, ao invés de punir os transgressores”³⁶. Além do que “justiça restaurativa é conseguida idealmente através de um processo cooperativo que envolve todas as partes interessadas principais na determinação da melhor solução para reparar o dano causado pela transgressão”³⁷. Assim Rolim

Antes da ‘Justiça Pública’, não teria existido tão somente a ‘Justiça Privada’, mas, mais amplamente, práticas de justiça estabelecidas consensualmente nas comunidades e que operavam através de processos de mediação e negociação, ao invés da imposição pura e simples de regras abstratas. O movimento da Justiça Comunitária em direção a um sistema público de Justiça Retributiva pôde ser observado na Europa ocidental a partir dos séculos XI e XII com a revalorização da

Lei Romana e com o estabelecimento, por parte da Igreja Católica, da Lei Canônica. Comunitária em direção a um sistema público de Justiça Retributiva pôde ser observado na Europa ocidental a partir

³² APAC PORTO ALEGRE-PARTENON. **Quem somos**. s/d. Disponível em: <https://www.apacpartenon.com/quem-somos>. Acesso em: 04 dez. 2020. s/p.

³³ APAC PORTO ALEGRE-PARTENON. s/p.

³⁴ APAC PORTO ALEGRE-PARTENON. s/p.

³⁵ TJMT. O que é APAC. s/p.

³⁶ MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em busca de um paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa. In: CONGRESSO MUNDIAL DE CRIMINOLOGIA, 13., 2003, Rio de Janeiro. **Anais eletrônicos...** Rio de Janeiro, Brasil, 2003. Disponível em: http://www.restorativepractices.org/library/paradigm_port.html#top. Acesso em: 10 out. 2007. s/p.

³⁷ MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em busca de um paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa. s/p.

dos séculos XI e XII com a revalorização da Lei Romana e com o estabelecimento, por parte da Igreja Católica, da Lei Canônica³⁸.

Pois a humanização do processo de encarceramento deve ser aliado a necessária reflexão sobre o ato cometido. Com o devido processo reflexivo, a possibilidade de se recentrar o escopo da vida e evitar a reincidência, torna-se mais efetivo. Pois a principal diferença com o sistema carcerário, segundo o Tribunal de Minas Gerais

A principal diferença entre a APAC e o sistema carcerário comum é que, na APAC, os presos (chamados de recuperando pelo método) são co-responsáveis pela recuperação deles, além de receberem assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica prestadas pela comunidade. A segurança e a disciplina são feitas com a colaboração dos recuperandos, tendo como suporte funcionários, voluntários e diretores das entidades, sem a presença de policiais e agentes penitenciários³⁹.

Para que se alcance o intento pretendido a APAC se dá pela composição de doze elementos 1. Participação da Comunidade; 2. Recuperando ajudando Recuperando; 3. Trabalho; 4. Espiritualidade; 5. Assistência jurídica; 6. Assistência à saúde; 7. Valorização Humana; 8. Família; 9. O Voluntário e o curso para sua formação; 10. Centro de Reintegração Social – CRS; 11. Mérito; 12. Jornada de Libertação com Cristo⁴⁰.

Importante destacar que os presos no momento em que adentram neste processo de cumprimento de pena humanizada, passam a ser denominados de “recuperandos” – desde a forma como são tratados, já destaca-se a idéia de que os mesmos são responsáveis por suas condutas e principalmente – pela conscientização de seus atos passados e tomada de atitude para uma vida futura digna, abandonando velhos vícios . Assim “O trabalho da APAC segue um método de valorização humana, vinculada à espiritualidade, para oferecer ao condenado condições de recuperar-se.”⁴¹.

Não apenas a nomenclatura é um diferencial, mas toda a forma de condução do processo de execução da pena passa por diferenciais. Sem a presença daquele aparato repressivo e temeroso que ronda os presídios, mas sim, composto por pessoas que acreditam no processo de recuperação e que desejam ver aqueles que erraram num novo rumo, a rotina passa por regras rígidas de disciplina e sempre acompanhados por assistência psicológica e espiritual, sem obrigá-los a qualquer credo ou religião.

Destaca-se também, a devida importância dada aos laços e vínculos familiares, pois entende-se que a família, neste contexto, é fundamental para que o recuperando possa, após cumpridos seus débitos com o estado, retornar ao seio familiar e conseqüentemente a comunidade em que vive e ela possa restabelecer seus laços e vínculos.

A rotina é bem diferenciada de um presídio comum “APAC conta com uma rotina diária que inicia às 6 da manhã e termina às 10 da noite. Durante o dia todos trabalham, estudam e se profissionalizam, evitando a todo custo a ociosidade”⁴². Assim

³⁸ ROLIM, Marcos. *Justiça Restaurativa: Para Além da Punição*. In: ROLIM, Marcos. **A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. Disponível em: http://www.comunidadessegura.org/files/active/0/Marcos_Rolim_Justica_Restaurativa.pdf. Acesso em: 10 out. 2007. s/p.

³⁹ Dados apresentados na ‘Cartilha NOVOS RUMOS NA EXECUÇÃO PENAL’. Projeto do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, lançado em dezembro de 2001.

⁴⁰ Dados apresentados na ‘Cartilha NOVOS RUMOS NA EXECUÇÃO PENAL’. Projeto do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, lançado em dezembro de 2001.

⁴¹ APAC PORTO ALEGRE-PARTENON. s/p.

⁴² FBAC. **A APAC: O que é?** s/d. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/como-fazer/apac-o-que-e>. Acesso em: 04 dez. 2020. s/p.

Além de frequentarem cursos supletivos e profissionais, os apenados executam várias atividades, evitando a ociosidade. A metodologia APAC fundamenta-se no estabelecimento de disciplina rígida, caracterizada por respeito, ordem, trabalho e o envolvimento da família do condenado. A valorização do ser humano e da sua capacidade de recuperação é também importante diferencial do método⁴³.

Espera-se com a implementação das APACs à diminuição de custos do Estado com o processo de ressocialização, bem como, com a formação de um processo humanizado de reconstrução e ressocialização do recuperando, menos violência e assim, rebeliões inexistentes, assim como, a baixa reincidência. Assim “O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) estima em 15% a reincidência entre os egressos de unidades que adotam esse modelo, chamado Apac, e em 70% entre os demais”⁴⁴.

Segundos dados apropriados, nos idos de 2009, cabe relatar que o custo de cada preso para o Estado corresponde a quatro salários mínimos enquanto na APAC a um salário e meio; bem como, o índice nacional de pessoas que voltam a praticar crimes é, aproximadamente, de 85% e na APAC corresponde a 8,62%⁴⁵. Ainda, extrema gravidade quando se constata que

O resultado é um índice de reincidência de 75%. Ou seja, de cada 100 presos do sistema convencional, 75 deles voltam a cometer um crime. Esse é um dado alarmante que mostra o quanto as políticas prisionais e de segurança pública vem sendo ineficazes na tarefa de punir os condenados, de prevenir e evitar que essas pessoas voltem a praticar crimes⁴⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, buscou-se realizar uma análise acerca do trabalho do preso e das implantações das APACs no Brasil. Dessa forma, a partir dos conceitos expostos, foi possível constatar que, ao longo dos anos, o contexto das penas passou por variadas mudanças, compreendendo os períodos da Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna e Idade Contemporânea até chegar aos dias atuais. Observou-se que, no início, as penas eram regidas por cada comunidade/grupo de pessoas e, hoje, a realidade que mais se observa é a superlotação de inúmeros presídios. Além disso, ressaltou-se que dentre os tipos de penas existentes, a pena privativa de liberdade foi o tipo de pena que ainda predomina até os dias de hoje. Acerca da temática da ressocialização, convém ressaltar que esta pôde ser compreendida como o esforço pessoal de redenção dos apenados pela sua integração e não exclusão diante da sociedade. Ficou evidente ainda que, essa também é uma tarefa que incumbe ao Estado, devendo este adotar medidas educativas e ressocializadoras, com o intuito de oferecer condições mais humanizadas aos encarcerados.

Não obstante, pertinente ao trabalho do preso, constatou-se que esse tipo de trabalho não pode ser algo que gere qualquer tipo de dificuldade a pena, tampouco deve ser algo que possa prejudicar o condenado. À vista disso, ficou notório que o trabalho do preso deve somente promover a reinserção do condenado à sociedade, além de proporcionar-lhe algum ganho financeiro.

Contudo, considerando-se o estudo de caso APACs, compreendeu-se a sua importância ao processo de recuperação e reintegração social dos presos. Desta forma, torna-se possível oferecer novas alternativas para que os apenados possam repensar seus atos e adotar uma nova postura, uma nova conduta.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

⁴³ APAC PORTO ALEGRE-PARTENON. s/p.

⁴⁴ TJMT. O que é APAC. s/p.

⁴⁵ Dados colhidos no site www.apacitauna.com.br.

⁴⁶ APAC PORTO ALEGRE-PARTENON. s/p.

APAC PORTO ALEGRE-PARTENON. **Quem somos.** s/d. Disponível em: <https://www.apacpartenon.com/quem-somos>. Acesso em: 04 dez. 2020.

BACCARINI, Sônia de Oliveira Santos. O sistema prisional e a ressocialização. **Saberes Interdisciplinares**, São João Del Rei, n. 10, p. 49-72, jul./dez., 2012.

BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiana; BRASIL, Marina Valentim. Significados da ressocialização para agentes penitenciárias em uma prisão feminina: entre o cuidado e o controle. **Temas em Psicologia**, Ribeirão Preto, v. 25, n. 3, jul./set. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2358-18832017000301257. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 out. 2019.

CABRAL, Luisa Rocha; SILVA, Juliana Leite. O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, n. 1, p. 157-184, 2010. Disponível em: <https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/277/274>. Acesso em: 28 nov. 2019.

CHAVES, Vanessa Afonso. O trabalho do preso na execução penal. **Âmbito Jurídico**, 2004. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-trabalho-do-preso-na-execucao-penal/>. Acesso em: 28 nov. 2019.

FBAC. **A APAC: O que é?** s/d. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/como-fazer/apac-o-que-e>. Acesso em: 04 dez. 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena.** Barueri, SP: Manole, 2004.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal: Parte geral.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MACHADO JÚNIOR, João Batista. O trabalho do preso como fator de ressocialização e a natureza jurídica. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 6, n. 60, p. 7-12, 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/110416>. Acesso em: 28 nov. 2019.

MACHADO, Bruna Nascimento; BORGES, Fábio Ruz. **As teorias da pena e sua evolução histórica.** 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56031/as-teorias-da-pena-e-sua-evolucao-historica>. Acesso em: 10 out. 2019.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Direito de trabalhar dos presos. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 6, n. 60, p. 27-30, 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/110419>. Acesso em: 28 nov. 2019.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em busca de um paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa. *In*: CONGRESSO MUNDIAL DE CRIMINOLOGIA, 13., 2003. Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro, Brasil, 2003. Disponível em: http://www.restorativepractices.org/library/paradigm_port.html#top. Acesso em: 10 out. 2007.

NETO, Manoel Valente Figueiredo. *et al.* A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas. **Âmbito Jurídico**, 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-ressocializacao-do-preso-na-realidade-brasileira->

perspectivas-para-as-politicas-publicas/. Acesso em: 25 out. 2019.

OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes. A origem e história das penas: o surgimento da pena privativa de liberdade. **Âmbito Jurídico**, 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-origem-e-historia-das-penas-o-surgimento-da-pena-privativa-de-liberdade/>. Acesso em: 10 out. 2019.

OLIVEIRA, Alice dos Santos; FREIRE, Fábila Carolyne da Silva; COSTA, Maria de Fátima Ferreira. Evolução histórica das penas: dos espetáculos punitivos à alternativa ressocializadora. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://aliceoliveira1.jusbrasil.com.br/artigos/347455966/evolucao-historica-das-penas>. Acesso em: 09 out. 2019.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Barueri: Manole, 2015.

PESSOA, Helio Romão Rigaud. Ressocialização e reinserção social. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <https://heliorigaud.jusbrasil.com.br/artigos/201967069/ressocializacao-e-reinsercao-social>. Acesso em: 24 out. 2019.

RESENDE, Gabriela Samara. O sistema penitenciário e a ressocialização do apenado. **Jus.com**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68664/o-sistema-penitenciario-e-a-ressocializacao-do-apanado>. Acesso em: 24 out. 2019.

RIBAS, Osni de Jesus Taborda. A relação entre as deficiências na ressocialização do preso e o papel da responsabilidade social das empresas. **Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-relacao-entre-as-deficiencias-na-ressocializacao-do-preso-e-o-papel-da-responsabilidade-social-das-empresas/>. Acesso em: 25 out. 2019.

ROLIM, Marcos. Justiça Restaurativa: Para Além da Punição. *In*: ROLIM, Marcos. **A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. Disponível em: http://www.comunidadessegura.org/files/active/0/Marcos_Rolim_Justica_Restaurativa.pdf. Acesso em: 10 out. 2007.

ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso. **Jus.com**, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33578/o-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>. Acesso em: 24 out. 2019.

SOARES, Samuel Silva Basilio. A execução penal e a ressocialização do preso. **Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-156/a-execucao-penal-e-a-ressocializacao-do-preso/>. Acesso em: 25 out. 2019.

TJMT. **O que é APAC**. s/d. Disponível em: www.tjmt.jus.br. Acesso em: 04 dez. 2020.

A IMPORTÂNCIA DAS LEIS ORGÂNICAS MUNICIPAIS NO COMBATE À HOMOFOBIA

Danubia Desordi¹

Mônica Giusti Rigo²

INTRODUÇÃO

A liberdade de orientação sexual figura entre os direitos fundamentais, guardando estrita relação com os princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. O direito à sexualidade, e orientação sexual, integra a condição humana. Não há indivíduo que possa realizar-se sem sua sexualidade, seja ele heterossexual, homossexual ou bissexual. O direito a igualdade não depende de sua orientação sexual. Este direito deve existir perante e para todas as pessoas. Assim, a lei protege qualquer pessoa de preconceitos, de qualquer natureza, sendo todos iguais em direitos e deveres.

O desenvolvimento do estudo dá-se a partir da análise da evolução histórica da humanidade, com seus aspectos sócio-políticos e culturais em relação a homossexualidade, e o modo como se deu o surgimento da homofobia, bem como de casos que ocorreram no Brasil.

Por meio deste exame, objetiva-se sopesar o contexto social atual, bem como a verificação do direito a orientação sexual como Direito Humano, dando ênfase ao papel dos entes federados enquanto garantidores da eficácia desse direito, considerando o modelo de federação em três níveis, inaugurado pela Constituição Federal de 1988.

A partir do momento que o Município passou à condição de ente federado e, com isso, adquiriu autonomia, sua responsabilidade quanto a eficácia dos direitos fundamentais aumentou. A possibilidade de editar a sua própria Lei Orgânica, norma fundamental que regula a vida social e política da sociedade, confere aos Município o poder-dever de prever garantias atinentes aos direitos fundamentais, naquela em que é considerada pela doutrina como a “Constituição do Município”, a fim de prevenir e assegurar a preservação de direitos básicos, principalmente para a parcela de munícipes que se encontra em situação de vulnerabilidade social e exposto a preconceitos de todos os gêneros, categoria em que se inclui a comunidade LGBTQ+, alvo constante de ataques homofóbicos.

Sobre os aspectos metodológicos, o estudo foi realizado através de pesquisa bibliográfica básica, a partir do exame da doutrina jurídica e de artigos publicados acerca do tema. O método utilizado é o hipotético-dedutivo. O principal objetivo do artigo consiste em verificar a importância do Município na eficácia do direito à liberdade de orientação sexual, notadamente quanto a previsão de garantias relativas a esse direito fundamental em sua Lei Orgânica.

¹ Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito Público pela Universidade do Norte do Paraná e pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Especialista em Gestão Pública pelo Centro Universitário IDEAU. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade São Vicente. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada. Professora do Centro Universitário IDEAU. E-mail: danubiadesordi@hotmail.com.

² Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Docência em Ensino Superior pela Faculdade Anhanguera. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional. Professora do Centro Universitário IDEAU. E-mail: adv.monicagiustirigo@gmail.com.

1. A LIBERDADE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO DIREITO HUMANO

A liberdade de orientação sexual guarda estrita relação com os princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. A palavra igualdade, no seu sentido político, pode ser afirmada, “quer de certas características pessoais, quer de distribuição feita por alguém pelo menos entre outros dois, quer de normas que estabelecem como tal distribuição há de ser efetuada”³. Segundo Schäfer⁴:

Encontra-se no princípio da igualdade, uma das ideias principais do constitucionalismo moderno, a fonte primária legitimadora das restrições aos direitos fundamentais, uma vez que a convivência harmônica de diversas posições individuais e coletivas, inarredável em uma sociedade democrática, pressupõe o gozo racional impeditivo do aniquilamento dos direitos a cada um assegurados. O princípio da igualdade reclama a ideia de responsabilidade social e integrativa dos titulares de direitos. Todos os direitos constitucionais devem ser exercidos tendo-se por parâmetro delimitador o princípio da igualdade.

Assim, todos os princípios constitucionais se baseiam no princípio da igualdade, que determina que todos devem ser tratados iguais perante a lei. Porém, para que haja tal igualdade, deve haver o balanceamento entre os desiguais, proporcionalmente, nivelando as diferenças, para que, assim, se tornem iguais.

A igualdade deve ser analisada sobre dois aspectos: na lei e perante a lei. A igualdade na lei, diz respeito a que o legislador, enquanto criador da lei, não poderá realizar atos discriminadores, que provoquem a desigualdade. Já a igualdade perante a lei, se refere a lei já elaborada, e o tratamento que é realizado, não podendo ser aplicada de maneira optativa ou discriminatória.

Já o princípio da liberdade, inserido implicitamente por meio do princípio da liberdade, e de maneira explícita nos incisos e “caput” do artigo 5º, comumente está sendo “vedado” de maneira tácita pela sociedade. Isto acontece quando um indivíduo se vê recluso em princípios tradicionais, que não respeitam a liberdade de escolha do parceiro afetivo. Na medida em que uma pessoa escolhe outra do mesmo sexo para se relacionar, passa a ser visto por parte população como estranho ou diferente, e por assim ser, nega-se a ele a titularidade dos direitos fundamentais.

Deste modo, se tem uma reclusão devido a exclusão do convívio habitual do indivíduo perante a sociedade. Todo este processo de exclusão ocorre de maneira velada. Assim sendo, a população homossexual se vê obrigada a viver isolada, recolhida em áreas escondidas da sociedade.

Já o princípio da dignidade da pessoa humana está descrito no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 como sendo um de seus fundamentos. Tal princípio pode ser definido como aquele que diz que o homem como ser autônomo, racional, diferenciando-se dos outros seres vivos existentes, merece respeito por assim ser, não devendo ser um meio, mais um fim em si mesmo.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem como centro os princípios da igualdade e da liberdade, e como tais princípios, supra citados, qualquer discriminação a pessoa devido a sua sexualidade seria discriminatória, e explicitamente vedada pela Constituição Federal.

A liberdade de orientação sexual é um direito humano, inserido diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana, pois somente através da verdadeira liberdade o indivíduo poderá ser respeitado e valorizado perante a sociedade. A dignidade da pessoa humana diz respeito ao ser humano ser

³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12.ed. Brasília: UnB, 2004. p. 597.

⁴ SCHÄFEN, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais: proteções e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 67. p. 67.

dotado de autonomia de sua vontade e, se assim desejar, agir de acordo com ela. Somente será protegida de maneira plena a dignidade da pessoa humana, se todas as pessoas puderem optar, de forma livre, pelo seu parceiro sexual, seja ele homem ou mulher.

A Constituição Federal, em especial no artigo 5º, *caput*, protege proteção, ainda que implicitamente, a liberdade de orientação sexual. Os direitos humanos surgem e são implementados nas constituições pelas nações soberanas, sejam através de lutas e de movimentos que envolveram nações, como a Revolução Francesa, sejam pela busca e movimentação de pequenos grupos sociais, como a implementação do Sistema Único de Saúde no Brasil – SUS, no Brasil, nos anos de 1986 e 1987.

O Constituinte de 1988 objetivou abranger todos os tipos de discriminação, incluindo a de orientação sexual. Não poder-se-ia então tolher o direito de uma pessoa escolher com quem gostaria de relacionar-se afetuosamente, sob pena de se estar ferindo um dos preceitos básicos existentes na Constituição Federal, a igualdade.

Os direitos humanos contidos nas diversas Declarações Internacionais, não são direitos da época, mas direitos históricos. Estes direitos foram concebidos frente aos problemas existentes, à época de seu reconhecimento, tomados de notoriedade e clamor social.

Frente a isto, o que se percebe é que o ser humano, em cada uma de suas diferenciações e singularidades, que lhes tornam único, deve ser respeitado pela sociedade. Isto deve ocorrer, não apenas enquanto direitos reconhecidos e positivados de maneira explícita, mas, em verdade, deve ser considerada a sua construção histórica.

Em um Estado, dito laico, não podem ocorrer violações ao direito de orientação sexual, sendo isto “dito em nome” da moral. Ao fazer isto, está se violando um dos primeiros direitos fundamentais evocados historicamente: a liberdade. Enquanto direito à liberdade, não se pode falar somente em liberdade do Estado não intervir na maneira das pessoas escolherem seu bem viver, mas também, do próprio povo vedar ilegalmente a liberdade de outrem, com o fito, unicamente, de “preconceituá-lo” em razão de sua sexualidade.

Nesse sentido, deve-se observar as diferenças do grupo, hoje discriminado, composto pelos homossexuais, em seus mais diferentes padrões, sejam lésbicas, gays, transexuais ou travestis. Independente de sua aparência física, todos são titulares de direitos. Pelo simples fato de serem humanos, devem ter seus direitos respeitados, não somente em relação Estado, mas, também, devem ser respeitados pelas pessoas da população em geral.

A comunidade LGBTQ+ faz parte da parcela da população mais vulnerável, que precisa do amparo estatal para ver seus direitos garantidos e efetivados. O Brasil, desde a Constituição Federal de 1988, organiza-se em um modelo federativo de três níveis, composto pela União, Estados e Municípios, sendo que todos os entes gozam de autonomia para editar suas normas, merecendo especial destaque a autonomia legislativa municipal, já que a federação brasileira é a única a incluir o ente local entre os seus entes integrantes.

2. A GARANTIA DA LIBERDADE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL NAS LEIS ORGÂNICAS MUNICIPAIS

O poder estatal, em relação a sua distribuição territorial e geográfica, pode ser classificado como Estado Unitário e Estado Federal. O Brasil adota o modelo do Estado Federal, sendo composto pela União, Estados Membros, e Municípios.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os Municípios, que passaram a fazer parte da federação, conquistaram autonomia financeira, política e administrativa. Ou seja, “ao mesmo tempo em

que se procedeu ao reconhecimento da autonomia municipal, foi-lhe conferido o poder de se auto-organizar mediante documentos próprios”⁵.

Assim, o poder local dos municípios se justifica em razão de sua responsabilidade na execução de políticas públicas apropriadas a melhoria na qualidade de vida. O poder local pode ser entendido como um espaço eficaz de manifestação dos interesses da sociedade e de produção de mecanismos de regulação de controle social, legitimados pela participação da população⁶.

O fortalecimento do poder local justamente no contexto da globalização, constitui uma estratégia da cidadania, de manutenção do controle social sobre as decisões públicas e de alternativa para a concretização dos princípios constitucionais⁷.

A proximidade fática com o cidadão e a possibilidade de editar um ordenamento jurídico próprio, faz do Município o ente federado que melhor condições possui para averiguar as reais necessidades da população, principalmente aquela parcela que está a margem da sociedade, e regulamentar a garantia e eficácia dos direitos básicos para essa camada social.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao conferir ao ente municipal a qualidade de ente integrante da federação brasileira e, por conseguinte, outorga-lhe competência para a elaboração de sua própria lei orgânica, conforme prevê o seu artigo 29⁸. Anteriormente, a edição do principal documento municipal era atribuição das Assembleias Legislativas dos Estados Membros.

Significa dizer que, na verdade, o Município encontra-se investido em um poder-dever de criar seu documento básico, não havendo que se falar em mera faculdade ou discricionariedade⁹. É no bojo da Lei Orgânica que se estabelecem as diretrizes básicas da organização política do Município e os princípios retores da Administração Pública local, sendo, portanto, o fundamento de validade de todas as demais normas editadas no âmbito territorial local.

Desta maneira, cumpre à Lei Orgânica discriminar as matérias de interesse local, de competência exclusiva dos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal, em consonância com os preceitos estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição do Estado-Membro, do qual pertence a comuna.

Importa referir, no que diz respeito ao interesse local, nota-se que a expressão se reveste de indeterminação, vagueza e fluidez, o que faz com que possa ser incluída dentre os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que são aqueles “[...] cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”¹⁰. Os conceitos jurídicos indeterminados possuem um núcleo conceitual, que seria aquela porção clara de conteúdo e de extensão de um conceito, e um halo conceitual, correspondente ao espaço onde há dúvidas quanto à aplicação e a extensão desse mesmo conceito¹¹. No caso do vocábulo “interesse local”, o núcleo conceitual refere-se à predominância do interesse municipal sobre o federal e o estadual. O halo conceitual, nesse caso, alude à aplicação da expressão ao caso concreto.

⁵ SANTANA, Jair Eduardo. **Competências legislativas municipais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 46.

⁶ HERMANY, Ricardo. **(Re)Discutindo o espaço local**: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: Ed. Universidade de Santa Cruz do Sul, 2007. p. 253.

⁷ HERMANY, Ricardo. **(Re)Discutindo o espaço local**: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: Ed. Universidade de Santa Cruz do Sul, 2007. p. 259.

⁸ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...].

⁹ SANTANA, Jair Eduardo. **Competências legislativas municipais**. p. 97.

¹⁰ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 208.

¹¹ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. p. 209.

A atribuição da preponderância de interesse municipal como núcleo conceitual do termo “interesse local” tem por base o critério utilizado pelo constituinte para repartição das competências constitucionais. Segundo Silva¹², o princípio norteador da divisão de competências entre os entes federativos é a predominância do interesse, segundo o qual caberão à União as matérias de predominante interesse nacional, federal; aos Estados tocarão as matérias em que o interesse regional encontrar preponderância; e aos Municípios competirão os assuntos em que predomine o interesse local.

Destaca-se que não se está falando de interesse privativo da municipalidade, ou dos seus municípios, mas da predominância do interesse municipal sobre o federal e o estadual. Destarte, tudo que, direta e imediatamente, influencia na vida municipal, é considerado interesse local, embora possa alcançar também, indireta e mediatamente ao Estado Membro e à União.

Como referido alhures, os Municípios possuem maiores condições de auferir as reais necessidades dos cidadãos e, como a Lei Orgânica constitui a base de regulação da vida social local, se mostra imprescindível a previsão de garantias atinentes aos direitos fundamentais, naquela em que é considerada a norma fundamental do ente municipal, a fim de prevenir e assegurar a preservação de direitos básicos, principalmente para a parcela de municípios que se encontra em situação de vulnerabilidade social e exposto a preconceitos de todos os gêneros, categoria em que se inclui a comunidade LGBTQ+, alvo constante de ataques homofóbicos.

Assim, tem-se que a Lei Orgânica dos Municípios precisa contemplar a igualdade, a liberdade e o respeito a todos os cidadãos, sem qualquer distinção, de modo a zelar para que todos os municípios usufruam de uma vida digna dentro do espaço local. É dizer, cumpre às municipalidades garantir a segurança para que cada ser humano possa exercer livremente as suas singularidades, obtendo o respeito e o reconhecimento da sociedade como um titular de direitos.

A norma fundamental dos Municípios exerce papel de total relevância como garantidora da eficácia dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere ao direito fundamental à liberdade de orientação sexual, já que serve de base e legitimação para todo o arcabouço legislativo local e para toda e qualquer política pública a ser implantada em âmbito local.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade de orientação sexual, ainda que não descrita explicitamente nos documentos internacionais de proteção ao homem, é indispensável para a concretização da dignidade da pessoa humana. A sexualidade de uma pessoa é inerente a esta, e ninguém poderá realizar-se, plenamente, se este “pedaço do seu ser” lhe for coibido, ou até mesmo vedado pela sociedade.

A Constituição Federal de 1988, em seu texto, procurou defender os brasileiros e estrangeiros que aqui vivem, protegendo-os em seu artigo 5º, de preconceitos de qualquer natureza. Mesmo assim, vê-se inúmeros casos em que indivíduos, motivados por ódio e preconceito, cometem crimes bárbaros contra os homossexuais. Em um Estado Democrático de Direito não pode haver tais violações, mesmo que estas sejam de cunho moral. Todas as pessoas que compõem a população do Brasil devem ser protegidas pelo Estado, de maneira a efetivarem-se os direitos contidos na Constituição Federal.

O direito de igualdade de tratamento ao homossexual vem sendo reconhecido, pouco a pouco, por vários estados e municípios do Brasil, demonstrando, deste modo, a busca da população, por meio de seus representantes, da proteção e validação do movimento homossexual. É imperativo que haja a libertação do grupo homossexual.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 482.

Quando foi reconhecido no primeiro documento estatal o direito à liberdade tinha o fito de impedir o Estado de interferir na liberdade do povo. Nos dias atuais o que se busca é uma liberdade de parte da população frente a totalidade desta. O direito à liberdade de ir e vir está sendo tolhido pelos inúmeros incidentes de violência. A liberdade deve ser preservada, seja ela a liberdade de locomoção, pessoal ou sexual.

Cumpra ao Estado, através de seus entes federados, garantir a eficácia dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, em especial aos que se encontram em situação de vulnerabilidade social, como é o caso dos integrantes da comunidade LGBTQ+. Nesse sentido, o Município, enquanto ente fisicamente próximo da população, exerce fundamental papel na eficácia dos direitos de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

As Leis Orgânicas municipais, enquanto normas reguladoras da vida social e política local, devem prever direitos e deveres que garantam o bem-estar da população, especialmente aquelas que vivem à margem da sociedade, garantindo o pleno desenvolvimento de todo e qualquer ser humano, independente das suas particularidades, assegurando a plena titularidade de direitos e deveres no espaço territorial em que ele efetivamente vive.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12 ed. : UNB, . volume 2

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERMANY, Ricardo. **(Re)Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch**. Santa Cruz do Sul: Ed. Universidade de Santa Cruz do Sul, 2007. p. 250-369

SANTANA, Jair Eduardo. **Competências legislativas municipais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 15-50.

SCHÄFEN, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais: proteções e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TRANSGÊNEROS, MERCADO DE TRABALHO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Suzane Sulenta¹

Valdemir José Debastiani²

Joana Silvia Mattia Debastiani³

INTRODUÇÃO

Os direitos concernentes à população transgênera no país ainda são poucos discutidos, principalmente pela forte discriminação presente em relação às possíveis formas de performar uma identidade de gênero no mundo. Mesmo no século XXI, ainda vive-se com as mesmas concepções sobre o que é ser homem e mulher dos séculos passados. Desde a mais tenra infância, quiçá antes de seu nascimento, o ser humano é definido pelos gêneros masculino ou feminino e sua identidade é concebida de acordo com as expectativas dos genitores e da sociedade cisheteronormativa que o forma (o prefixo “cis”, de origem latina, designa coisas que se mantêm, não têm mudanças de propriedade), o que segundo Foucault⁴, demonstra a intencionalidade de exercer um poder direto sobre corpos com algum tipo de controle.

Neste trabalho, pretende-se esboçar a respeito das implicações psicossociais que essa definição imposta de um gênero gera em indivíduos transgêneros, marcando, segundo Butler⁵, uma propensão ao desenvolvimento de uma melancolia de gênero, entre outros agravos, como o surgimento de patologias. Além disso, será discutido sobre as muitas dificuldades relacionadas a qualificação profissional e a entrada no mercado de trabalho formal, o que acaba deixando esses indivíduos muito mais propensos à vulnerabilidade social, à aquisição de doenças e ao sofrimento psíquico.

Renault e Rios⁶ afirmam que a discriminação, qualquer que seja a sua natureza, deve ser repudiada, inclusive e, principalmente, aquela que ocorre nas relações de trabalho, visto que priva a pessoa de direitos básicos que constituem um dos pilares para uma vida humana digna, criando dificuldades para a melhoria de sua condição e qualidade de vida.

Uma das formas de possibilitar o acesso ao trabalho é através da criação e implementação de

¹ Acadêmica do 6º Semestre em Psicologia, Universidade do Contestado-UnC - Campus Concórdia. E-mail: suzanesulenta@gmail.com.

² Doutorando em Educação na Univali. Taxista Capes. Pós-Graduando em Educação, Sociedade e Política. Mestre em Educação - URI Campus de Frederico Westphalen; graduado em Psicologia - URI Campus de Erechim; graduado em Teologia pelo Instituto de Teologia e Pastoral de Passo Fundo e graduado em Filosofia - URI Campus de Erechim. Professor na Universidade do Contestado - UnC, Campus de Concórdia - SC. E-mail vdebastiani@hotmail.com

³ Doutoranda em Direito na UCS. Bolsista CNPq. Integrante do grupo de pesquisas Metamorfose Jurídica. Mestra em Direito na Universidade de Passo Fundo - UPF com dupla titulação com o *Máster em Tecnologías e políticas públicas para la gestión ambiental* da Universidade de Alicante. Bolsista Colaboradora do PROJUR Mulher e Diversidade da UPF. Professora da Graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas de Erechim. E-mail: joanamattia@gmail.com.

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petropolis: Editora Vozes, 1975.

⁵ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: Feminismo e subversão da identidade. 19 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

⁶ RENAULT, Luiz Otávio Linhares; RIOS, Maria Isabel Franco Rios. Discriminação: desdém da pessoa humana em branco e preto. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Org.). **Discriminação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 290.

políticas públicas. Segundo Rosângela Rodrigues de Lacerda⁷, políticas públicas são “programas de ação estatal, sob a forma de processo e com participação popular, para concretização de direitos fundamentais sociais, sempre sob a égide dos parâmetros constitucionais”, as quais esse trabalho visará investigar, tendo em foco a população transgênera.

1. A ESSENCIALIDADE DO TRABALHO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA VIDA DIGNA

Segundo Freud⁸, uma das formas de emancipar um indivíduo em meio ao mal-estar inerente da civilização é através da capacidade deste de amar e trabalhar. No entanto, o trabalho nem sempre foi considerado um meio de satisfação, sendo por tempos associado à tortura.

Com a necessidade de organizar a economia social, o trabalho foi sendo implantado nas culturas e passou a mediar trocas sociais “a ponto de (...) se tornar um ideal, um gosto, uma vocação, uma nobreza”.⁹ (JARDIM, 2011, p. 106).

Em relação às concepções do termo, na visão do filósofo e sociólogo Karl Marx:

O processo de trabalho é atividade orientada a um fim para produzir valores de uso, apropriação do natural para satisfazer a necessidades humanas, condição universal do metabolismo entre o homem e a Natureza, condição natural eterna da vida humana (...).¹⁰

Dessa forma, é através do trabalho que o ser humano tem a possibilidade de transformar o mundo e a si. Parte desse mesmo princípio o psicanalista Erich Fromm¹¹, que inspirado nos *Manuscritos econômico-filosóficos* de Marx¹², entende que o ser humano necessita transcender do seu papel de criatura passiva, “procurando tornar-se um criador”¹³. Dessa maneira, em *Conceito Marxista do homem*¹⁴, o autor declara que a liberdade é a essência do ser humano, que pode ser exteriorizada pelo trabalho produtivo, que é possível devido a capacidade do homem de amar e criar, afirmando-se e confirmando-se como sujeito em seu ofício.

No entanto, o trabalho que não impulsiona à criação, segundo o psiquiatra e psicanalista francês Dejours¹⁵, pode levar a produção de sofrimento e adoecimento psíquico. Segundo o autor, o trabalho tem o papel de participar na estruturação da personalidade do indivíduo, sendo fundamental para a subjetividade humana.

Ainda sobre as contribuições que o trabalho possibilita, Gaulejac¹⁶ (2007), explica que para cada sujeito, independente do ofício que realiza, costuma ter necessidade de sentir que contribui com algo

⁷ LACERDA, Rosângela Rodrigues de. **Controle de Políticas Públicas na Justiça do Trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 85.

⁸ FREUD, Sigmund. Mal-estar na civilização. In: FREUD, Sigmund. **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Rio de Janeiro: Imago, 2006. v. XXI. (originalmente publicado em 1930).

⁹ JARDIM, Silva. Depressão e Trabalho: ruptura de laço social. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**. Vol. 36, 2011.

¹⁰ MARX, Karl. Processo de trabalho e processo de valorização. In: ANTUNES, Ricardo. (org.) **A dialética do trabalho**. São Paulo: Expressão Popular, 2004. p. 35-69, p. 46.

¹¹ FROMM, Erich. **Psicanálise da Sociedade Contemporânea**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

¹² MARX, Karl **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução de Jesus Raniere. São Paulo: Boitempo, 2004.

¹³ FROMM, Erich. **Psicanálise da Sociedade Contemporânea**. p. 48.

¹⁴ FROMM, Erich. **Conceito Marxista do homem**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962

¹⁵ DEJOURS, Christophe. *Réactions psychopathologiques aux ruptures involontaires d'activité professionnelle (retraite, licenciement, maladie, reclassement)*. **Psychologie médicale**, v. 15, n. 11, p. 1875-1880, 1983.

¹⁶ GAULEJAC, Vicent de. **A gestão como doença social**. São Paulo: Ideias e Letras, 2007.

valioso para si mesmo e para o coletivo através de suas atividades laborais, podendo, dessa forma, sentir uma satisfação legítima com o que faz.

Com isso, pode-se visualizar que o conceito de trabalho vem sendo construído através dos tempos passando por significativas transformações e sentidos para os sujeitos, sendo que hoje, para garantir um mínimo de qualidade e bem-estar no trabalho, este é regulamentado por leis que asseguram o direito de todos a terem acesso em iguais condições ao mercado de trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho¹⁷ brasileira prevê, no art. 223 que “a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”, o mesmo diploma legal, contém no art. 461, a previsão de não discriminação garantindo que “sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade”. Nesse sentido, a análise do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF n. 132-RJ¹⁸ e a ADI n. 4.277- DF¹⁹ é cristalina ao estabelecer que não somente o sexo biológico, mas a orientação sexual e a identidade de gênero são direitos da personalidade e estão protegidos constitucionalmente, na linha de direitos fundamentais.²⁰

Em relação às dificuldades encontradas pela população LGBT, uma pesquisa realizada pelo IBOPE em 2008, segundo Bortolini²¹ apontou que [...] 56% dos entrevistados mudariam sua conduta com o colega de trabalho se soubessem que ele é homossexual. Um em cada cinco se afastaria e passaria a evitá-lo. Dos entrevistados 36% deixariam de contratar um homossexual para um cargo em sua empresa, mesmo que ele fosse o mais qualificado entre os pretendentes ao cargo.

Diante desse cenário opressor, para que o trabalho não seja mais um espaço ou uma função geradora de dor e medo, que perpetua o ciclo de violências que reforçam a melancolia de gênero é necessário um envolvimento político e social que se respalde nos direitos humanos e, que através de políticas públicas possa promover uma real emancipação para a pessoa trans neste local, onde possa criar vínculos, se desenvolver e se permitir expandir por meio do poder criador que o ser humano é capaz de produzir.

Mas, afinal, já existem políticas públicas no Brasil que incluam as pessoas trans no mundo do trabalho? Se sim, quais? elas são eficazes?

2. METODOLOGIA

O artigo visa analisar políticas públicas de inserção de transgêneros no mercado de trabalho. Para tanto, realizou-se uma pesquisa no banco de dados da Scielo com o uso de descritores como “transgênero”, “políticas públicas e pessoas trans” e “trabalho e pessoas trans”, gerando no total 64 artigos. A pesquisa foi delimitada aos trabalhos publicados entre os anos de 2010 e 2020. A partir das referências encontradas, realizou-se uma seleção das que atendiam ao objetivo da pesquisa, resultando assim, dois artigos. Para a

¹⁷ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 03 dez. 2020.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132/RJ**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, 13 out. 2011.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF**. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 05.05.2011 - DJE 13 maio 2011.

²⁰ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; OLIVEIRA, Marcos Heleno Lopes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Contextualizando os direitos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista Direito UNIFACS**. n. 237, p. 1-22, 2020.

²¹ BORTOLINI, Alexandre. **Diversidade sexual na escola**. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão/UFRJ, 2008.

análise dos achados, utilizou-se o método dedutivo e a abordagem qualitativa para os dados bem como o estudo de referências sobre a temática.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

A partir da pesquisa na base de dados Scielo, organizou-se um quadro com os títulos dos artigos selecionados, a revista em que foi publicado, o ano da publicação e os autores dos trabalhos.

Quadro 1 - Sobre os artigos selecionados

Autores	Ano	Revista	Título
Maria Aparecida da Silva; Carla Gianna Luppi; Maria Amélia de Sousa Mascena Veras.	2020	Ciência & Saúde Coletiva	Trabalho e saúde na população transexual: fatores associados à inserção no mercado de trabalho no estado de São Paulo
Cecília Barreto de Almeida; Victor Augusto Vasconcellos	2018	Direito GV	Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo?

Fonte: Elaboração dos autores (2020)

Apresenta-se a seguir os resultados e análise da pesquisa, com relação ao mercado de trabalho e as pessoas trans e às políticas públicas.

4. O MERCADO DE TRABALHO E AS PESSOAS TRANS

Realizada a pesquisa, constatou-se dois artigos com a temática proposta. Sendo estipulado um decênio (2010-2020) como um dos parâmetros para a pesquisa, chama a atenção o ínfimo número de artigos encontrados e que se adequam ao objetivo proposto, sendo o primeiro ponto passível de discussão: onde estão os pesquisadores que se dedicam aos estudos de gênero? Por que tão poucas pesquisas nessa área?

O estudo de Silva, Luppi e Veras²², buscou analisar os dados de um estudo transversal chamado “Vulnerabilidades, demandas de saúde e acesso a serviços da população de travestis e transexuais do Estado de São Paulo” – “Projeto Muriel, vinculado ao Núcleo de pesquisa em Direitos Humanos e Saúde da População LGBT+ (NUDHES). Este estudo, calculou por meio de um mapeamento sobre o número de transexuais e travestis matriculados em serviços de saúde e assistência social, no ano de 2012, no estado de São Paulo. Os resultados foram resultados da amostra de 673 transexuais entrevistados a partir de sete blocos de questões contendo informações: sociodemográficas, percurso profissional, condições de saúde, saúde sexual e reprodutiva, violação de direitos humanos e discriminação, contexto social e percurso de transição.

Da amostra total, foram analisadas as entrevistas de 672 participantes com informações válidas. Das 672 pessoas, 82,3% se encontravam ocupadas, 13,1% não ocupadas e 4,6% fora do mercado de

²² SILVA, Maria Aparecida da; LUPPI, Carla Gianna; VERAS, Maria Amélia de Sousa Mascena. Trabalho e saúde na população transexual: fatores associados à inserção no mercado de trabalho no estado de São Paulo, Brasil. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2020, vol.25, n.5, pp.1723-1734.

trabalho. Com relação à posição na ocupação, percebeu-se que 53,9% exerciam atividades por conta própria e 27,2% como empregados, mas apenas 14% deles tinham contratos protegidos pela legislação trabalhista. Atuavam como trabalhadores do sexo 40,6% dos entrevistados.²³

Quanto às características relacionadas à formação profissional e seguridade: 56,8% realizaram algum curso técnico/profissionalizante e 37,9% contribuem para o Instituto Nacional de Seguridade social. Para verificar os fatores associados à inserção no mercado formal foram excluídas as 119 pessoas não ocupadas e outras 25 para as quais as variáveis de interesse estavam em branco ou tinham resposta ignorada. Assim, das 528 pessoas ocupadas, a proporção de vínculo formal foi de 16,7%. Também observou-se que entre os homens transexuais a ocupação formal foi de 59,4%, enquanto que entre as mulheres transexuais/travestis foi apenas de 13,9%, o que representa uma chance nove vezes mais alta dos homens transexuais estarem inseridos no mercado formal quando comparados com as mulheres transexuais/travestis

Os fatores associados a possuir um vínculo formal identificados foram: identidade de gênero homem transexual, possuir 12 anos ou mais de escolaridade, estar em algum acompanhamento médico, estar em acompanhamento para processo transexualizador, ter convênio médico particular e nunca ter sido preso na vida.²⁴

Os fatores que podem motivar o abandono precoce da escola e a dificuldade de profissionalização por baixa escolaridade são decorrência do preconceito vivido. Nos EUA, numa pesquisa em 2011, transexuais relataram ter sofrido assédio, agressão física e violência sexual na escola em função de sua identidade de gênero.²⁵

Ressalta-se que embora se reconheça que a informalidade no trabalho possa ser uma escolha, deve-se levar em consideração que a falta de contribuição previdenciária torna esse sujeito que já tem sofrimentos decorridos da melancolia de gênero ainda mais vulnerável. A contribuição previdenciária, cuja finalidade é garantir alguma segurança e tranquilidade em caso de afastamento do trabalho, seja por aposentadoria, doença, invalidez ou desemprego, no Brasil é prerrogativa para os trabalhadores com carteira assinada, sendo menos frequente entre os não ocupados e com ocupação não formal.²⁶

Quanto ao estudo de Almeida e Vasconcellos²⁷, o mesmo analisa o acesso ao emprego pela população transexual e travesti no município de São Paulo. Para isso, foram entrevistados nove representantes de entidades, órgãos, associações, entre outros, que têm vínculos com a população transexual e travesti no Município.

As perguntas que nortearam a entrevista foram: (1) Quais são os desafios no acesso ao emprego por pessoas transexuais e travestis em São Paulo?; (2) Existem estratégias das entidades para promover o acesso ao trabalho para a população transexual e travesti?; e (3) O que pode ser feito para promover a

²³ SILVA, Maria Aparecida da; LUPPI, Carla Gianna; VERAS, Maria Amélia de Sousa Mascena. Trabalho e saúde na população transexual: fatores associados à inserção no mercado de trabalho no estado de São Paulo.

²⁴ SILVA, Maria Aparecida da; LUPPI, Carla Gianna; VERAS, Maria Amélia de Sousa Mascena. Trabalho e saúde na população transexual: fatores associados à inserção no mercado de trabalho no estado de São Paulo. p.1729.

²⁵ GRANT, Jayme. M. et al. *Injustice at every turn: a report of the national transgender discrimination survey, executive summary*. Washington: National Center for Transgender Equality and National Gay and Lesbian Task Force; 2011. Disponível em: https://www.transequality.org/sites/default/files/docs/resources/NTDS_Report.pdf. Acesso em: 04 dez. 2020.

²⁶ ULYSSEA, Gabriel. **Informalidade no mercado de trabalho brasileiro**: uma resenha da literatura. Rev de Economia Política. v. 26. n. 4. p. 596-618. 2006 e CAMPOS, Andre Gambier. **Breve histórico das mudanças na regulação do trabalho no Brasil**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília Ipea, 2015. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3513/1/td_2024.pdf. Acesso em: 04 dez. 2020.

²⁷ ALMEIDA, Cecília Barreto de; VASCONCELLOS, Victor Augusto. Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo?. **Rev. direito GV [online]**. 2018, vol.14, n.2, pp.303-333.

inclusão das pessoas transexuais e travestis no mercado de trabalho?

A partir das entrevistas, foi identificado em relação à primeira pergunta cinco principais desafios enfrentados pela população trans quando busca se inserir no mercado de trabalho formal, quais sejam: (1) preconceito e transfobia; (2) documentos, tais como registro civil e certificado de reservista; (3) uso de banheiro, vestiário e uniforme; (4) baixa escolaridade e evasão escolar involuntária; e (5) linguagem corporal e verbal

Para os autores, “as pessoas trans não são vistas como mulheres e homens ‘verdadeiros’, além de serem estigmatizadas e vinculadas a posturas tidas socialmente como reprováveis, como envolvimento com drogas, violência e prostituição.”²⁸

Outro ponto importante do trabalho, é em relação ao constrangimento e negação da identidade de gênero que as pessoas trans vivenciam quando impedidas de utilizarem seu nome social, o banheiro, vestiário ou uniforme em conformidade com sua identidade de gênero. Na pesquisa de Almeida e Vasconcellos, percebe-se que a escola é citada novamente como uma barreira de acesso ao mercado de trabalho para a população trans, mas segundo Andrade²⁹, essa evasão é involuntária. Para a autora, o não reconhecimento do nome feminino da travesti no momento da frequência e mesmo no cotidiano escolar e o impedimento de acesso ao banheiro feminino são dois fatores que influenciam na presença das pessoas na escola e também no ambiente de trabalho.

Por fim, a pesquisa ainda refere que ao apresentar peculiaridades no corpo, na voz e maneirismos e/ou desconhecer regras de etiqueta profissional, acabam sendo somando às barreiras que a população trans enfrenta no acesso ao mercado de trabalho.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS ÀS PESSOAS TRANS? (IM)POSSIBILIDADES DE ACESSO AO MERCADO DE TRABALHO

Os dados coletados demonstram existir, no Brasil, ainda poucas pesquisas sobre a temática ventilada no presente artigo. Quanto a existência de políticas pública direcionadas a travestis e transexuais normalmente visam “a prevenção de doenças e o combate à exploração sexual, e não para políticas de inclusão na escola e no trabalho”.³⁰

Silva, Luppi e Veras³¹ apontam à necessidade de políticas públicas de inclusão escolar, tolerância e respeito à diversidade de identidade de gênero nas instituições de ensino, para reverter o cenário de abandono escolar e, conseqüentemente, a baixa escolaridade a fim de aumentar a inserção das pessoas trans no mercado de trabalho. No entanto, não são citadas no trabalho políticas públicas que de fato já estejam funcionando.

Quanto ao trabalho de Almeida e Vasconcellos³², percebe-se um direcionamento maior em relação a uma busca concreta por estratégias de inclusão no mercado de trabalho. Assim, a segunda questão

²⁸ ALMEIDA, Cecília Barreto de; VASCONCELLOS, Victor Augusto. Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo?. p. 311.

²⁹ ANDRADE, Luma Nogueira de. **Travestis na escola**: assujeitamento ou resistência à ordem normativa. 2012. 279f. – Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-graduação em Educação Brasileira, Fortaleza (CE), 2012.

³⁰ ANDRADE, Luma Nogueira de. **Travestis na escola**: assujeitamento ou resistência à ordem normativa. p. 226.

³¹ SILVA, Maria Aparecida da; LUPPI, Carla Gianna; VERAS, Maria Amélia de Sousa Mascena. Trabalho e saúde na população transexual: fatores associados à inserção no mercado de trabalho no estado de São Paulo.

³² ALMEIDA, Cecília Barreto de; VASCONCELLOS, Victor Augusto. Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo?.

apontada na pesquisa trata de investigar se existem estratégias nas instituições entrevistadas para promover o acesso ao trabalho para a população transexual e travesti.

Destaca-se as ponderações realizadas pelas representantes do Centro de Apoio e Inclusão de Travestis e Transexuais (CAIS) e da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) para ações como a organização de caminhadas, eventos, palestras e peças publicitárias. No mesmo sentido, o Instituto Nice trabalha na reinserção social da população trans, promovendo capacitações tanto de pessoas trans quanto de empresas, assim como oferece cursos profissionalizantes básicos e busca vagas de estágio e emprego através de parcerias com empresas e prefeituras. Na pesquisa o Instituto Brasileiro de Transmasculinidade (IBRAT) também relatou realizar o compartilhamento de vagas em grupos internos nas redes sociais do site TransEmpregos.³³

Em relação à pergunta “O que pode ser feito para promover a inclusão das pessoas transexuais e travestis no mercado de trabalho?” Na visão das representantes das instituições, seria importante (1) a aprovação de uma lei de cotas; (2) a capacitação de Recursos Humanos de empresas e constante sensibilização das funcionárias; e (3) o respeito à identidade de gênero, por meio do respeito ao nome social e ao uso de banheiro, vestiário e uniformes conforme o gênero com o qual a pessoa se identifica. Renata Peron (representante do CAIS) e Symmy Larrat (representante da política pública Transcidadania) expressam a necessidade de mais leis de cotas, prevendo incentivos fiscais para empresas, a fim de promover reparação social.

Symmy Larrat indica também que, ao lado da responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos, há a necessidade de atuação ativa do Estado, por meio de atividade legislativa e regulatória, ou seja, através de atos normativos e, também, de políticas públicas. Nesse sentido, o projeto de lei do vereador Márcio Martins (PR) que ganhou força em Fortaleza, por estabelecer cota de 2% para pessoas trans em concursos públicos.

Outra proposta compartilhada por diferentes entidades é a capacitação das pessoas responsáveis pela área de Recursos Humanos das empresas, para que aprendam a lidar com pessoas transexuais, como já tem sido feito pelo Instituto Nice como estratégia de atuação. Isso deve ocorrer tanto no momento da contratação e das entrevistas quanto ao longo do tempo, com a permanência dessas pessoas em seus empregos.³⁴

Almeida e Vasconcellos apontam para a existência da política pública Transcidadania, bem como, a sua importância no enfrentamento da falta de emprego pela população trans no município de São Paulo, contudo, não descrevem a forma com que ela ocorre.

Buscou-se, então, informações acerca do Programa Transcidadania que, segundo Silva³⁵, busca ofertar condições para a autonomia financeira, por meio da transferência de renda e tem como requisito a frequência e conclusão da escolaridade básica, qualificando-se desta forma para o mercado de trabalho. Inicialmente o programa contou com 100 vagas e era realizado somente na região central de São Paulo. Em 2019, porém, já contava com 240 vagas, e o valor do auxílio era de R\$ 1.047,90 (um mil e quarenta e sete reais e noventa centavos) com carga horária diária de 6 horas. A permanência no programa é de até 2 anos, com desligamento automático após esse período.

³³ ALMEIDA, Cecília Barreto de; VASCONCELLOS, Victor Augusto. Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo?.

³⁴ ALMEIDA, Cecília Barreto de; VASCONCELLOS, Victor Augusto. Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo?. p. 326.

³⁵ SILVA, Jair do Prado. **Políticas Públicas de Cidadania: Análise do Programa Transcidadania na Cidade de São Paulo.** Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) - Universidade de Mogi das Cruzes, Mogi das Cruzes, 2019.

São realizadas atividades internas, como grupos psicossociais, atendimentos individuais, atendimentos espontâneos, curso de cidadania e Direitos Humanos, entre outros construídos a partir das demandas das(os) usuárias(os) e das possibilidades concretas de realização, cujo objetivo é fornecer um espaço de escuta, reflexão e desenvolvimento pessoal e profissional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da realização deste trabalho foi possível perceber como a população transgênera é intensamente afetada pela melancolia de gênero e pelo reforçamento desta nas práticas sociais através do preconceito, o que culmina na dificuldade de terminar seus estudos e adentrar no mundo do trabalho formal, fatores que possibilitariam acesso a mais benefícios e melhor qualidade de vida.

Com a constatação de apenas dois artigos que se encaixam na temática, os pesquisadores puderam vivenciar um momento de incômodo causado pela inviabilização que os transgêneros vivem a todo instante. Dos dois artigos selecionados, apenas um apontou a existência de políticas públicas direcionadas à população objeto da pesquisa, o que levou à investigação do programa Transcidadania, que acontece na cidade de São Paulo com êxito desde 2013. No entanto, percebe-se um movimento lento, mas progressivo em relação às instituições e empresas para a garantia do acesso ao trabalho com a realização de ações e oferta de capacitações direcionadas aos transgêneros.

Mesmo havendo esforços por parte de certas instituições, os estudos apontaram à necessidade da implantação de políticas públicas eficazes, seja através de cotas ou, ainda, de incentivos fiscais direcionados às empresas, a fim de garantir capacitação, emprego e renda a esse estrato populacional. Ao mesmo tempo, pode-se refletir a importância de uma maior sensibilização na sociedade e no próprio dever social e organizacional de defender os direitos humanos de todos os seres humanos, independentemente do gênero, cor ou etnia, do contrário, percebe-se que as desigualdades enfrentadas são limites à própria Democracia.

Por fim, espera-se que esse estudo possa gerar incômodo aos demais pesquisadores e, com isso, movimentar acadêmicos à discussão da temática, de modo a fornecer maior visibilização e espaço à pessoa transgênera.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Luma Nogueira de. **Travestis na escola: assujeitamento ou resistência à ordem normativa**. 2012. 279f. – Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-graduação em Educação Brasileira, Fortaleza (CE), 2012.

ALMEIDA, Cecília Barreto de; VASCONCELLOS, Victor Augusto. Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo?. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 303-333, ago. 2018.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF**. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 05.05.2011 - DJE 13 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132/RJ**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Diário da Justiça

Eletrônico, 13 out. 2011.

BORTOLINI, Alexandre. **Diversidade sexual na escola**. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão/UFRJ, 2008.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade**. 19 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

CAMPOS, André Gambier. **Breve histórico das mudanças na regulação do trabalho no Brasil**. Brasília: IPEA; 2015. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3513/1/td_2024.pdf> acesso em: 19 nov. 2020.

DEJOURS, Christophe. Réactions psychopathologiques aux ruptures involontaires d'activité professionnelle (retraite, licenciement, maladie, reclassement). **Psychologie médicale**, v. 15, n. 11, p. 1875-1880, 1983.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petropolis: Editora Vozes, 1975.

FREUD, Sigmund. Mal-estar na civilização. In: FREUD, Sigmund. **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Rio de Janeiro: Imago, 2006. v. XXI. (originalmente publicado em 1930).

FROMM, Erich. **Conceito Marxista do homem**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962.

FROMM, Erich. **Psicanálise da Sociedade Contemporânea**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

GAULEJAC, Vicent de. **A gestão como doença social**. São Paulo: Ideias e Letras, 2007.

GRANT, Jayme. M *et al.* **Injustice at every turn: a report of the national transgender discrimination survey, executive summary**. Washington: National Center for Transgender Equality and National Gay and Lesbian Task Force; 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. (IBGE). Indicadores IBGE: Principais destaques da evolução do mercado de trabalho nas regiões metropolitanas abrangidas pela pesquisa - Ano 2003 a 2015, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre. [internet] 2015.

IBOPE. **Pesquisa de opinião pública sobre assuntos políticos/administrativos JOB179**. Brasília, Fevereiro/2008. Disponível em: http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=6&proj=PortalIBOPE&pub=T&nome=home_materia&db=caldb&docid=A98B29DFAD7F945F8325740B00016AEF. Acesso em: 31 de out. 2020.

JARDIM, Silva. Depressão e Trabalho: ruptura de laço social. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**. Vol. 36, 2011.

LACERDA, Rosângela Rodrigues de. **Controle de Políticas Públicas na Justiça do Trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

MARX, Karl. Processo de trabalho e processo de valorização. In: ANTUNES, R. (org.) **A dialética do trabalho**. São Paulo: Expressão Popular, 2004. p. 35-69.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução de Jesus Raniere. São Paulo: Boitempo, 2004.

SILVA, Jair do Prado. **Políticas Públicas de Cidadania: Análise do Programa Transcidadania na Cidade de São**

Paulo. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) - Universidade de Mogi das Cruzes, Mogi das Cruzes, 2019.

SILVA, Maria Aparecida da; LUPPI, Carla Gianna e VERAS, Maria Amélia de Sousa Mascena. Trabalho e saúde na população transexual: fatores associados à inserção no mercado de trabalho no estado de São Paulo, Brasil. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2020, vol.25, n.5, pp.1723-1734

RENAUT, Luiz Otávio Linhares; RIOS, Maria Isabel Franco Rios. Discriminação: desdém da pessoa humana em branco e preto. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Org.). **Discriminação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

ULYSSEA, Gabriel. Informalidade no mercado de trabalho brasileiro: uma resenha da literatura. **Rev de Economia Política**. v. 26. n. 4. p. 596-618. 2006.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; OLIVEIRA, Marcos Heleno Lopes;

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Contextualizando os direitos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista Direito UNIFACS**. n. 237, p. 1-22, 2020.

LEI MARIA DA PENHA E TRANSDISCIPLINARIDADE: INSTRUMENTALIZANDO A MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, ATRAVÉS DOS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E DA ECONOMIA FEMINISTA

Marcio C. Godinho ¹

Karen Beltrame Becker Fritz ²

INTRODUÇÃO

A mulher vem ocupando, nos últimos tempos, posições hierárquicas, algo antes exercido apenas por homens, numa clara evidência de que competências e habilidades podem ser desenvolvidas por ambos os gêneros. Não obstante, verifica-se, também, o crescimento da percepção social em relação ao espaço conquistado pela mulher, devendo ser consignado que, tais conquistas, consoante o esforço dos legisladores e/ou aplicadores da lei, não foram alcançadas senão ao custo de incontáveis sacrifícios.

Assim sendo, este trabalho será desenvolvido em quatro momentos. Inicialmente, no Item 1, Alcance da lei Maria da Penha dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro bem como as estatísticas da violência contra a mulher, percepção da população, vitimização e assédio; Em seguida, no Item 2, A violência doméstica como círculo vicioso, onde se desdobram os mitos e fenômenos sócio comportamentais que permeiam a interrelação agressor/vítima; No Item 3, Ações pluridisciplinares de reeducação psicossocial e prevenção da violência doméstica como proposta de ressignificação emocional, e, finalmente; No Item 4, A tomada de consciência, e a independência econômica da mulher através de propostas transdisciplinares, tais como a economia feminista. Cabe destacar que, este artigo, é um dos trabalhos desenvolvidos no projeto de pesquisa “Direito e Economia: como a análise econômica do direito pode contribuir para o desenvolvimento?”³.

Sob esse contexto o presente artigo irá discorrer sobre a mulher, sobretudo aquela que é vítima de violência doméstica, mas que não participa do chamado mercado de trabalho, ou, se participa, poucos são os recursos financeiros que granjeia para si, sendo, portanto, insuficientes para encorajá-la ao rompimento com aquele que, embora lhe agrida física, verbal ou emocionalmente, ocupa o papel de mantenedor do lar.

1. ALCANCE DA LEI MARIA DA PENHA

A lei 11.340/06⁴ (Lei Maria da Penha) entrou em vigor no dia 26 de setembro de 2006. Como

¹ Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – Campus Lagoa Vermelha. Autor correspondente e-mail: marciogodinho@gmail.com.

² Pós-Doutora em Direito. Professora Titular II da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito (UPF).

³ “Direito e Economia: como a análise econômica do direito pode contribuir para o desenvolvimento?” Grupo de Pesquisa coordenado pela Profa. Dra. Karen Beltrame Becker Fritz. Universidade de Passo Fundo (UPF).

⁴ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha)**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código

legislação adequada às Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher⁵; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres⁶; e a Constituição Federal⁷, ao ser sancionada, tornou o Brasil a décima oitava nação da América Latina e Caribe a possuir uma legislação específica em se tratando de enfrentamento da violência doméstica e familiar, sendo referendada pela ONU como uma das legislações mais avançadas do mundo em relação a esta matéria.

Seus mecanismos, se contrapõem à política criminal que relaciona a família como o núcleo primordial em detrimento dos direitos individuais, o que até então facultava aos agressores a não responsabilização por seus atos. Logo, se por um lado a legislação concentra seu foco em determinado aspecto das relações, por outro, ela estende a proteção a qualquer mulher que tenha se tornado vítima, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião (Art. 2º), sendo que a natureza jurídica desta lei confere-lhe um aspecto multidisciplinar, ou seja, ela é penal, processual penal, civil, processual civil, possuindo dispositivos trabalhistas e previdenciários.

Desde sua criação, a lei Maria da Penha recebeu diversos aprimoramentos, merecendo destaque, os atendimentos policial e pericial, em que mulheres em situação de violência doméstica e familiar devem ser atendidas, preferentemente, por policiais e peritos do sexo feminino⁸; tipificação o crime de descumprimento de medidas protetivas, ensejando a pena de três meses a dois anos – apenas a autoridade judicial pode conceder fiança na hipótese de prisão em flagrante⁹; violação da intimidade da mulher como violência doméstica e familiar, além da criminalização do registro não autorizado de conteúdo contendo cena de nudez ou ato sexual¹⁰; concessão de medida protetiva em caráter de urgência e o imediato afastamento do agressor, seja do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima, concessão dada pela autoridade judicial, pelo delegado de polícia quando não houver sede ou comarca no município, ou ainda, pelo policial quando o município não for sede ou comarca, e quando não houver delegacia disponível no momento da denúncia entre outras providências¹¹; que seja obrigatoriamente informado se a vítima possuía deficiência, se sofreu agravamento, ou se tornou-se portadora de deficiência em razão da violência

Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em 24 nov. 2020.

⁵ **Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”**. Disponível em <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em 24 nov. 2020.

⁶ ONU MULHERES. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW 1979)**. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em 24 nov. 2020.

⁷ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

⁸ BRASIL. **Lei nº 13.505, de 8 de Novembro de 2017**. Acrescenta dispositivos à Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13505.htm. Acesso em 30 nov. 2020.

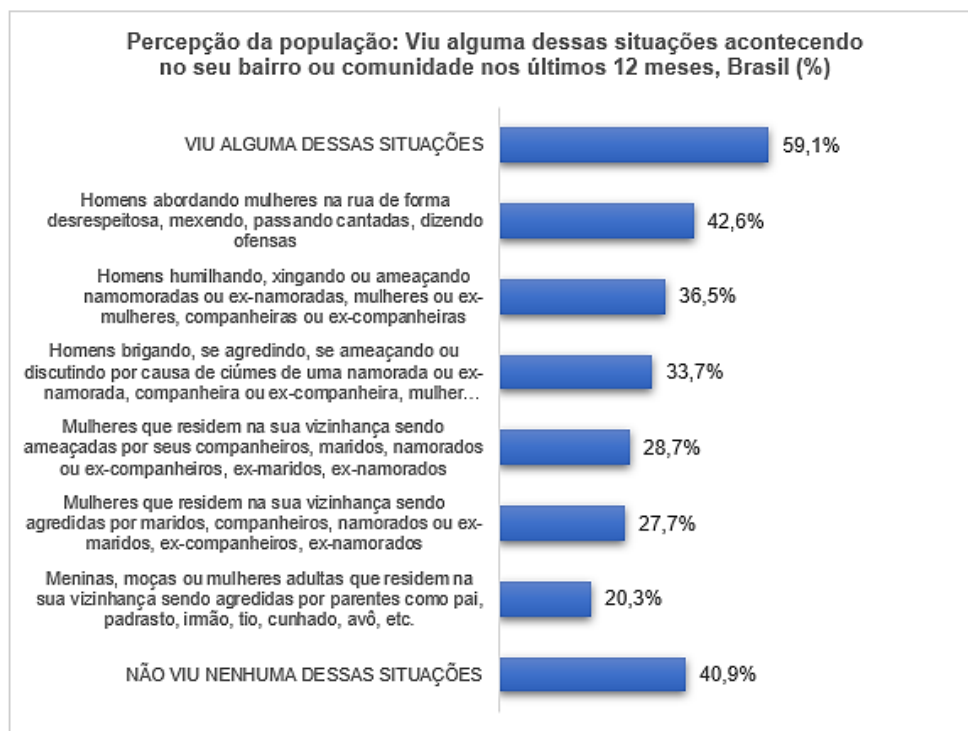
⁹ BRASIL. **Lei nº 13.641, de 3 de Abril de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm. Acesso em 30 nov. 2020.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 13.772, de 19 de Dezembro de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13772.htm. Acesso em 30 nov. 2020.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 13.827, de 13 de Maio de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13827.htm. Acesso em 30 nov 2020.

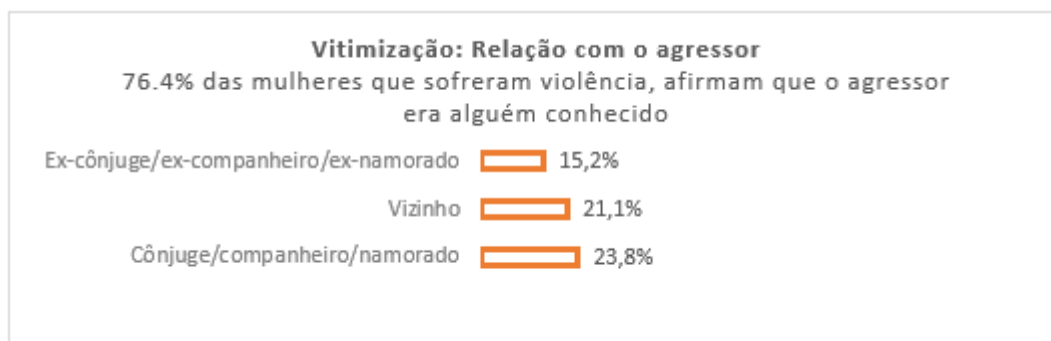
sofrida¹²; e, finalmente, a obrigatoriedade do agressor em frequentar centro de educação e reabilitação além de ter acompanhamento psicossocial¹³.

A apresentação de referenciais estatísticos possibilitarão melhor compreensão sobre a importância da lei Maria da Penha e suas implementações, consoante a permeabilidade da violência nas diversas camadas sociais. Nas figuras a seguir, será possível analisar a percepção da população, e o esquema da vitimização, importando referendar que, 40,9% dos entrevistados, jamais viu quaisquer umas das situações demonstradas na figura abaixo:



Fonte: Datafolha¹⁴.

A figura a seguir apresenta o contexto da vitimização, destacando o *status* do agressor em relação à vítima:



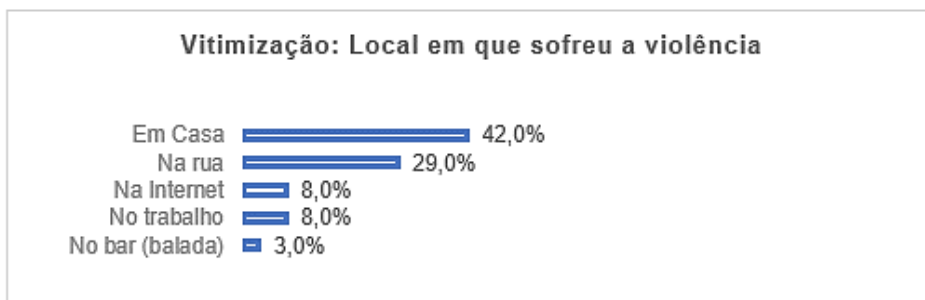
¹² BRASIL. Lei nº 13.836, de 4 de Junho de 2019. Acrescenta dispositivo ao art. 12 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, para tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13836.htm. Acesso em 30 nov. 2020.

¹³ Altera o art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial.

¹⁴ DATAFOLHA; FBSP. VISÍVEL E INVISÍVEL: A vitimização de mulheres no Brasil. Percepção da população. 2. edição. 2019.

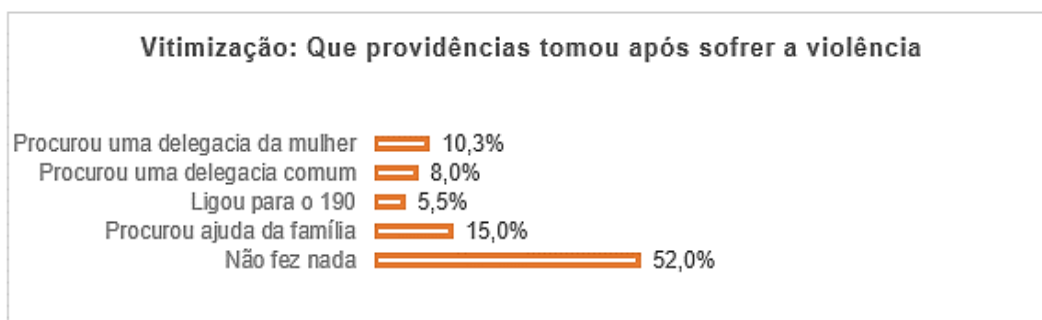
Fonte: Datafolha¹⁵.

Já, na figura a seguir, verifica-se o local onde a violência acontece:



Fonte: Datafolha¹⁶.

A próxima figura, demonstra o tipo de providência tomada pela vítima:



Fonte: Datafolha¹⁷.

As estatísticas demonstradas nas figuras acima, demonstram a urgente necessidade no sentido de se implementar políticas públicas de caráter preventivo, principalmente porque um número expressivo de vítimas, tende a não buscar seus direitos, contribuindo para a perpetuação da violência.

2. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO CÍRCULO VICIOSO

De acordo com o Observatório Judicial de Violência Contra a Mulher¹⁸, instituto mantido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a violência contra a mulher não se dá apenas de modo

¹⁵ DATAFOLHA; FBSP. **VISÍVEL E INVISÍVEL: A vitimização de mulheres no Brasil. Vitimização. Relação com o agressor.** 2. edição. 2019.

¹⁶ DATAFOLHA; FBSP. **VISÍVEL E INVISÍVEL: A vitimização de mulheres no Brasil. Vitimização. Local em que sofreu a violência.** 2. edição. 2019.

¹⁷ DATAFOLHA; FBSP. **VISÍVEL E INVISÍVEL: A vitimização de mulheres no Brasil. Vitimização. Que providências tomou após sofrer a violência.** 2. edição. 2019.

¹⁸ _____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Observatório Judicial de Violência Contra a Mulher.** Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher>. Acesso em 24 nov. 2020.

físico, mas possui um "ciclo" que se inicia na tensão, perpassa as provocações, evolui para a explosão de ânimos e desencadeia variados tipos de agressão, incluindo o sexo forçado, tratando-se, portanto, de um ciclo perverso. Por vezes, após buscar seus direitos, a vítima tende a ser persuadida no sentido de retratar-se junto às autoridades, mediante a promessa de que a violência jamais tornará acontecer. Porém, após a reconciliação, e, ao menor sinal de não-correspondência amorosa, ou numa eventual crise de ciúmes, o processo recomeça, repetindo-se com espaço de tempo mais curto, e com intensificação da violência. O ciclo da violência é representado pela figura abaixo:



Fonte: SNPM¹⁹.

Devido à complexidade dos fatores que envolvem a perpetuação do Ciclo da Violência, torna-se difícil não somente a realização de um trabalho preventivo, como também a efetivação da denúncia, sendo necessário considerar que o agressor, não raro, é visto como pessoa gentil, alguém de índole pacífica e sempre disposto a auxiliar. 'Enciumado', 'inconformado com o término', 'descontrolado' ou até 'apaixonado' são os adjetivos que figuram com frequência nas manchetes da imprensa todos os dias para justificar crimes bárbaros²⁰. É neste cenário que a violência tende a se manifestar, invisível e silenciosa, para o terrível espanto daqueles que jamais seriam capazes de imaginar que o tão querido filho, amigo, irmão, colega, etc. fosse capaz de tal feito. Daí a importância da inovação trazida pela lei 13.984/20²¹.

3. AÇÕES PLURIDISCIPLINARES DE REEDUCAÇÃO PSICOSSOCIAL E PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Medidas pluridisciplinares são essenciais à reeducação psicossocial dos atores da violência, suas famílias e a própria comunidade. Nesta seara, a Justiça Restaurativa, orientada pela criatividade e sensibilidade à partir da escuta das vítimas e ofensores, destaca o seguinte:

Podemos citar, já como modelo de trabalho no âmbito do processo criminal, as atividades desenvolvidas pelas Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher na comarca da Capital de São Paulo. Essas varas especializadas contam com equipes institucionais do Tribunal de Justiça, integradas por um corpo técnico de psicólogos e assistentes sociais, e são voltadas essencialmente não

¹⁹ SNPM. Secretaria Nacional de Políticas Para as Mulheres. **Ciclo da Violência - Enfrentando a violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2020.

²⁰ PRADO, Débora; SANEMATSU, Marisa (orgs.). **Feminicídio invisibilidade mata**. Fundação Rosa Luxemburg. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

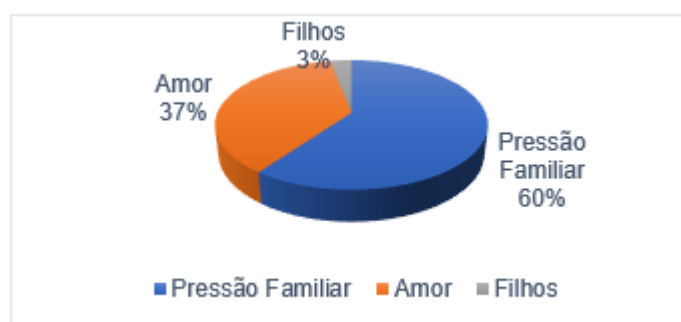
²¹ Altera o art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial.

só às mulheres e crianças vítimas de violência familiar, mas também aos acusados e acusadas de perpetrarem estas situações.²²

O processo restaurativo deve abranger, obrigatoriamente, a desconstrução de determinadas crenças, frequentemente enunciadas através dos aforismos populares, dentre os quais, 'se ela tivesse vergonha na cara, já teria se separado' e, 'em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher' são apenas dois dos inúmeros exemplos de frases ditas cotidianamente.

A devastação emocional causada pelo Ciclo da Violência, faz com que a mulher encontre sérias dificuldades para dele sair, especialmente porque teme por sua vida, caso resolva romper com a relação. Além disto, a eventual dependência financeira, sua e dos filhos, consiste num dos fantasmas que avivam seus piores temores.

Segundo a Promotoria de Justiça de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher²³, de Belém, capital paraense, a maioria das mulheres, vítimas de violência doméstica, acabam sendo convencidas a manter-se em suas relações abusivas pelos próprios familiares, conforme indica a figura abaixo:



Fonte: MPPA²⁴.

Resta evidente que a replicação de projetos semelhantes ao da Justiça Restaurativa poderão desempenhar importante papel no seio da sociedade, permitindo às partes, o vislumbre de um futuro promissor, onde suas vidas possam ser reconstruídas com equilíbrio e harmonia.

4. A TOMADA DE CONSCIÊNCIA, E A INDEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA MULHER ATRAVÉS DE PROPOSTAS PLURALISTAS E TRANSDISCIPLINARES, TAIS COMO A ECONOMIA FEMINISTA

Antes de analisar certas questões concernentes ao empoderamento feminino, é necessário perceber que vivemos numa sociedade assentada no patriarcalismo institucionalizado, que, no âmbito familiar, impõe a autoridade do homem sobre a mulher e filhos²⁵. Este é o princípio do androcentrismo, que privilegia o homem simplesmente pelo fato de o ser, além de que, ao considerar a existência de dois

²² Justiça Restaurativa, verbete. <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa> Acesso em 24 nov. 2020.

²³ MPPA – Ministério Público do Pará. Disponível em <https://www2.mppa.mp.br/noticias/promotoria-divulga-dados-de-violencia-contra-a-mulher-na-capital.htm>. Acesso em 24 nov. 2020.

²⁴ MPPA – Ministério Público do Pará. Disponível em <https://www2.mppa.mp.br/noticias/promotoria-divulga-dados-de-violencia-contra-a-mulher-na-capital.htm>. Acesso em 24 nov. 2020.

²⁵ CASTELLS, Manuel. O fim do patriarcalismo. In: **O poder da identidade**, capítulo 4, p. 169-285, Editora Paz e Terra, São Paulo, 2002.

gêneros, toma por referência, o masculino.

Mesmo nas sociedades pouco diferenciadas, nas quais o sexo não opera como fator de estratificação social, a mera divisão sexual do trabalho social impõe normas de ação diversas à mulher e no homem.²⁶

Tal crença toma por base, dentre outras coisas, a questão de que a mulher, considerada o “sexo frágil”, necessita da proteção e do amparo naturalmente oferecidos pelo homem, retribuindo-lhe com a submissão e obediência.

A felicidade pessoal da mulher, tal como era então entendida, incluía necessariamente o casamento. Através dele é que se consolidava sua posição social e se garantia sua estabilidade ou prosperidade econômica. Isto equivale a dizer que, afora as que permaneciam solteiras e as que se dedicavam às atividades comerciais, as mulheres, dada sua incapacidade civil, levavam uma existência dependente de seus maridos. E a asserção é válida quer se tomem as camadas ociosas em que a mulher dependia economicamente do homem, quer se atente para as camadas laboriosas nas quais a obediência da mulher ao marido era uma norma ditada pela tradição. Sob a capa de uma proteção que o homem deveria oferecer à mulher em virtude da fragilidade desta, aquele obtinha dela, ao mesmo tempo, a colaboração no trabalho e o comportamento submisso que as sociedades de família patriarcal sempre entenderam ser dever da mulher desenvolver em relação ao chefe da família.²⁷

Não resta dúvidas, em pleno século XXI, a visão androcêntrica, e, portanto, patriarcal, sobrevive arraigada no âmago de nossa civilização, manifestando-se, inclusive, no comportamento de um elevado número de mulheres. Dessarte, embora exista, em nível mundial, toda uma consciência, alicerçada pelo Feminismo, por outro lado, há um longo caminho a ser percorrido até que o equilíbrio entre gêneros, especialmente em relação ao aspecto econômico, torne-se plausível.

Depreende-se que, a fim de alcançar este equilíbrio, é necessário haver razoável aumento da percepção populacional para aquilo que se convencionou chamar de “trabalho doméstico”, socialmente pouco valorizado. Mais que isto, deve-se buscar obter maior engajamento social, visando tirá-lo da invisibilidade.

O trabalho de mercado, ocupado por homens e mulheres, dividido entre a fabricação de produtos e a prestação de serviços, consiste num dos objetos de estudo da economia tradicional. Participar deste círculo traz poder, consoante o fato de que é a remuneração o elemento que empodera.

Por sua vez, o trabalho doméstico e de cuidados, em sua maioria realizado por mulheres, não recebe a mesma consideração. A evidência disto é que sequer aparecia nos índices estatísticos antes de 2001, conforme podemos verificar:

[...] somente em 2001 o campo “realização de trabalho doméstico não remunerado” ganhou importância nos formulários do IBGE, por meio de duas questões: se a pessoa realizava afazeres domésticos e qual o número de horas dedicadas para esses afazeres.²⁸

Administrar uma casa, requer o exercício da polivalência, pois constata-se o emprego de diversas atividades, concomitantemente, sendo que, a organização geral, o preparo das refeições, o cuidado com as roupas, consistem n'alguns exemplos, além do cuidado com a saúde dos filhos e demais familiares, através das medidas de higiene pessoal ou ministrando remédios, num evidente sistema de prestação de serviços,

²⁶ SAFFIOTI, Heleieth. **A Mulher na Sociedade de Classes**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1976. p. 173.

²⁷ SAFFIOTI, Heleieth. **A Mulher na Sociedade de Classes**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1976. p. 18.

²⁸ SOARES, C.; SABÓIA, A. L. **Tempo, trabalho e afazeres domésticos**: um estudo com base nos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2001 e 2005. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. p 8-9.

[...] Esses afazeres eram vistos como uma obrigação da espécie humana feminina, por elas serem as protagonistas da maternidade. Ao ser encarado como um destino natural de toda a mulher, o cuidado com os filhos e a extensão desse trabalho sempre foi desvalorizado pela sociedade. Até bem pouco tempo atrás, aos olhos da economia, as donas de casa não trabalhavam.

Só a partir de uma nova perspectiva, advinda dos movimentos feministas em todo o mundo, iniciou-se a produção de estudos acadêmicos sobre as diversas formas de ocupação das mulheres. A ideia solidificada no capitalismo de uma sociedade organizada em torno de famílias, com um homem provedor e uma mulher reprodutora, já não era tão predominante. Aos poucos, foram ganhando espaço as discussões sobre a importância econômica das mulheres que não atuavam no mercado assalariado, mas realizavam uma grande quantidade de trabalho, produzindo bens e serviços para a reprodução e o bem-estar da família.²⁹

Apesar dos desafios, o trabalho doméstico e de cuidados começa a ser percebido como parte importante, e de necessária equiparação ao trabalho de mercado, passo fundamental para a mulher que vive nesta realidade, em que pese a autovalorização, seja da pessoa, do ser humano, ou da profissional que jamais deixou de ser.

Esta nova perspectiva de valoração consiste no pano de fundo no qual a economia feminista, enquanto ferramenta de instrumentalização, sedimenta suas bases, já que prima pelo reconhecimento do trabalho doméstico e de cuidados, algo de suma importância, mas ao mesmo tempo, tão aviltado pelo sistema.

Dentre os pilares da economia feminista, encontra-se a proposta que visa substituir a ideia de independência pela ideia de interdependência³⁰, ao postular que nenhum indivíduo é completamente independente, pressupondo a valoração dos vínculos entre as pessoas, famílias, comunidade, sociedade, e finalmente, ao Estado. Embora a percepção de dependência seja mais bem observada durante as fases da infância e velhice, ainda assim, um adulto em plena força de suas faculdades físicas ou intelectuais, se verá dependente de vários tipos de cuidados ou serviços. A amplidão do conceito é facilmente perceptível ao verificar-se que, embora o trabalho de mercado forneça o dinheiro para a manutenção da vida, por sua vez, o trabalho doméstico e de cuidados opera diretamente na manutenção desta.

No que diz respeito às propostas pluralistas e transdisciplinares, estas devem sanear os processos de vitimização e revitimização, sofridos pelas mulheres em situação de violência doméstica, algo que implica em atuar no combate a certas formas de abuso psicológico que, além de impingir grande sofrimento, levam à dependência da relação abusiva. Dentre estas propostas, pode-se referendar núcleos de auxílio e projetos como o ProJur Mulher e ProJur Mulher Cidadã³¹, e MediaJur³², que faz uso da justiça restaurativa, aplicando os chamados “meios adequados de solução de conflitos”.

²⁹ TEIXEIRA, M.O.; FARIA, N. **Empoderamento econômico das mulheres no Brasil: pela valorização do trabalho doméstico e do cuidado**. São Paulo: Oxfam Brasil, 2018. p. 2.

³⁰ SOF SEMPREVIVA ORGANIZAÇÃO FEMINISTA. **Para entender a economia feminista e colocar a lógica da vida em primeiro lugar**. São Paulo: SOF Sempreviva Organização Feminista, 2014. p. 23.

³¹ O Projur, como parte da rede de acolhimento de atendimento à mulher, tem como missão o acompanhamento jurídico processual a mulheres em situação de violência e filhos, tanto na área criminal quanto de direito de família e direito civil. Atua também na prevenção à violência em atividades voltadas à informação e à sensibilização da comunidade a respeito da violência de gênero, direitos humanos e fundamentais, legislação pertinente, bem como trabalha para o empoderamento e a emancipação feminina. <https://www.upf.br/FD/unidade/laboratorios/projur>. Acesso em 17 out. 2020.

³² O Mediajur visa ao enfrentamento de situações que envolvem a prática de ato infracional, a violência no âmbito escolar, doméstico e o tratamento de conflitos familiares a partir de uma abordagem integrada, cooperativa e humanitária por meio da aplicação da Justiça restaurativa e da mediação, enquanto instrumentos de (re)estabelecimento da relações sociais e familiares. <https://www.upf.br/FD/unidade/laboratorios/mediajur>. Acesso em 17 out. 2020.

Dentre estes meios, destaca-se a Constelação Familiar, método desenvolvido pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger³³, objeto do Direito Sistêmico³⁴, amplamente utilizada na mediação de conflitos.

A necessidade destes núcleos existirem, justifica-se pelo simples fato de que a violência psicológica³⁵, embora previsto na lei Maria da Penha, não garante a pacificação emocional das vítimas.

Conforme se verifica, é necessário instrumentalizar a mulher em situação de violência doméstica, fornecendo elementos a fim de que possa, num primeiro momento, compreender que as humilhações formam parte da estratégia que garante a perpetuação do relacionamento abusivo, bem como lhe bloqueiam a saída deste relacionamento. E uma forma de instrumentalizá-la, sem dúvidas, é através da economia feminista, consoante o fato de que sua abordagem elucidativa, garante à mulher, a percepção de que, embora não seja capaz de gerar renda, ou que a gere de modo insuficiente, ainda assim, suas funções domésticas consistem n'algo imprescindível à manutenção da estrutura econômico familiar. Portanto, a economia feminista é capaz de provocar na mulher em situação de violência, a percepção de que possui múltiplos talentos e potenciais, formadores do arcabouço através do qual poderá construir para si, a realidade de uma nova vida.

O empoderamento não advém apenas da tomada de consciência, mas também da instrumentalização que permite dar um passo firme em direção à liberdade emocional e financeira. Pois que muitas mulheres em situação de violência doméstica, já se decidiram em relação à mudança em suas vidas: Falta-lhes o agente impulsionador para que, finalmente, tomem a necessária atitude!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como propósito, lançar luz aos questionamentos basilares, que assombam o indivíduo, principalmente quando se trata de quebrar padrões de caráter enfermiço e doentio, para em seguida estabelecer novos e saudáveis padrões comportamentais. O medo e a insegurança, traços bastante presentes em nossas vidas, agem tão profundamente no psiquismo humano, que muitas pessoas aceitam viver relações abusivas a ter que enfrentar a solidão. Mais que isto, o pavor de passar alguma necessidade ou privação, faz com que se acredite ser melhor uma vida repleta de abusos e violência, a viver no desamparo, perpetuando a crença de que, “se é ruim com ele, é pior sem ele.”

Todas essas questões traduzem algo importante: A necessidade de sair do Ciclo da Violência e o estabelecimento de uma nova rotina que permita o aumento da qualidade de vida. Contudo, não basta que a lei alcance o agressor, proteja a vítima e dê uma resposta à sociedade. É necessário fornecer condições a fim de que o agressor se regenere, e a vítima, se restaure. Para tanto, o engajamento social bem como o estabelecimento de políticas públicas que visem o enfrentamento deste problema, são imprescindíveis.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”. <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em 24 nov. 2020.

³³Hellinger Schule. <https://www.hellinger.com/pt/>. Acesso em 17 out. 2020.

³⁴ Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. Artigo de opinião. Sami Storch. <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em 17 out. 2020.

³⁵ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Art. 7º, II.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Observatório Judicial de Violência Contra a Mulher. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher>. Acesso em 24 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.827, de 13 de Maio de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm. Acesso em 24 nov. 2020.

BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos: Lei nº 13.772, de 19 de Dezembro de 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13772.htm. Acesso em 23 nov. 2020.

BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos: Lei nº 13.641, de 3 de Abril de 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm. Acesso em 24 nov. 2020.

BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos: Lei nº 13.505, de 8 de Novembro de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13505.htm. Acesso em 24 nov. 2020.

BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos: Lei Maria da Penha. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 24 nov. 2020.

CASTELLS, Manuel. O fim do patriarcalismo. In: O poder da identidade, capítulo 4, p. 169-285, Editora Paz e Terra, São Paulo, 2002.

HELLINGER SCHULE. <https://www.hellinger.com/pt/>. Acesso em 17 out. 2020.

INSTITUTO MARIA DA PENHA – IMP. Disponível em: www.institutomariadapenha.org.br. Acesso em 01 out. 2020.

NÚCLEO DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/areas/atuacao/nucleos/nevm/nucleo-de-enfrentamento-a-violencia-contra-a-mulher-nevm.htm>. Acesso em 08 out 2020.

NÚCLEO DE MEDIAÇÃO E JUSTIÇA RESTAURATIVA - MEDIAJUR. <https://www.upf.br/FD/unidade/laboratorios/mediajur>. Acesso em 17 out. 2020.

ONU MULHERES. Convenção sobre a Eliminação Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW 1979). Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em 24 nov. 2020.

PRADO, Débora; SANEMATSU, Marisa (orgs.). Femicídio invisibilidade mata. Fundação Rosa Luxemburg. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

PROJUR MULHER E PROJUR MULHER CIDADÃ. Disponível em: <https://www.upf.br/FD/unidade/laboratorios/projur>. Acesso em 17 out. 2020.

SAFFIOTI, Heleieth. A Mulher na Sociedade de Classes. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1976.

SOARES, C.; SABÓIA, A. L. Tempo, trabalho e afazeres domésticos: um estudo com base nos dados da

Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2001 e 2005. Rio de Janeiro: IBGE, 2007 (Textos para Discussão – Diretoria de pesquisas, n. 21).

SOF SEMPREVIVA ORGANIZAÇÃO FEMINISTA. Para entender a economia feminista e colocar a lógica da vida em primeiro lugar. São Paulo: SOF Sempreviva Organização Feminista, 2014.

STORCH, Sami. Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. Conjur, <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em 17out. 2020.

TEIXEIRA, M.O.; FARIA, N. Empoderamento econômico das mulheres no Brasil: pela valorização do trabalho doméstico e do cuidado. São Paulo: Oxfam Brasil, 2018.

A SÍNDROME DE ESTOCOLMO NAS RELAÇÕES DE CONJUGALIDADE: O PROCESSO DE REFENIZAÇÃO DA MULHER NO ÂMBITO CONJUGAL E FAMILIAR

Marcio C. Godinho¹

Adriana Fasolo Pilati²

INTRODUÇÃO

Síndrome de Estocolmo, em sueco, *Stockholmssyndromet*, foi o termo utilizado pelo psiquiatra e criminologista Nils Bejerot³, em atribuição ao comportamento manifestado pelos reféns de um assalto a banco⁴, ocorrido em Estocolmo, capital da Suécia, no dia 12 de agosto de 1973. Consiste numa condição psicológica característica de pessoas que, submetidas a um estado de refenização, como resultado, tendem a manifestar, em diversos níveis, laços afetivos com o agressor, podendo, até mesmo, defende-lo de uma eventual ameaça externa.

Esta síndrome não consta nos sistemas de classificação de desordens psicopatológicas, tais como o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais - DSM-5⁵. Provavelmente, isto se deve ao grau de dificuldade relacionado à observação clínica dos reféns, pois que o tratamento somente ocorre após a libertação do cativo⁶. Desta forma, os especialistas em saúde mental tendem ao diagnóstico de transtorno de estresse pós-traumático, devido à correspondência de vários critérios diagnósticos relacionados a este tipo de transtorno⁷. Outrossim, a síndrome de Estocolmo é abordada na matéria de criminologia⁸, sendo, também, objeto de estudo de diversos autores e pesquisadores⁹.

¹ Acadêmico de Direito – Faculdade de Direito – Universidade de Passo Fundo – Campus Lagoa Vermelha. E-mail: marciogodinho@gmail.com

² Docente Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF (1999), Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2015), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS (2003) e Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (1999). É advogada e professora de graduação e do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo (1999), com ênfase nas linhas Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Humanos, Sistemas de Justiça, Direito Imobiliário e Relações Familiares.

³ BEJEROT, Nils. **Nils Bejerot - socialläkare, psykiater och forskare**. Disponível em: <<http://www.nilsbejerot.se>>. Acesso em 01 dez. 2020.

⁴ BEJEROT, Nils. **The six day war in Stockholm**. Disponível em: <http://www.nilsbejerot.se/sexdagar_eng.htm>. Acesso em 01 dez. 2020.

⁵ DSM-5 (2014). **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**. Porto Alegre: Artmed.

⁶ GÓMEZ, Andrés Montero. **Psicopatología del Síndrome de Estocolmo: Ensaio de un modelo etiológico**. Número 51, Espanha. Revista Ciência Policial, 1999.

⁷ BARLOW, David H. **Manual Clínico dos Transtornos Psíquicos**. p. 63. Porto Alegre: Artmed, 1999.

⁸ GONZAGA, Christiano. **Manual de Criminologia**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁹ GÓMEZ, Andrés Montero. **Síndrome de adaptación paradójica a la violencia doméstica: una propuesta teórica**. Clínica y Salud, vol. 12, núm. 1, 2001, pp. 5-31.

LOGAN, Matthew H., PhD. **Stockholm Syndrome: Held Hostage by the One You Love**. Violence and Gender, vol. 5, number 2, USA, 2018.

MINU, S. Nair. **Stockholm syndrome - A self delusive survival strategy**. International Journal of Advanced Research (2015), Volume 3, Issue 11, 385 – 388.

Dessarte, a gama de comportamentos manifestados nesta síndrome, em muito se assemelha ao estado psicológico que acomete mulheres, vítimas de relacionamentos abusivos e tóxicos, ou que se encontram em situação de violência doméstica e familiar, até porque, no mais das vezes, entre os atores da violência, o sujeito ativo tende a se comportar como autêntico raptor, impondo o cerceamento à liberdade do sujeito passivo, submetendo-o a uma espécie de cativeiro psicológico, e, portanto, impingindo-lhe grande sofrimento. Portanto, o presente trabalho, analisará, no âmbito da conjugalidade, o comportamento de ambos, sujeito ativo, independente de gênero, e a mulher como sujeito passivo, sob a luz da criminologia e vitimologia, respectivamente.

Deve-se, também, consignar que, a família, base da sociedade, conforme postula o art. 226 da constituição cidadã¹⁰, nem sempre oferece o acolhimento necessário às vítimas desta espécie de violência, mas poderá constituir o ponto de partida para a solução, considerando que um conflito conjugal é, por extensão, um conflito familiar, e, portanto, sistêmico, tratando-se de algo que não atinge apenas os atores da violência, mas também os demais familiares, a comunidade, e, finalmente, a sociedade.

Na esteira deste raciocínio, a lei 11.340 de 07 de agosto de 2006¹¹, cujos dispositivos permitem alcançar atos que transcendem a violência física, abrange também as violências de caráter patrimonial, psicológico, moral, e, principalmente a violência sexual, consoante o fato de que, um sem-número de mulheres, por consequência de um relacionamento abusivo, é vítima do chamado estupro marital ou conjugal¹², cuja importância deve ser dada não somente por sua recorrência, mas acima de tudo, pela imensa dificuldade ante a produção de prova¹³.

Assim sendo, este trabalho será desenvolvido em três momentos. Inicialmente, no Item 1, O cenário e as condições estressoras que propiciam o desenvolvimento da síndrome de Estocolmo, numa análise entre sequestros reais, amplamente retratados pela mídia; no Item 2, A refenização da mulher no âmbito conjugal e familiar sob a percepção da criminologia e vitimologia, e, finalmente, no Item 3, A lei Maria da Penha e a necessidade de uma abordagem multidisciplinar ante o chamado ciclo da violência. Cabe destacar que, este artigo, é um dos trabalhos desenvolvidos no projeto de pesquisa “Jurisdição Constitucional e Democracia no Século XXI: o reconhecimento do bem-estar social como direito fundamental”¹⁴.

Sob esse contexto, o presente artigo busca demonstrar que os conflitos em âmbito conjugal e familiar, geram, como subproduto a gama de comportamentos resultantes da síndrome de Estocolmo, e sobre como a importância de seus sintomas, no contexto da violência contra a mulher, têm sido, possivelmente, menosprezados, seja por parte dos atores da violência e seus congêneres, das autoridades, ou dos agentes de saúde.

¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de out. 1988.

¹¹ BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos: **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 12 nov. 2020.

¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Estupro dentro das relações conjugais permanece invisível, alerta promotora**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/639436-estupro-dentro-das-relacoes-conjugais-permanece-invisivel-alerta-promotora/>>. Acesso em 07 nov. 2020.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal – Vol. 3**. p. 17. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

¹⁴ “Jurisdição Constitucional e Democracia no Século XXI: o reconhecimento do bem-estar social como direito fundamental”. Grupo de Pesquisa coordenado pela Profa. Dra. Adriana Fasolo Pilati. Universidade de Passo Fundo (UPF).

1. O CENÁRIO E AS CONDIÇÕES ESTRESSORAS QUE PROPICIAM O DESENVOLVIMENTO DA SÍNDROME DE ESTOCOLMO

Na manhã do dia 23 de agosto de 1973, assim que as portas do banco Sveriges Kreditbank of Stockholm, um homem, após adentrar no recinto, sacou uma metralhadora que trazia escondida no interior de uma maleta, desferindo tiros para o teto. Jan-Erik Olsson, após fazer quatro reféns, proferiu ameaças, reiteradas vezes, contra a vida dos reféns. Dentre suas exigências, a presença de um detento, de nome Clark Olofsson. Visando diminuir a tensão, as autoridades acataram o pedido, retirando Olofsson da cadeia e permitindo sua entrada no banco. Devido às ameaças feitas pelo primeiro criminoso, um dos reféns, a senhorita Kristin Enmark, passou a ver o segundo criminoso como um amigo, desenvolvendo o sentimento de que ele a protegia. Kristin, no segundo dia do sequestro, num telefonema, chegou a pedir a liberdade dos criminosos ao então primeiro-ministro da Suécia. Uma segunda refém, Elisabeth Oldgren, alegou, posteriormente, que Olsson, o primeiro criminoso, cuidava dela. Ao fim de seis dias e vários tiros disparados, quando a polícia finalmente entrou no banco, os reféns insistiram para ser conduzidos junto com os criminosos, a fim de que estes não fossem alvejados. Kristin Enmark e Clark Oloffson¹⁵, a quem sempre tratou como amigo, mantiveram contato por correspondência durante décadas, depois do episódio.

No ano de 1974, Patrícia Campbell Hearst, neta de um magnata, foi sequestrada por terroristas americanos. Libertada do cativeiro após uma busca de quase dois anos, 'Patty Hearst'¹⁶ havia sido considerada fugitiva, posto que cometera vários crimes juntamente com seus sequestradores.

Com apenas dez anos de idade, a austríaca Natascha Kampusch¹⁷ foi sequestrada em 1998, a caminho da escola. Durante oito longos anos, seu sequestrador, Wolfgang Přiklopil, submeteu sua refém à privação de comida, luz, agredindo e humilhando constantemente, além dos abusos sexuais. Natascha conseguiu escapar de seu cativeiro devido a um momento de distração do sequestrador que, ao tomar conhecimento que a polícia lhe procurava, cometeu suicídio. A jovem, que guardava consigo uma foto do caixão do sequestrador, alegou ter sido poupada do convívio com os vícios e más companhias, demonstrando gratidão por Wolfgang, referindo-se a ele como uma pessoa gentil, e, inclusive, tendo chorado muito ao saber que ele havia cometido suicídio.

Talvez, o caso mais emblemático, ocorrido no dia 23 de fevereiro de 2002, envolveu a franco-colombiana Ingrid Betancourt, e a colombiana Clara Rojas, à época, candidatas a presidente e vice, respectivamente, da Colômbia. Ambas foram sequestradas pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), enquanto realizava sua campanha eleitoral. Rojas teve um filho com um guerrilheiro, enquanto esteve no cativeiro. Embora Betancourt refute a possibilidade de ter desenvolvido a síndrome de Estocolmo durante o cativeiro, seu depoimento revela, de maneira incontroversa, a sintomatologia característica desta síndrome:

Fui sujeita a muitas humilhações. Chegou um momento em que criei barreiras psicológicas para me proteger. E uma das maneiras para combater a manipulação deles era lembrar a mim mesma e a meus colegas que eles não eram autoridades nem tinham direito de nos sequestrar. E era nosso direito tentar escapar e buscar a liberdade. Essa minha atitude contrastava com a de outros companheiros.

¹⁵ BILLING, Sören. **Four decades of Stockholm Syndrome**. The Local. 2013. Disponível em: <<https://www.thelocal.se/20130821/49754>>. Acesso em 01 dez. 2020.

¹⁶ EUA. FBI. Famous cases & criminals. **Patty Hearst**. Disponível em <<https://www.fbi.gov/history/famous-cases/patty-hearst>>. Acesso em 01 dez. 2020.

¹⁷ ANDRADE, Mariana. **O sequestro de Natascha Kampusch: 8 anos em cativeiro**. Canal Ciências Criminais. 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/sequestro-natascha-kampusch/>>. Acesso em 01 dez. 2020.

Não houve síndrome de Estocolmo, mas sim uma necessidade de criar laços de confiança com a guerrilha para obter uma vida mais fácil. E era isso que a guerrilha queria. Ficava claro que alguns prisioneiros recebiam um trato diferencial. Davam-lhes mais espaço, mais comida, medicamentos quando preciso.¹⁸

Os casos supracitados demonstram que, pessoas em situação de violência, terror e ameaças, tendem a manifestar uma resposta afetiva que funciona como um dispositivo de preservação à suas vidas. Este dispositivo faz com que, novamente, a vítima aja em consentimento aos abusos do agressor. Portanto, não se trata de uma vontade pura no sentido de fazer por espontaneidade, mas sim, de ação que, embora forçada, visa proteger sua integridade.

2. A REFERENIZAÇÃO DA MULHER NO ÂMBITO CONJUGAL E FAMILIAR SOB A PERCEPÇÃO DA CRIMINOLOGIA E VITIMOLOGIA

Sentimentos de ciúme e possessividade são elementos presentes nas relações interpessoais, sobretudo naquelas de caráter conjugal. Uma vez exacerbados, causam sentimentos dolorosos de desconfiança, suspeita de infidelidade, constituindo o pano de fundo para os relacionamentos abusivos, onde a mulher que sofre a violência doméstica, também é submetida à referenização, mormente, sob o testemunho, e às vezes até mesmo sob a indiferença de seus próprios familiares.

No âmbito da conjugalidade, o processo de referenização tem seu início quando, entre os atores da violência, o sujeito ativo, visando o enfraquecimento emocional do sujeito passivo, utiliza-se de violência psicológica, incluindo estratégias de manipulação, como o *gaslighting*.

É chamado de **gaslighting** uma forma muito eficaz de abuso psicológico, quando o parceiro distorce, omite ou simplesmente inventa fatos com a intenção de fazer a vítima duvidar de seus sentimentos, sua memória, percepção e sanidade, o que dá muito poder ao abusador. Como a vítima perde a habilidade de confiar em suas próprias percepções, passa a ser muito mais provável que ela permaneça no relacionamento. Geralmente, o abuso emocional acontece de forma gradual e sem que a vítima perceba. Com o passar do tempo, esses padrões abusivos aumentam, fazendo com que a vítima se torne cada vez mais dependente da relação e muitas vezes se isole de amigos e familiares¹⁹.

A prática do *gaslighting* não costuma ocorrer de maneira isolada. Violências de caráter sexual e patrimonial também surtem destruidor efeito no emocional do sujeito passivo. A estas práticas, juntam-se o sexo forçado, o confisco e retenção de objetos pessoais tais como aparelhos celulares, a destruição de roupas e acessórios correlatos, a violação de senhas, aplicativos de conversa instantânea ou redes sociais, e a conseqüente agressão física. Finalmente, o cerceamento de liberdade da vítima, em que lhe é suprimido o direito de visitar familiares ou amigos, o tipo de roupa que irá vestir, a proibição de frequentar certos eventos ou realizar um curso de sua escolha. Por vezes, estas proibições não acontecem de modo ostensivo, bastando um olhar ameaçador para que a condição do 'cativeiro psicológico' seja reforçada.

Certas estruturas familiares necessitam ser aprimoradas, de modo que, dentro delas, a banalização da violência intrafamiliar não prospere. Um dos fatores impeditivos para que este aprimoramento aconteça, reside na tendência à relativização da violência que acontece no seio da própria família, ao passo que, a violência que acontece na família alheia, é passível de duras críticas. Trata-se de um traço narcisista

¹⁸ ÉPOCA, Redação. **Ingrid Betancourt: "Nem Pablo Escobar foi tratado como eu"**. Revista Época. São Paulo. 2010. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI185576-15228,00-INGRID+BETANCOURT+NEM+PABLO+ESCOBAR+FOI+TRATADO+COMO+EU.html>>. Acesso em 01 dez. 2020.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 83.

cuja expressão, em Criminologia, ciência do Direito Penal, são, 'criminologia de si', e 'criminologia do outro'²⁰. No primeiro caso, trata-se o delito como algo trivial, minimizando atos e consequências, evocando o adágio de que todos, n'algum momento de suas vidas, são passíveis de cometer crimes. Já no segundo caso, considerando que o delito não foi praticado por si, mas por outrem, o senso crítico se exacerba.

De acordo com o Ministério Público do Pará, 60% das vítimas reata com o agressor por pressão da própria família, enquanto um índice igualmente alto, de 37% das vítimas, reata por 'amor'²¹. Logo, é indubitável que a violência intrafamiliar, baseada na 'criminologia de si', tende a se perpetuar, impedindo ou dificultando à mulher, sua saída do chamado ciclo da violência, especialmente porque, a família, ao pressionar pela manutenção do relacionamento, estará agindo, mais uma vez, em consentimento aos abusos do agressor.

Não é raro que a vítima, mesmo aquela que obteve medida protetiva, quando ouvida na delegacia, manifeste desinteresse no prosseguimento do inquérito. A mesma experiência se repete nas audiências perante o juiz, onde a vítima, por razões diversas, busca retratar-se na esperança de fazer cessar a ação penal contra seu agressor. Consoante realidade de que muitas vítimas o fazem sob forte ameaça, por outro lado, outras, sob o argumento de que já se reconciliaram com o agressor, buscam, também, o afastamento das medidas protetivas. Contudo, a lei Maria da Penha traz, expressamente, no artigo 16, a seguinte redação:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público²².

Deve-se notar que, nos mais das vezes, e por razões diversas, as próprias vítimas buscam inocentar seus agressores, seja por influência externa, através da ameaça do próprio agressor, pressão familiar ou social; ou mesmo, por razões de foro íntimo. Em todos estes casos, estará a vítima, agindo em consentimento aos abusos do agressor. Para tanto, carregará o peso da violência a que sofrera, sujeitando-se à vitimização secundária, também chamada revitimização²³. Ainda que não seja culpada pela violência sofrida, no entanto, estará concordando em assumir o papel de corresponsável pelo que se lhe aconteceu, vindo a sofrer a chamada 'vitimização terciária propriamente dita ao ofendido', conforme verifica-se no trecho a seguir:

Muitas vezes a pessoa ofendida, a depender do seu gênero, orientação sexual, raça, idade ou espécie do crime praticado contra si, é objetivo de discriminação, acusações e abandono por familiares, amigos, vizinhos e colegas, situação que potencializa os danos sofridos pela infração penal que sofreu, o que recai de modo vertiginoso à sua integridade psíquica e muitas vezes até patrimonial²⁴.

Este, aliás, é um fenômeno que deve ser mais bem compreendido, posto que a vítima, com assustadora frequência, tende a ser culpabilizada.

Neste sentido, deve-se compreender que a vítima necessita se fortalecer a fim de que consiga sair

²⁰ GONZAGA, Christiano. **Manual de Criminologia**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 180.

²¹ MMPA – Ministério Público do Pará. Disponível em: <<https://www2.mppa.mp.br/noticias/promotoria-divulga-dados-de-violencia-contra-a-mulher-na-capital.htm>>. Acesso em 02 dez. 2020.

²² BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Art. 16**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 02 dez. 2020.

²³ BURKE, Anderson. **Vitimologia: Manual da vítima penal**. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. cap. Espécies de Vitimização. p. 79.

²⁴ BURKE, Anderson. **Vitimologia: Manual da vítima penal**. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. cap. Espécies de Vitimização. p. 82-83.

do ciclo da violência, rompendo o processo de refenização. Para tanto, não poderá ser marginalizada, especialmente porque necessita reconstruir seus bens jurídicos, destruídos pela violência a que foi submetida. É necessário tirá-la da marginalização, oferecendo-lhe uma nova perspectiva, onde possa restaurar sua cidadania, tendo preservados, os seus direitos fundamentais, como também, o reconhecimento de seus direitos enquanto vítima penal, o que inclui o desenvolvimento de políticas públicas, em evocação ao artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Cidadã²⁵, cujo escopo seja a promoção da dignidade humana dos ofendidos²⁶.

3. A LEI MARIA DA PENHA E A NECESSIDADE DE UM ABORDAGEM MULTIDISCIPLINAR ANTE O CHAMADO CICLO DA VIOLÊNCIA

A lei Maria da Penha não é, simplesmente, mera lei. Trata-se de verdadeiro sistema cujos elementos a colocam na condição de uma das legislações mais avançadas do mundo, no que concerne o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, em estrita adequação à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher²⁷, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres²⁸, bem como a Constituição Federal²⁹.

A multidisciplinaridade contida em sua natureza jurídica, faculta uma série de ações afirmativas que, pela primeira vez, dão credibilidade à palavra da mulher, vítima de violência doméstica e familiar. Em suma, a lei Maria da Penha possui aspectos penal, processual penal, civil, processual civil, além de conter dispositivos trabalhistas e previdenciários, sendo que este último aspecto, merece destaque, conforme segue:

O fato de a legislação previdenciária não incluir no rol de benefícios sociais a manutenção do vínculo trabalhista à mulher vítima de violência doméstica (Lei 8.213/91, art. 18) não pode impedir o deferimento da medida. A ofensa à integridade física ou psicológica da mulher equipara-se à doença segurada, sendo cabível sua concessão, nem que seja a título de auxílio-doença³⁰.

Sua instrumentalização é de tal modo rigorosa que, em seu âmbito, no ano de 2019, 349.942 medidas protetivas de urgência foram solicitadas pela Polícia Civil, 16,9% a mais, em relação a 2018, onde 275.158 medidas foram solicitadas³¹. Já, o número de homicídios com vítimas do sexo feminino, em 2019, foi de 3.730, com um percentual 14,7% menor que em relação a 2018, ano em que houve 4.340 homicídios³². Por outro lado, o número de vítimas de feminicídio subiu 7,1% em relação ao mesmo

²⁵ BRASIL, **Constituição Federal**. Art. 226. § 8º: O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

²⁶ BURKE, Anderson. **Vitimologia: Manual da vítima penal**. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. cap. Vitimologia da Ação. p. 69.

²⁷ **Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”**. Disponível em <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em 03 dez. 2020.

²⁸ ONU MULHERES. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW 1979)**. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em 03 dez. 2020.

²⁹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 189.

³¹ FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. - TABELA 39. Medidas protetivas de urgência solicitadas pela Polícia Civil no âmbito da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) Brasil e Unidades da Federação – 2018-2019. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em 03 dez. 2020.

³² FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. - TABELA 37. Homicídios de mulheres e feminicídios Brasil e Unidades da Federação – 2018-2019. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em 03 dez. 2020.

período, sendo registrados 1.326 feminicídios em 2019, contra 1.229 em 2018³³.

Estes números, são de tal modo alarmantes, e indicam uma quebra de hegemonia, não exatamente nos dispositivos da lei Maria da Penha, mas no comportamento dos atores da violência, que pode ser verificado no texto a seguir:

Não raras vezes, contudo, nega-se a gravidade da violência, como se a retratação da vítima ou a reconciliação do casal resolvesse a questão. Fala-se em “restabelecer a paz” familiar ou desnecessidade de intervenção estatal³⁴.

Na esteira deste raciocínio, verifica-se a necessidade de uma abordagem em nível multidisciplinar, que transcenda os aspectos jurídicos, consoante o fato de que, a lei Maria da Penha, por si só, não é capaz de resolver a questão da violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo necessário compreender as razões que as tornam tão reticentes à saída do ciclo da violência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como propósito, jogar luz ao estado de refenização o qual a mulher em situação de violência doméstica e familiar está submetida, e que consiste num mal invisível à percepção social.

Mulheres envoltas ao ciclo da violência tendem a retratar-se, pois creem na mudança comportamental de seus agressores, ainda que os fatos deponham contra isto. Visado pacificarem as relações familiares, elas aceitam a refenização, o que, além de colocar suas vidas em risco, as expõe ao nefasto processo de desajuste psicológico, fazendo com que desenvolvam comportamentos análogos à síndrome de Estocolmo, tema abordado no início deste artigo.

Apesar da robustez da lei Maria da Penha, é necessário a criação de programas e núcleos de assistência à mulher em situação de violência doméstica, bem como o aprimoramento daqueles já existentes, no sentido de facultar às vítimas, melhor entendimento acerca da violência que experimentaram (ou experimentam), e o impacto causado em suas vidas. De igual modo, é necessário (e urgente!), o desenvolvimento de programas voltados para a reeducação do agressor, independentemente de seu gênero, abrindo espaço, também, para as famílias dos atores da violência. Constata-se, portanto, a importância do desenvolvimento de políticas públicas adequadas.

Finalmente, o enfrentamento à violência doméstica deve se tornar, acima de tudo, um compromisso de toda a sociedade, pois sem uma efetiva cooperação social, nem mesmo a mais robusta das leis, cumprirá a finalidade para a qual foi criada.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Mariana. **O sequestro de Natascha Kampusch: 8 anos em cativeiro**. Canal Ciências Criminais. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/sequestro-natascha-kampusch/>. Acesso em 01 dez. 2020.

³³ FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. - TABELA 37. Homicídios de mulheres e feminicídios Brasil e Unidades da Federação – 2018-2019. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em 03 dez. 2020.

³⁴ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha, o silêncio da vítima e a intrigante dúvida: por que a mulher retoma o relacionamento com o agressor?** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-maria-da-penha-o-silenciada-vitima-e-a-intrigante-duvida-por-que-a-mulher-retoma-o-relacionamento-com-o-agressor/13967>>. Acesso em 03 dez. 2020.

- BARLOW, David H. **Manual Clínico dos Transtornos Psíquicos**. p. 63. Porto Alegre: Artmed, 1999.
- BEJEROT, Nils. **Nils Bejerot - socialläkare, psykiater och forskare**. Disponível em: <http://www.nilsbejerot.se>. Acesso em 01 dez. 2020.
- BEJEROT, Nils. **The six day war in Stockholm**. Disponível em: http://www.nilsbejerot.se/sexdagar_eng.htm. Acesso em 01 dez. 2020.
- BILLING, Sören. **Four decades of Stockholm Syndrome**. The Local. 2013. Disponível em: <https://www.thelocal.se/20130821/49754>. Acesso em 01 dez. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Estupro dentro das relações conjugais permanece invisível, alerta promotora**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/639436-estupro-dentro-das-relacoes-conjugais-permanece-invisivel-alerta-promotora/>. Acesso em 07 nov. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos: **Lei Maria da Penha**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 02 dez. 2020.
- BURKE, Anderson. **Vitimologia: Manual da vítima penal**. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- CANAL DE PERÍCIA. Síndrome de Estocolmo - Origem e casos famosos. Disponível em: <https://www.canaldepericia.org/post/s%C3%ADndrome-de-estocolmo-origem-e-casos-famosos>. Acesso em 30 nov. 2020.
- _____. Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”. <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em 24 nov. 2020.
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- DSM-5 (2014). Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. Porto Alegre: Artmed.
- ÉPOCA, Redação. **Ingrid Betancourt: "Nem Pablo Escobar foi tratado como eu"**. Revista Época. São Paulo. 2010. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI185576-15228,00-INGRID+BETANCOURT+NEM+PABLO+ESCOBAR+FOI+TRATADO+COMO+EU.html>. Acesso em 01 dez. 2020.
- EUA. FBI. Famous cases & criminals. **Patty Hearst**. Disponível em <https://www.fbi.gov/history/famous-cases/patty-hearst>. Acesso em 01 dez. 2020.
- FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha, o silêncio da vítima e a intrigante dúvida: por que a mulher retoma o relacionamento com o agressor?** Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-maria-da-penha-o-silencioda-vitima-e-a-intrigante-duvida-por-que-a-mulher-retoma-o-relacionamento-com-o-agressor/13967>. Acesso em 03 dez. 2020.
- FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário **Brasileiro de Segurança Pública 2020**. Disponível

em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em 03 dez. 2020.

GÓMEZ, Andrés Montero. **Psicopatología del Síndrome de Estocolmo: Ensaio de un modelo etiológico**. Número 51, Espanha. Revista Ciência Policial, 1999.

GÓMEZ, Andrés Montero. Síndrome de adaptación paradójica a la violencia doméstica: una propuesta teórica. *Clínica y Salud*, vol. 12, núm. 1, 2001, pp. 5-31.

GONZAGA, Christiano. **Manual de Criminologia**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

INSTITUTO MARIA DA PENHA – IMP. Disponível em: www.institutomariadapenha.org.br. Acesso em 01 out. 2020.

LAMELA, Anxo. **Crime que originou "Síndrome de Estocolmo" completa 40 anos**. Exame. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/crime-que-originou-sindrome-de-estocolmo-completa-40-anos>. Acesso em 07 nov. 2020.

LOGAN, Matthew H., PhD. **Stockholm Syndrome: Held Hostage by the One You Love**. *Violence and Gender*, vol. 5, number 2, USA, 2018.

MINU, S. Nair. Stockholm syndrome - A self delusive survival strategy. **International Journal of Advanced Research** (2015), Volume 3, Issue 11, 385 - 388.

MMPA – Ministério Público do Pará. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/noticias/promotoria-divulga-dados-de-violencia-contra-a-mulher-na-capital.htm>. Acesso em 02 dez. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal – Vol. 1, 2 e 3**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

NÚCLEO DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/areas/atuacao/nucleos/nevm/nucleo-de-enfrentamento-a-violencia-contra-a-mulher-nevm.htm>. Acesso em 08 out 2020.

RIBEIRO, Lucio Ronaldo Pereira. **Vitimologia**. Revista Síntese de Direito Penal. MPSP. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_07_30.pdf. Acesso em 05 nov. 2020.

ROJAS, Clara; GARCÍA, Isabel. **Eu, Prisioneira das Farc**. 1 ed. São Paulo: Ediouro, 2009.

OLIVEIRA, João Joaquim de. **Refém - O processo de refenização do outro**. *Jornal da Cidade* Disponível em: <https://jotacidade.com/colunas/refem-o-processo-de-refenizacao-do-outro/>. Acesso em 07 nov. 2020.

ONU MULHERES. **Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW 1979)**. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em 24 nov. 2020.

ARTIGOS GT 5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O PODER LOCAL: POSSÍVEIS SOLUÇÕES A PARTIR DE UMA GESTÃO MUNICIPAL RESPONSÁVEL E DESCENTRALIZADA

Jander Rocha da Silva¹

Janaína Rigo Santin²

INTRODUÇÃO

Não se pode negar que a Constituição Federal de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, representou um grande marco na história constitucional brasileira pois, dentre outras conquistas da cidadania, consolidou os Direitos Fundamentais Sociais no Brasil que estão positivados no artigo 6º da Constituição Federal.

No entanto, mais de 30 anos se passaram da promulgação da Constituição Federal, e a crise de efetividade dos direitos sociais é um tema recorrente e relevante para o contexto da administração pública brasileira, pois diante das limitações orçamentárias, da escassez de recursos, do mal gerenciamento e planejamento da máquina pública, o poder público encontra, atualmente, graves dificuldades de concretizar tais direitos. O objetivo do presente trabalho, pelo método hipotético-dedutivo, é analisar as possíveis alternativas na busca da efetivação de tais direitos, como a necessidade de uma administração pública gerencial, galgada na responsabilidade fiscal, no planejamento e no cumprimento de metas por parte dos gestores públicos; aliada à descentralização e à participação no poder político, aproximando as decisões sobre tutelas jurídico-políticas daqueles diretamente afetados por elas.

1. PONTOS HISTÓRICOS E O CONTEXTO DE CRISE

Os Direitos Fundamentais, desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, passaram por inúmeras transformações, “tanto no que diz respeito ao conteúdo, quanto no que concerne à titularidade, eficácia e efetivação, razão pela qual se fala até mesmo num processo de autêntica mutação histórica, vivenciada pelos direitos fundamentais”³. Para uma possível ilustração desse processo de mutação, elaborou-se a ideia de que essa evolução poderia ser compreendida mediante identificação de três “gerações de direitos humanos fundamentais”. Em especial o reconhecimento dos direitos de segunda geração, direitos estes que visaram enfrentar as desigualdades sociais, com vistas a uma efetiva justiça material e não apenas formal.

Em se tratando de uma perspectiva histórico-constitucional, os direitos sociais, objeto do presente estudo, foram inseridos de forma embrionária nas Constituições Francesas de 1793 e 1848⁴, apresentando

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo - 154594@upf.br

² Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Bolsista CAPES; Doutora em Direito pela UFPR; Mestre em Direito pela UFSC; Professora do Mestrado em Direito e do Mestrado e Doutorado em História da Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo, RS, Brasil - janainars@upf.br.

³ SARLET, Ingo Wolfgang et.al. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p.258-259.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang et.al. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p.261.

preocupações de cunho social.

Porém, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que a consagração dos direitos sociais se deu com o final da Primeira Guerra Mundial, momento em que foram reconhecidos oficialmente os direitos econômicos e sociais em grande parte dos países envolvidos, pela necessidade de atuação do Estado para a sua reconstrução. É nesse contexto de pós-guerra, que “os Direitos Sociais surgem e se desenvolvem ao longo do século XX, muito por influência da Revolução Russa, da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, legitimando assim o Estado Social, Estado de bem-estar social, *Welfare State* ou Estado da providência”⁵.

Na mesma toada, os direitos sociais foram consagrados em diversos pactos internacionais, dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual é considerada “o Estatuto da liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código de nacionalidade, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.

Já no Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a prever um título específico para os chamados Direitos e Garantias Fundamentais (Título II), sendo também consagrados direitos sociais básicos e de caráter mais geral, bem como foi previsto um extenso elenco de direitos dos trabalhadores. Esse comprometimento está presente também no seu preâmbulo, o qual evidencia um “forte compromisso com a justiça social, comprometimento esse reforçado pelos princípios fundamentais elencados no Título I da CF, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, positivada como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito”⁶.

Assim, é inegável que a Constituição Federal de 1988 representou um grande marco nas lutas pelos direitos fundamentais no Brasil, já que a sociedade civil estava amordaçada por mais de 20 anos de forte autoritarismo (característico da ditadura militar)⁷ instituiu o Estado Democrático de Direito no Brasil, fato que trouxe inúmeras inovações, dentre elas, o amplo tratamento conferido aos Direitos Fundamentais. Na visão de Paulo Roberto de Figueiredo Dantas, ao considerar como direitos fundamentais um extenso rol de direitos sociais, “fundamentados no princípio da igualdade, impõem ao Estado um dever de agir, visando à obtenção da igualdade substancial, e não apenas formal entre os indivíduos”⁸.

Agora, ao adentrar diretamente “à temática quanto à titularidade dos direitos sociais, pode-se dizer que o homem na sua individualidade é o seu detentor, podendo exigir o respeito, proteção ou promoção destes direitos individualmente, todavia, deve-se atentar ao princípio da universalidade”, que contribuir para que os direitos sociais sejam concebidos como direitos de índole coletiva, pelo qual se relaciona à própria expressão “direito social”. Por sua vez, “quanto ao sujeito passivo dos direitos sociais, o Estado deve atuar como protetor e implementador de políticas públicas efetivando as normas programáticas de maneira substancial como prescrito na nossa Constituição”⁹.

O texto constitucional afirma o “dever do Estado” de propiciar a proteção da saúde, à educação, à cultura, ao lazer, ao trabalho, à seguridade social, ao turismo e ao desporto. Assim, o sujeito passivo dos

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.59.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang et.al. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p.543.

⁷ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p.139.

⁸ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 5 ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014. p.314.

⁹ BERNARDINO, Laerty Morelin. STIPP, Luna. **Direitos Fundamentais e Sociais: Desafios da contemporaneidade para resguardar os direitos da pessoa**. XXIV Congresso Nacional do Conpedi. Organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/g5zmv4pn/8Zt5E3Q2i5t49JcS.pdf> Acesso em: 05 de julho de 2020. p.13-15.

direitos sociais é o Estado, o qual se responsabiliza pelo atendimento, prestação e promoção de políticas públicas garantidoras destes direitos, com a “instituição dos serviços públicos a eles correspondentes, o que trata de uma garantia institucional”¹⁰.

As chamadas políticas públicas são caracterizadas por instrumentos variados (programas políticos e serviços públicos) conforme a área de abrangência: saúde, educação, trabalho, assistência social, aposentadoria, moradia ou cultura. É possível assim, “identificar uma estreita relação entre os temas das políticas públicas e dos direitos humanos, pois uma das características do movimento de ampliação do conteúdo jurídico da dignidade humana é a multiplicação das demandas por direitos sociais”¹¹ Nessa linha de análise, é possível afirmar que “o fundamento justificador do surgimento das políticas públicas é a existência dos direitos sociais, que pressupõe prestações positivas do Estado para sua concretização”¹².

Logo, as políticas públicas representam o conjunto de ações, programas e decisões tomadas pelos governos nas diferentes esferas da federação (Municipal, Estadual e Federal) com a participação direta ou indireta de entes públicos ou privados.

Entretanto, desde 1988 a economia brasileira passou por diversas crises, em destaque a mais recente, a que legou ao país uma recessão econômica como nunca visto desde 1929¹³. Fato este que culminou em uma queda brutal na arrecadação de tributos, impactando de forma direta na prestação dos serviços públicos e, em especial, nos direitos sociais mais prementes, como a saúde, a educação e moradia. Levou inúmeros gestores públicos de Estados e Municípios a decretar situação de calamidade financeira em seus âmbitos de governo¹⁴

Em decorrência da sangria fiscal vivenciada pela administração pública brasileira há quase uma década, foram reduzidos os repasses de verbas em áreas como a saúde por parte da União aos Estados, Municípios e o Distrito Federal. Esse sucateamento do Sistema Único de Saúde brasileiro refletiu-se em 2020, quando foi necessário enfrentar a pandemia Covid-19 e o caos se instalou. O Brasil foi um dos países onde mais morreram pessoas de todo o mundo, somente perdendo para os Estados Unidos da América, país com ideologia liberal e que não possui sistema de saúde público. Apesar das medidas de restrição econômica e isolamento social adotadas.

Ainda assim, por vários anos, grande parte dos gestores públicos que estiveram à frente do Executivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios gastaram de forma desenfreada, resquícios também de uma administração totalmente patrimonialista, revestidos de um manto populista, deixando assim, severos problemas fiscais aos seus sucessores, cuja a população acaba sendo a maior prejudicada¹⁵. Sem dúvidas, a irresponsabilidade fiscal, o populismo com as contas públicas, o não comprometimento dos gestores com uma boa administração, o inchaço da máquina estatal e as brutais desigualdades em nível de

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.69.

¹¹ PAYÃO, Jordana Viana. **Políticas públicas em tempos de crise**. XXVI Congresso Nacional do Conpedi, Brasília, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/z73o8t52/Vz23qf3I5us4O4Yj.pdf>. Acesso em 26 set. 2020. p.14.

¹² PAYÃO, Jordana Viana. **Políticas públicas em tempos de crise**. XXVI Congresso Nacional do Conpedi, Brasília, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/z73o8t52/Vz23qf3I5us4O4Yj.pdf>. Acesso em 26 set. 2020. p.11.

¹³ OLIVEIRA, Grazielle; CORONATO Marcos. **Como o Brasil entrou, sozinho, na pior crise da história**. Época, 04 de abril de 2016. Disponível em: <https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/04/como-o-brasil-entrou-sozinho-na-pior-crise-da-historia.html>. Acesso em 26 set. 2020.

¹⁴ G1. **Governo do RS decreta calamidade financeira na administração pública**. 22 de novembro de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/11/governo-do-rs-decreta-calamidade-financeira-na-administracao-publica.html> Acesso em 26 set. 2020.

¹⁵ TOMAZELLI, Idiana; GAVRAS, Douglas. **Estudo indica que 16 Estados correm risco de insolvência**. O Estado de São Paulo, São Paulo, 07 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.sincovaga.com.br/estudo-indica-que-16-estados-correm-risco-de-insolvencia/> Acesso em 26 set. 2020.

distribuição de receitas, contribuíram sensivelmente para a crise fiscal do Estado brasileiro, que impacta na prestação dos serviços públicos.

Nesse sentido, urge a adoção atitudes capazes de reverter este estado de insolvência por que passa o Estado brasileiro. São elas: diminuir os gastos em todas as esferas federativas, tanto da administração direta quanto indireta; aumentar a transparência da gestão pública e os mecanismos participativos e de controle social; rever a repartição das receitas tributárias, muito concentradas na União em detrimento dos Municípios, tendo em vistas que são eles os responsáveis por grande parte dos serviços públicos garantidores dos direitos sociais; responsabilizar de maneira severa aqueles que atentam contra a Administração Pública, combatendo o patrimonialismo e o clientelismo, históricos no país.

2. PODER LOCAL E RESPONSABILIDADE FISCAL COMO ALTERNATIVAS DE SUPERAÇÃO DA CRISE

Em primeiro plano cabe destacar que o Estado Federado, distingue-se do Estado Unitário por ser fortemente descentralizado nas suas decisões político-administrativas, bem como na repartição das competências e na garantia de autonomia financeira, orçamentária, administrativa, política e legislativa entre os respectivos entes federados.

O federalismo teve sua origem nos Estados Unidos da América, em decorrência da ruptura das 13 Colônias Americanas com a Inglaterra e do frágil modelo de confederação adotado, o qual não foi capaz de suprir as necessidades básicas do povo americano, que preservava o direito a um governo local mas queria maior fortalecimento externo. Nesse sentido, caracteriza-se a federação “pela coexistência de poderes de esferas diversas, e na qual se observa uma descentralização política e administrativa”¹⁶

Já no âmbito do federalismo nacional, segundo Ferreira Filho, em se tratando das competências entre os entes da federação, a Constituição Federal do Brasil de 1988 estabeleceu dois tipos de competências: legislativa e administrativa¹⁷. No tocante à legislativa, há competências exclusivas e privativas da União, bem como competências concorrentes deferidas a União, Estados e Distrito Federal e comuns a todos os entes federativos.

Entende-se como competência privativa aquela que compete à União legislar sobre determinada matéria, podendo delegá-la a outro ente. Em se tratando de competência exclusiva, caberá a um determinado ente legislar sobre determinada matéria, impedindo a delegação de competência para outro ente. Em se tratando das “competências dos municípios estão dispostas no artigo 30, inciso I, de forma privativa, referida como interesse local”¹⁸. Por sua vez, o Estado tem a competência remanescente ou residual, estabelecida pelo artigo 25, parágrafo primeiro: “São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

Tratando-se da atividade financeira e tributária do Estado, para a consecução desse da finalidade do Estado, é necessário angariar recursos e receitas públicas, sejam elas provenientes de receitas originárias ou derivadas. Nesse sentido, o tributo é uma forma de angariar recursos para os cofres públicos através de receitas derivadas.

Por sua vez, a fim de concretizar o federalismo cooperativo e reduzir as desigualdades regionais do país, ideal presente na Constituição Federal de 1988, “as transferências intergovernamentais de recursos

¹⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 8.ed São Paulo: Forense, 2012. p.128

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.61

¹⁸ TRISTÃO, José Américo Martelli. **A Administração Tributária Dos Municípios Brasileiros: uma avaliação do desempenho da arrecadação**. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação da FGV/EAESP. São Paulo, 2003. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2568/86620.pdf>___Acesso em 26 set. 2020.p.61

podem ser usadas de forma a compensar diferenças regionais de receitas, ou custos e benefícios externos decorrentes de ações locais”¹⁹. Dentre as transferências federais destacam-se: Fundo de Participação dos Estados, Fundo de Participação dos Municípios, Fundo de Participação nas Exportações, Fundo Nacional de Desenvolvimento do Ensino Básico (FUNDEB). Já em relação às transferências realizadas pelos Estados-membros aos Municípios destacam-se “os repasses de 25% do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) arrecadado e 50% do IPVA (Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores) ao Município de origem”²⁰, além de eventuais convênios firmados entre o Estado-membro e o município, como o que ocorre na área da saúde e da educação, por exemplo.

Porém, ao se verificar a descentralização prevista na Constituição Federal de 1988, aumentando as atribuições do Município no que tange à efetivação dos direitos sociais, é possível ressaltar que o Poder Local brasileiro tem “muitos ônus e poucos bônus. Ou seja, a tradição política e as relações entre os entes da administração pública estão assentadas em uma forte centralização política no que tange à repartição tributária. Nesse sentido, o Estado brasileiro sempre deteve a prerrogativa de estabelecer as diretrizes sociais, econômicas e políticas, num ajuste centralizador e unilateral. Define um leque muito amplo de políticas públicas sob responsabilidade do gestor municipal, porém retém na União grande parte das receitas tributárias do país”²¹. Partindo desse pressuposto, Ladislau Dowbor afirma que “a dramática centralização do poder político e econômico que caracteriza esta forma de organização da vida em sociedade leva, em última instância, a um divórcio profundo entre as necessidades dos cidadãos e o conteúdo das decisões sobre o desenvolvimento econômico e social”²².

Para fazer frente a essas mazelas, é preciso aumentar ainda mais a descentralização, não só dos serviços públicos, mas também dos recursos públicos para o ente municipal. Por “ser mais próximo do cidadão, o Poder Local é mais factível de ser democratizado e de oportunizar uma maior participação da comunidade”²³. A vida acontece no município, ou seja, no espaço local e não no Estado ou na União. Nesse aspecto, Janaina Rigo Santin defende que:

[...] afinal, é muito mais fácil ao cidadão conhecer e contatar com o seu prefeito, secretários e vereadores quando comparado às possibilidades de contato com a Presidência da República ou seus Ministros. É o novo papel a ser assumido pelas células municipais, diante das mudanças por que passa o Estado Nacional.²⁴

Sem dúvidas, “o Poder Local, apresenta-se, pois como uma alternativa onde os próprios indivíduos, mediante uma participação política ativa dentro do seu município ou comunidade pleiteiam os seus direitos sociais que o Estado já não tem mais condições de efetivar”²⁵. Conforme apontado, é cada vez mais “evidente que o paradigma do Estado-Nação, desenvolvido na modernidade, está em crise, não podendo

¹⁹ TRISTÃO, José Américo Martelli. **A Administração Tributária Dos Municípios Brasileiros: uma avaliação do desempenho da arrecadação**. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação da FGV/EAESP. São Paulo, 2003. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2568/86620.pdf> Acesso em 26 set. 2020.p.65.

²⁰ TRISTÃO, José Américo Martelli. **A Administração Tributária Dos Municípios Brasileiros: uma avaliação do desempenho da arrecadação**. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação da FGV/EAESP. São Paulo, 2003. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2568/86620.pdf> Acesso em 26 set. 2020.p.76.

²¹ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p.146

²² DOWBOR, Ladislau. **O que é Poder Local**. São Paulo: Brasiliense, 2008. p.20.

²³ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p.153.

²⁴ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p.154

²⁵ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p.152.

mais garantir sozinho e de forma centralizada a efetivação dos direitos sociais” surgindo assim, essa alternativa de descentralização das decisões²⁶.

Nesse sentido, cabe destacar a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que revolucionou e quebrou paradigmas no âmbito da gestão pública brasileira, pois tornou “obrigatório que todos os governos, nos três entes federativos, implementassem a gestão orçamentária participativa e transparente”²⁷.

Todavia, para resolver o problema da repartição injusta das receitas, será necessária uma reforma tributária tendente a garantir aos municípios um incremento em seus respectivos orçamentos. Rever o chamado Pacto Federativo, pois ano após ano, consolida-se cada vez a mais a hegemonia da União face aos demais entes da federação no tocante ao Federalismo Fiscal. Um federalismo fiscal mais equânime e justo é, certamente, uma das principais demandas dos Estados e Municípios, pois aproximadamente 68% dos tributos arrecadados no Brasil vão diretamente para a União, que todos os meses distribui um percentual para Estados, Municípios e o Distrito Federal. Ao final desses repasses, 58% da arrecadação fica em Brasília, 24 % irá para os Estados e 18 % para os Municípios. Sendo assim, face a esse quadro caótico da administração pública brasileira, é possível reforçar a tese da necessidade de um novo Pacto Federativo, ou seja, de um Federalismo Fiscal mais efetivo, que empodere os entes municipais com mais receitas próprias para, assim, fazer garantir a concretização dos direitos sociais.

Entretanto, é preciso ressaltar que um novo Pacto Federativo deve vir acompanhado de uma ampla Reforma Administrativa do Estado, em todos os entes federativos. Seguir com os preceitos gerenciais de uma administração pública eficiente, mais enxuta e capaz de prezar pela responsabilidade fiscal, no planejamento e no cumprimento de metas diante das receitas que lhe são destinadas.

Certamente, com o advento desta Lei, representou uma quebra de paradigmas, pois historicamente “os aspectos dominantes das finanças públicas brasileiras foram, sempre e secularmente fincados em nossa cultura, o patrimonialismo e o personalismo”²⁸ tendo como herança “a crônica imprevisão, a improvisação administrativa, o apelo à demagogia fácil, a multiplicação de obras inconclusas, o acúmulo de déficits públicos, e até bem recentemente os flagelos da inflação, da estagnação e do endividamento crescentes”²⁹.

Visando controlar os gastos públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em todas as esferas de poder, seguramente é possível dizer que a responsabilidade fiscal pressupõe tanto responsabilidade na realização dos gastos como a preocupação com o controle das receitas, a fim de se potencializar “os demais princípios que norteiam a gestão fiscal responsável (planejamento, equilíbrio fiscal, prudência, controle, responsabilidade, transparência e responsividade ou *accountability*)”³⁰ Tudo isso com vistas a garantir uma gestão pública saudável e sustentável financeiramente, capaz de garantir a prestação dos serviços públicos essenciais garantidores dos direitos sociais. Nessa esteira, é possível dizer que “os casos de irresponsabilidade fiscal que assolavam nosso país antes da edição da LRF foram significativamente reduzidos”³¹.

²⁶ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p.153.

²⁷ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p.158.

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Considerações sobre a lei de responsabilidade fiscal (finanças públicas democráticas)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 83

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Considerações sobre a lei de responsabilidade fiscal (finanças públicas democráticas)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p.84.

³⁰ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p.161-162.

³¹ ABRAHAM, Marcus. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada**. 2 ed. Forense. Rio de Janeiro, 2017. p.15.

Portanto, é possível dizer que uma gestão pública equilibrada, saudável e responsável é capaz de produzir grandes conquistas no campo da elaboração de políticas públicas, com vistas a efetivar os direitos sociais. Certamente, o longo caminho que o Brasil percorreu na busca pela implementação do gerencialismo na década de 1990 não foi em vão, pois consolidou pilares importantes que antes não eram observados como, por exemplo, a responsabilidade fiscal. Todavia, passados mais de 20 anos do marco reformista iniciado por Bresser Pereira, o Estado brasileiro voltou a crescer de forma vertiginosa³², retrocedendo em muitos aspectos e eclodindo em severa crise fiscal, agravada ainda mais em tempos de pandemia e crise sanitária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo assim, tomando como base o contexto histórico de surgimento dos direitos sociais, seguramente é possível dizer que representaram um avanço importante no sentido de promover a justiça material, o acesso aos serviços públicos essenciais e a promoção da igualdade por meio da intervenção estatal. Com a positivação dos direitos de segunda geração nos ordenamentos jurídicos constitucionais, tais direitos acabaram sendo assegurados e elevados à categoria de direitos fundamentais, como o exemplo brasileiro. Nessa questão, elenca-se o dever do Ente Público de buscar a plena efetivação dos direitos sociais (Artigo 6º) mediante a ação positiva do Estado na elaboração de políticas pública. No entanto, é importante ressaltar que a Administração Pública encontra vários obstáculos para efetivá-los, obstáculos de ordem financeira, política e econômica.

Como descrito no presente trabalho, é notório que a Administração Pública Brasileira como um todo, independente de ente federativo, tem amargado nos últimos anos uma grave crise fiscal, agravada ainda mais com a pandemia da Covid-19. Direitos como a saúde, a educação, o trabalho, a moradia, e a segurança receberam nas últimas décadas inúmeros cortes orçamentários, ainda que em algumas áreas existam percentuais mínimos estabelecidos, como por exemplo a saúde e a educação.

No entanto para real superação desta crise, é preciso apresentar alternativas no plano administrativo. Dentre as alternativas, está a continuidade da implantação da Reforma Administrativa Gerencial de 1998, contrapondo os modelos patrimonialistas e burocráticos, pois o modelo gerencial preza por uma nova postura diante da administração da coisa pública, com planejamento, eficiência, metas e resultados a serem alcançados.

Por fim, defende-se a descentralização dos recursos e a valorização do Poder Local, ou seja, o ente federativo mais próximo do cidadão. Sem dúvidas, é no Município que a vida acontece e os gestores públicos (Prefeitos e Vereadores) estão mais próximos das demandas da comunidade. É mais fácil para a população participar das decisões e fiscalizar a execução das políticas públicas em âmbito local. No entanto, apesar da Constituição Federal de 1988 elevar o Município à categoria de ente federativo, o atual federalismo fiscal desprestigia a figura municipal no tocante à distribuição de recursos, pois eles acabam ficando com cerca de 17 a 18% do bolo tributário. São recursos que fazem falta no momento atender as demandas locais, a maioria a cargo do ente local.

Sendo assim, conclui-se o presente trabalho enfatizando que a busca pela efetivação dos direitos sociais deve ser uma constante a ser perseguida pelos gestores públicos comprometidos com o bem

³² FÉLIX, Rosana. **Por que a máquina pública brasileira pode entrar em colapso até 2020**. Gazeta do Povo, 20 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/por-que-a-maquina-publica-brasileira-pode-entrar-em-colapso-ate-2020-09koc0eru1expjdedh51ktf1u/>. Acesso em 26 set. 2020.

comum e com o bom gerenciamento da coisa pública. Mas é importante ressaltar que essa é uma via de mão dupla, onde que a participação e a fiscalização da comunidade na formulação e fiscalização das leis e políticas públicas locais é uma estratégia fundamental.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRAHAM, Marcus. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada**. 2 ed. Forense. Rio de Janeiro, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 5 ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

DOWBOR, Ladislau. **O que é Poder Local**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

FÉLIX, Rosana. **Por que a máquina pública brasileira pode entrar em colapso até 2020**. Gazeta do Povo, 20 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/por-que-a-maquina-publica-brasileira-pode-entrar-em-colapso-ate-2020-09koc0eru1expjdedh51ktf1u/>. Acesso em 26 set. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 8.ed São Paulo: Forense, 2012.

G1. **Governo do RS decreta calamidade financeira na administração pública**. 22 de novembro de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/11/governo-do-rs-decreta-calamidade-financeira-na-administracao-publica.html> Acesso em 26 set. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Considerações sobre a lei de responsabilidade fiscal (finanças públicas democráticas). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Grazielle; CORONATO Marcos. **Como o Brasil entrou, sozinho, na pior crise da história**. Época, 04 de abril de 2016. Disponível em: <https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/04/como-o-brasil-entrou-sozinho-na-pior-crise-da-historia.html>. Acesso em 26 set. 2020.

PAYÃO, Jordana Viana. **Políticas públicas em tempos de crise**. XXVI Congresso Nacional do Conpedi, Brasília, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/z73o8t52/Vz23qf3l5us4O4Yj.pdf>. Acesso em 26 set. 2020.

SANTIN, Janaína Rigo. Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang et.al. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TRISTÃO, José Américo Martelli. **A Administração Tributária Dos Municípios Brasileiros: uma avaliação do**

desempenho da arrecadação. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação da FGV/EAESP. São Paulo, 2003. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2568/86620.pdf>__ Acesso em 26 set. 2020.

DIREITO À SAÚDE SEGUNDO A TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE E O PENSAMENTO DE FILÓSOFOS LIBERAIS IGUALITÁRIOS

Aurélio Pegoraro Júnior¹

INTRODUÇÃO

De início, cabe observar que a nossa Constituição Federal de 1988 (CF) assegura a todos o direito à saúde, cabendo ao Estado adotar políticas sociais e econômicas para a promoção do bem-estar social.

Aliás, segundo Dworkin, “[...] tanto na Filosofia como no Direito, há um consenso de que a tarefa específica do Estado consiste em efetivar e institucionalizar os direitos fundamentais”².

Por sua vez, a teoria da justiça como equidade de Rawls, segundo Gargarella³, parte da ideia de um contrato hipotético que tem por objetivo prevalente estabelecer certos princípios básicos de justiça, sem contudo resolver casos particulares, mas, servindo de referencial à estrutura básica da sociedade e norteador do modo como as instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais e, ainda, de diretriz acerca da distribuição das vantagens provenientes da cooperação social (seus membros estariam cobertos pelo véu da ignorância, encontrando-se em uma mesma posição original e, logo, motivados a obter os chamados bens primários, indispensáveis à satisfação de qualquer plano de vida), destacando também, que as condições procedimentais imparciais levam ao sistema de “justiça como equidade”.

Em outras palavras, pode-se considerar que o objetivo central da teoria desenvolvida por Rawls é a criação de uma proposta de justiça que sirva para o atendimento de questões sociais relacionadas à estrutura básica da sociedade, sendo que mesmo não se desconhecendo da diversidade da cultura política de uma sociedade democrática, tem-se como possível o surgimento de consensos sobrepostos e, assim, a justiça como equidade, resultando em um acordo político voltado ao atendimento de todos em iguais condições, cujo pensamento deve ser aplicado para o atendimento ao direito à saúde.

1. A TEORIA RAWLSIANA E A SAÚDE COMO BEM PRIMÁRIO

De acordo com a teoria rawlsiana, mesmo não se sabendo qual posição se ocupa na sociedade ou quais objetivos a se alcançar, existem coisas que se quer ou que são necessárias para que o homem esteja capacitado a perseguir uma vida boa, independentemente das diferenças do plano de vida de cada indivíduo, sendo compreendidas como bens primários.

Dado o fato do pluralismo razoável, a base da unidade social estará mais bem fundamentada numa concepção pública de justiça que avalia os direitos dos cidadãos a recursos sociais com base em uma concepção parcial de bem enraizada numa visão das necessidades objetivas de cidadãos livres e iguais. Isso leva à idéia(sic) de bens primários. Pelo menos no tocante aos elementos constitucionais essenciais, e aos meios polivalentes necessários para que tenhamos oportunidades eqüitativas de nos

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF.

² DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade**. Tradução: Jussara Simões. Ed. Martins Fontes, São Paulo SP, 2005, p. XX.

³ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. Tradução: Alonso Reis Freire. Ed. Martins Fontes, São Paulo SP, 2008.

beneficiar de nossas liberdades básicas, a justiça como equidade elimina direitos baseados em desejos e metas distintos oriundos das diversas e incomensuráveis concepções de bem das pessoas⁴.

Das concepções rawlsianas observa-se, inclusive, que a função desses bens primários está dentro da estrutura da justiça como equidade, comportando estreita relação com as capacidades básicas das pessoas, devendo-se entender como tais bens aqueles que servem para manter o *status* de homens livres, iguais e de membros cooperativos da sociedade⁵.

Nesse ponto, cuja ideia de bens primários está intimamente relacionada com a concepção de cidadãos detentores de certas capacidades básicas (“desempenhos”; como por exemplo, um estado de saúde adequado do indivíduo), há uma identificação entre os pensamentos de Rawls e Amartya Sen, tendo as observações deste contribuições importantes no aprimoramento da teoria do liberalismo igualitário, ainda que Rawls as tenha interpretado como uma “particular doutrina abrangente”⁶.

Mas, o que seriam esses bens primários, considerados essenciais a uma vida plena, digna, bem-sucedida? Segundo o que se extrai da obra “A inclusão do outro” de Habermas⁷, tratam-se de bens fundamentais, como a segurança, saúde, liberdade de ir e vir, dentre outras; e, de conteúdos como o trabalho, interação, jogo e contemplação, além de metas de condução da vida, cujas pressuposições e valorações antropológicas são falíveis, eis que são controvertidas entre culturas diferentes, assim como dentro do próprio diálogo intercultural⁸.

Na visão rawlsiana, porém, os “bens primários” podem ser de dois tipos: “a) os bens primários de tipo social, que são diretamente distribuídos pelas instituições sociais (como a riqueza, as oportunidades, os direitos); e b) os bens primários de tipo natural, que não são distribuídos diretamente pelas instituições sociais (como, por exemplo, os talentos, a saúde, a inteligência, entre outros)”⁹.

Assim sendo, tem-se que a saúde, como um direito essencial que é, compõe o chamado grupo de bens primários sociais e, logo, incumbe ao Estado, - no caso do Brasil -, por expressa previsão constitucional, realizar ações que visem assegurar esse direito, pois conforme salienta Rawls ao ser citado por Kymlicka “[...] a saúde é tão importante quanto o dinheiro para se poder ter uma vida bem sucedida”¹⁰.

2. A QUESTÃO DA DISTRIBUIÇÃO DAS POLÍTICAS DE SAÚDE E ATENDIMENTO AOS MENOS FAVORECIDOS

A concepção rawlsiana pondera acerca da distribuição desses bens primários que fazem parte do plano de vida de todos os indivíduos.

Por isso, quanto a sua concepção sobre a distribuição de recursos, sua preocupação não será a de como distribuir certos bens últimos (a felicidade, o bem estar), mas a de como distribuir esses “bens primários”: bens que são necessários seja qual for o plano de vida que alguém busque.

⁴ RAWLS, John. **Justiça como Equidade uma reformulação**. Tradução: Cláudia Berliner. Ed. Martins Fontes, São Paulo SP, 2003, p. 214/215.

⁵ RAWLS, John. **Justiça como Equidade uma reformulação**. p. 215.

⁶ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. p. 75.

⁷ Cabe fazer o registro de que Habermas não é um liberal igualitário, mas sim um representante da teoria crítica da filosofia alemã, adepto à via do discurso racional.

⁸ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**, Ed.: Loyola, São Paulo SP, 2002. p. 41.

⁹ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. p. 23.

¹⁰ KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. Tradução: Luis Carlos Borges. Ed. Martins Fontes, São Paulo SP, 2006. p. 91.

Por meio do apelo a noções tais como a de "bens primários", Rawls; apresenta-se defendendo a adoção de uma medida de tipo objetivo nas discussões sobre a justiça e a igualdade. De fato, Rawls supõe que todas as pessoas, independentemente de qual for seu plano de vida, vão buscar a obtenção de bens primários¹¹.

Esses bens primários sociais, notadamente no caso do direito à saúde, apresenta-se de diferentes formas e ações, sendo que na condição de cidadãos "[...] somos beneficiários do fornecimento pelo Estado de vários bens e serviços pessoais a que temos direito, como no caso da assistência médica, ou do fornecimento de bens públicos [...], como no caso de medidas que garantam a saúde pública (ar puro, água limpa" etc)"¹².

Aliás, René Descartes citado por Dworkin há muito já destacava que "[...] a vida e a saúde são [...] os bens mais importantes: todo o resto tem menor importância e deve ser sacrificado em favor desses dois bens"¹³, sendo que:

[...] se deve distribuir assistência médica com equidade, que mesmo em uma sociedade na qual as riquezas sejam muito desiguais e se deboche da igualdade, não se deve negar a ninguém a assistência médica de que precisa só por ser pobre demais para custeá-la. São ideais compreensíveis, e mesmo nobres. Baseiam-se no conhecimento humano geral dos horrores da dor e, além disso, de serem a vida e a saúde indispensáveis a tudo o mais que fazemos¹⁴.

Contudo, não se pode pensar que todos os recursos financeiros que se tem serão utilizados exclusivamente à saúde e no direito à vida, até porque nenhuma nação pensa assim, tampouco o ser humano não organiza sua vida pensando unicamente nesse viés, motivo pelo qual Dworkin faz menção a respeito do princípio do seguro prudente, o qual equilibra o custo estimado com o tratamento médico com outros bens e riscos¹⁵.

De qualquer sorte, as questões relacionadas aos custos da saúde não são, nesse momento, objeto detido desse estudo acadêmico, e, por conseguinte, não serão aprofundadas.

Assim sendo e, retornando ao tema que se busca discorrer (o direito à saúde visto como um bem primário à luz da teoria da justiça como igualdade e sua distribuição pelo Estado), tem-se que os bens primários (saúde inclusive), tendem a ser considerados de acordo com determinadas expectativas e segundo as diferentes necessidades dos cidadãos. Assim, é por meio do processo político (etapa legislativa) que as políticas públicas de proteção à saúde são (ou pelo menos devem ser) tratadas.

[...] Este assunto tem de ser tratado na etapa legislativa (Teoria, § 31) e não na posição original ou convenção constituinte, já que a aplicação praticável dos dois princípios a esse caso depende em parte de informações sobre a prevalência de várias doenças e sua severidade, a frequência de acidentes e suas causas, e muitas outras coisas. Na etapa legislativa, essa informação está disponível, e portanto é lá que as políticas de proteção da saúde pública e de assistência médica podem ser discutidas.

¹¹ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. p. 23.

¹² RAWLS, John. **Justiça como Equidade uma reformulação**. p. 244.

¹³ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade**. p. 434.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade**. p. 434.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade**. P. 447/448.

Como o índice de bens primários é especificado em termos de expectativas, uma das características dos dois princípios é uma considerável flexibilidade para ajustar-se às diferentes necessidades dos cidadãos¹⁶.

Essa discussão a respeito da proteção ao direito à saúde e do fornecimento de serviços na área de saúde em prol de todas as pessoas é reforçada pelo princípio da diferença da teoria de justiça como igualdade de Rawls, mas, ao contrário do pensamento de que tal ação apenas viria ao encontro daqueles menos favorecidos, infere-se da teoria rawlsiana que essa proteção à saúde em geral assegura a igualdade equitativa de oportunidades e, de continuar a haver uma cooperação social, permitindo-se avaliar qual questão de saúde é mais relevante, inclusive em comparação a outras áreas, bem como acerca da importância na destinação de recursos para o atendimento desse direito primário.

Os comentários acima tomam a questão da assistência médica de acordo com as diretrizes do princípio de diferença. Isso pode dar a impressão equivocada de que o fornecimento de assistência médica só serve para suplementar a renda dos menos favorecidos quando eles não conseguem cobrir as despesas dos cuidados médicos que possam preferir. Pelo contrário: como já foi enfatizado, o fornecimento de assistência médica, assim como dos bens primários em geral, deve satisfazer às necessidades e exigências dos cidadãos livres e iguais. Essa assistência inscreve-se entre os meios gerais necessários para assegurar a igualdade equitativa de oportunidades e nossa capacidade de tirar vantagem dos direitos e liberdades básicos, e portanto de sermos membros normais e plenamente cooperativos da sociedade a vida toda. Essa concepção de cidadão nos permite fazer duas coisas: primeiro, avaliar a urgência dos diferentes tipos de cuidados médicos, e, segundo, determinar a prioridade relativa das exigências da assistência médica e saúde pública em geral em relação a outras necessidades e exigências sociais. Assim, no que se refere à primeira, os tratamentos que devolvem às pessoas uma boa saúde, possibilitando que retomem suas vidas normais como membros cooperativos da sociedade, têm grande urgência, mais exatamente a urgência especificada pelo princípio de igualdade equitativa de oportunidades; ao passo que a medicina, digamos, cosmética não é, a princípio, uma necessidade. Ao considerar a força das exigências da assistência médica como vinculada à manutenção de nossa capacidade de sermos um membro normal da sociedade e à restauração dessa capacidade quando ela cai para baixo do mínimo necessário, temos uma diretriz (como exposto na discussão precedente) para equilibrar os custos dessa assistência em relação às outras demandas ao produto social que também são cobertas pelos dois princípios de justiça¹⁷.

Esse tipo de princípio (da diferença) levou Derek Parfit a falar de uma "visão da prioridade" (prioridade dos mais desfavorecidos), que seria muito diferente dos enfoques tradicionais sobre a igualdade. Essa "visão da prioridade" defenderia que "[...] é mais importante beneficiar as pessoas quanto pior for sua situação [...]"¹⁸.

Em outras palavras, a violação de uma ideia estrita de igualdade só seria admissível no caso de servir para incrementar as parcelas de recursos nas mãos dos menos favorecidos, e, jamais em as diminuir.

¹⁶ RAWLS, John. **Justiça como Equidade uma reformulação**. p. 245.

¹⁷ RAWLS, John. **Justiça como Equidade uma reformulação**. p. 247/248.

¹⁸ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. p. 25.

Nessa linha de entendimento encontra-se o pensamento de Dworkin ao ser citado por Gargarella¹⁹, eis que segundo ele “[...] as pessoas devem ter a possibilidade de iniciar suas vidas com iguais recursos materiais, e devem ter igual possibilidade de se garantir contra eventuais desvantagens [...]”, o que leva Kymlicka *apud* Gargarella²⁰ a considerar “[...] a proposta de Dworkin como uma tentativa de orientar o funcionamento do sistema impositivo, que deveria recolher impostos dos mais capacitados por natureza, para depois transferi-los para os mais desfavorecidos”.

Corroborando, extrai-se da obra “A inclusão do outro”, de Habermas, que deve haver uma distribuição justa dos bens fundamentais, resguardando-se o direito individual de utilização desses bens:

[...] após a bancarrota do socialismo de Estado restou apenas essa perspectiva: por meio da promoção do status do trabalho assalariado dependente, alcançado com o acréscimo de direitos de compartilhamento e participação política, cabe à massa da população a chance de viver com expectativas bem fundadas de contar com segurança, justiça social e bem-estar. As injustas condições sociais de vida da sociedade capitalista devem ser compensadas com a distribuição mais justa dos bens coletivos. Esse fim é plenamente conciliável com a teoria do direito, porque os “bens fundamentais” (no sentido proposto por Rawls) ou são distribuídos individualmente (tal como acontece com dinheiro, tempo livre ou prestações de serviços), ou são utilizados individualmente (tal como se dá com as infra-estruturas do sistema viário, de saúde e educação), e portanto se pode preservá-los sob a forma de reivindicações individuais de benefícios²¹.

Amartya Sen citado por Gargarella, por sua vez, traz um outro enfoque, chamando a atenção para uma igualdade pautada na capacidade dos sujeitos e, que resultasse em liberdades, destacando que:

[...] uma proposta igualitária aceitável não deveria se concentrar na igualdade de bens primários, como ocorre no caso de Rawls, nem na igualdade de recursos, como ocorre no caso de Dworkin. Essa análise também não deveria focalizar-se na utilidade obtida por alguém com esses recursos ou bens primários, por exemplo, como ocorre na solução de bem-estar. Em contrapartida, segundo Sen, o que deveria ser considerado é algo “posterior” à posse desses recursos, mas “anterior” à obtenção da utilidade, como pode ser, por exemplo, o nível nutricional de cada um. De fato, a igualdade buscada deveria ocorrer de preferência na capacidade de cada sujeito para (na linguagem de Sen) converter ou transformar esses recursos em liberdades²².

De qualquer forma, ao se pensar que o direito à saúde deve ser assegurado em uma sociedade, seja sob o aspecto da visão rawlsiana (igualdade pensada sob a perspectiva de bens primários), do pensar dworkiniano (igualdade de recursos) ou, do ponto de vista seniano (igualdade de capacidades básicas), todos, sem exceção, não divergem acerca da busca de uma igualdade de modo a atender também aos menos favorecidos na sociedade.

¹⁹ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política.** p. 70.

²⁰ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política.** p. 71.

²¹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro.** p. 230/231.

²² GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política.** p. 72/73.

3.DIREITO À SAÚDE: PENSAMENTO COMUNITARISTA X LIBERALISMO IGUALITÁRIO E A IDEIA DE CONSENSO SOBREPOSTO

Mesmo que não haja divergência quanto à disseminação da saúde de uma forma geral na sociedade, há que se pontuar acerca das concepções diferentes que existem entre comunitaristas e liberais igualitários, eis que aqueles entendem que se deve observar as particularidades histórico-culturais existentes em uma determinada comunidade e, logo, haver uma distribuição segundo o próprio significado do bem, enquanto estes sustentam uma distribuição igualitária dos bens básicos.

As concepções dos comunitaristas diferem das dos liberais, dentre os quais temos Rawls e Dworkin. Segundo Michael Walzer, "diferentes bens sociais devem ser distribuídos por diferentes razões, de acordo com procedimentos diferentes, por agentes diferentes; e todas essas diferenças derivam de diferentes entendimentos dos mesmos bens sociais - são o produto inevitável do particularismo histórico e cultural". Essa idéia de Walzer vem claramente contestar o que defendem posturas como as de Rawls ou de Dworkin. Autores liberais como os citados - em sua proposta de distribuir igualmente certos bens básicos ("bens primários" no caso de Rawls, "recursos" no de Dworkin) - parecem não considerar o fato de que certas comunidades podem menosprezar os bens que em tais propostas resolve-se distribuir; ou podem considerar que esses bens devem ser distribuídos de acordo com normas não necessariamente igualitárias; ou podem entender, ainda, que nem todos os bens em questão devem ser distribuídos de acordo com princípios idênticos (por exemplo, podem entender que certos bens não devem ser distribuídos de forma igualitária, mas sim, em todo caso, de acordo com certas tradições habitualmente aceitas dentro da comunidade em questão). Levando em conta considerações como as citadas, Walzer defende uma noção "complexa" de igualdade, segundo a qual cada bem deve ser distribuído de acordo com seu próprio significado, que se contrapõe a uma idéia "simples" de igualdade, segundo a qual o que a justiça requer é a melhor distribuição de algum bem determinado (distribuir melhor o dinheiro, por exemplo). Para Walzer, no momento em que reconhecemos o distinto significado que têm bens diferentes, começamos a entender como devemos distribuir tais bens, quem deve fazer isso e por quais razões: o reconhecimento desse significado "deflagra" - força - o aparecimento de um princípio distributivo específico. Para entender a idéia, vamos pensar no bem "saúde". Em sociedades como a nossa, o primeiro propósito da saúde parece estar vinculado ao bem-estar físico, à cobertura de necessidades médicas. Quando reconhecemos isso, então, devemos ver como um problema o fato de o maior atendimento médico, por exemplo, não recair sobre aqueles que dispõem de maiores necessidades, mas sim sobre aqueles que contam com maiores vantagens econômicas²³.

Como se vê, os comunitaristas defendem a ideia de que não há sujeito fora da comunidade e, assim, os bens fundamentais devem ser assegurados considerando seu próprio sentido e aspectos histórico-culturais dessa determinada comunidade, devendo ser consideradas as diferenças que existem, enquanto que os liberais igualitários defendem a tese da autodeterminação do indivíduo e, logo, que "[...] os indivíduos preexistem a qualquer organização social, e são mais importantes que os grupos aos quais podem pertencer. Como seres independentes e 'separados' entre si, merecem ser protegidos contra qualquer sacrifício que se pretenda impor-lhes em nome dos demais"²⁴.

Nessa linha, é possível se conceber que os comunitaristas entendem que determinadas políticas públicas podem ser implementadas de forma setorializada, favorecendo determinados grupos, enquanto que os liberais igualitários estão inclinados na defesa de políticas públicas gerais, que atendam a todos indistintamente, independentemente de particularidades de determinados grupos, assegurando-se o

²³ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*. p. 151/152.

²⁴ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*. p. 200.

direito individual e não se admitindo o sacrifício individual em prol do coletivo.

Enfim, não obstante pontos de vista que diferenciam o pensar de um filósofo de outro, bem como ideologias que se contrapõem em determinada linha de entendimento, como é o caso dos comunitaristas e dos liberais igualitários, tais ideais, em certo ponto conflitantes, não se repelem²⁵ e, por conseguinte, não divergem no sentido de que o direito à saúde, como um direito fundamental social, deve ser disseminado e, com isso, assegurado também aos menos favorecidos economicamente, pois é inaceitável que a distribuição desigual de riqueza, que torna o capitalismo um sistema injusto, privilegie uma minoria em detrimento de toda uma coletividade.

Assim, por exemplo, não é aceitável que o dinheiro, que tem sentido dentro da esfera econômica, ocupe um papel significativo no modo como são distribuídas as honorárias; como não é aceitável que a situação familiar de um indivíduo influencie no modo como são distribuídos os postos de trabalho. Isso é o que, por exemplo, transforma o capitalismo em um sistema injusto: mais que a distribuição desigual da riqueza, o fato de que o dinheiro seja capaz de proporcionar a quem o possui um acesso privilegiado a bens tais como a saúde ou a educação. Por razões semelhantes, por exemplo, eram criticáveis as sociedades teocráticas nas quais a autoridade religiosa contava com um poder de influência semelhante ao que hoje distingue o dinheiro²⁶.

Aliás, Rawls, segundo Gargarella, na sua concepção política de justiça, refere-se à estrutura básica de sociedade e à ideia de consenso sobreposto, isto é, de que a sociedade constitui um sistema cooperativo eqüitativo e as pessoas são consideradas livres e iguais, razoáveis e racionais, cuja evolução progressiva dos bens primários leva a um consenso, com a inclusão desses direitos essenciais como os de uma eqüitativa igualdade de oportunidades e à satisfação das necessidades básicas de cada um, culminando por se ter uma peculiar concepção de justiça²⁷.

De todo modo, não se pode ser ingênuo e pensar que políticas públicas de saúde serão a todo momento elaboradas e executadas em prol da coletividade, muito pelo contrário, conforme o pensamento dos atores políticos que estiverem no poder, há uma determinada valoração de quais questões são mais prioritárias. Logo, “[...] A força relativa dos valores varia; em alguns casos questões de segurança ou saúde são mais importantes que questões de justiça distributiva ou de educação; em outros casos, dá-se o inverso. Mas relações de valores como essas só podem ser alteradas através de discursos de auto-entendimento [...]”²⁸.

Como tais concretizações dependem apenas dos órgãos do Estado, os direitos humanos correrão o risco de só serem reconhecidos e respeitados na medida que forem julgados compatíveis com princípios e objetivos de certo sistema político e econômico. Desse modo, certos Estados ocidentais privilegiarão as liberdades clássicas; os Estados socialistas darão mais importância aos direitos sociais e econômicos; os Estados do Terceiro Mundo assegurarão que o subdesenvolvimento impõe restrições à proteção dos direitos humanos, pois, segundo eles, “os direitos fundamentais do homem, quaisquer que sejam seu conteúdo e natureza, não podem ter alcance verdadeiro a não ser na medida que as condições sócio-econômicas permitam”²⁹.

²⁵ FANTONI, Wagner Facundo. **Liberalismo, Liberal-Igualitarismo ou Comunitarismo?** Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica. Organização Comitê Científico Double Blind Review pelo SEER/OJS, recebido em 16.09.2014 e aprovado em 13.05.2016. <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/734>. Acesso em 04/10/2020.

²⁶ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. p. 153.

²⁷ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. p. 233.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. p. 368.

²⁹ MBAYA, Etienne-Richard. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas**. Estudos avançados 11 (30), 1997, p. 22.

Por assim ser, tem-se que a questão acerca do direito e acesso à saúde está diretamente relacionada com a noção de justiça, de modo que compete ao Estado realizar planejamentos e ações que venham em prol da saúde coletiva e individual, conforme as necessidades de cada um, exigindo-se, por conseguinte, a destinação de recursos públicos para esse desiderato, a fim de que esse direito fundamental básico seja efetivamente assegurado e todos possam ter uma vida plena (digna).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, infere-se que a teoria de John Rawls, ainda que visualizada no plano hipotético, apresenta enorme reflexo nas políticas públicas de saúde, especialmente quando se pensa em um ideal de justiça como equidade, tanto que a saúde é vista como um bem primário essencial na concepção rawlsiana.

Dessa premissa, percebe-se uma ressonância entre os filósofos liberais igualitários no sentido de que a saúde é um direito fundamental básico e, por conseguinte, - não obstante alguns pontos de vistas seguirem caminhos em sentidos diferentes de opinião -, tem-se como uníssono o entendimento de que os menos favorecidos também devem ser abarcados por uma política de saúde estatal.

Aliás, mesmo correntes ideológicas com pensamentos de justiça sob um olhar diferente, como é o caso das concepções comunitaristas e as dos liberais igualitários, não se excluem, mas sim, podem se compatibilizar, haja vista ambas não negarem que o direito à saúde deve ser estendido inclusive aos menos favorecidos socialmente, cabendo ao Estado implementar tais ações e propiciar o acesso a esse direito primário e essencial a ser garantido, tanto de forma coletiva como individualmente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. Tradução: Jussara Simões. Ed. Martins Fontes, São Paulo SP, 2005.

FANTONI, Wagner Facundo. **Liberalismo, Liberal-Igualitarismo ou Comunitarismo?** Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica. Organização Comitê Científico Double Blind Review pelo SEER/OJS, recebido em 16.09.2014 e aprovado em 13.05.2016. <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/734>. Acesso em 04/10/2020.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. Ed. Martins Fontes, São Paulo SP, 2008.

HABERMAS. Jürgen. **A inclusão do outro**, Ed.: Loyola, São Paulo SP, 2002.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. Tradução: Luis Carlos Borges. Ed. Martins Fontes, São Paulo SP, 2006.

MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. Estudos avançados 11 (30), 1997.

PASOLD, César Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Teoria e Prática. 13ª ed. Florianópolis SC: Conceito, 2015.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade uma reformulação**. Tradução: Cláudia Berliner. Ed. Martins Fontes, São Paulo SP, 2003.

FUNDAMENTOS DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN E SUA CONTRIBUIÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO COMO UMA AQUISIÇÃO SOCIAL EM CONSTRUÇÃO

Aurélio Pegoraro Júnior¹

INTRODUÇÃO

A teoria dos sistemas sociais de Luhmann é uma teoria inovadora, tendo em vista seus aspectos e sua concepção (a comunicação como elemento central), apresentando, em razão disso, significativa relação com a Constituição, enquanto vista como estrutura de acoplamento dos sistemas direito e política.

No texto “A Constituição como Aquisição Evolutiva”, Luhmann já no início comenta que se as Constituições modernas são o resultado de um planejamento intencional, como então se falar em evolução?, passando então a discorrer sobre o assunto à luz da teoria dos sistemas sociais por ele criada.

Por conseguinte, para se buscar compreender os principais elementos dessa teoria e sua relação com a Constituição, tem-se como relevante discorrer, inicialmente, sobre o surgimento da teoria desenvolvida por Luhmann, isto é, em que se propõe e seus principais conceitos, para então, posteriormente, apresentar as considerações a respeito da Constituição como estrutura fundamental nesse cenário luhmanniano, sem contudo, se ter a mínima pretensão de definitividade e afirmações conclusivas a respeito.

1. A IDEIA DE SISTEMAS EM LUHMANN, SEUS PRINCIPAIS CONCEITOS E A CONSTITUIÇÃO COMO RELEVANTE ESTRUTURA NORMATIVA-SOCIAL EM CONSTANTE CONSTRUÇÃO

O professor Leonel Severo Rocha comenta que a ideia de sistemas é um dos pontos relevantes dentro da teoria do direito, existindo, porém, duas importantes concepções: a cartesiana (mecanicista), segundo a qual as coisas se relacionam a partir das partes e; a sistêmica, que analisa o todo, onde o que importa são as relações entre as coisas.

[...]

O raciocínio jurídico tradicionalmente apresenta características cartesianas onde a racionalidade seria obtida graças à utilização de uma metodologia dedutiva baseada nas evidências, demonstrações, das relações de causalidade dos argumentos. Nesta linha de pensamento, o Direito é uma metafísica com aspectos claramente ontológicos cujas essência estaria à disposição da pré-compreensão dos juristas. Esse raciocínio foi ultrapassado pelas perspectivas sistêmicas que buscavam o sentido na estrutura (Saussure, 1985) e abandonaram as visões metafísicas da verdade atomizada.

[...]

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) – Universidade de Passo Fundo (UPF). Docente da Faculdade Concórdia Ltda. (FACC). E-mail: 186178@upf.br

Por tudo isto, ciente das insuficiências das análises positivistas, centradas nas normas, e das perspectivas hermenêuticas e pragmáticas, excessivamente convencionalistas, a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (2007), aliada à concepção de Democracia de Claude Lefort (2007), aparece como uma boa pista para uma abordagem mais sofisticada da complexidade social.

[...]².

Luhmann formula uma teoria geral da sociedade, a teoria dos sistemas, que analisa cada contato social como um sistema, sendo que a par da influência de Talcott Parsons, apresenta uma abordagem própria³.

[...]

Sistema é, então, um ‘conjunto de elementos inter-relacionados, cuja unidade é dada por suas interações e cujas propriedades são distintas da soma desses elementos’ (CHAI, 2004:50). Assim, a teoria dos sistemas começa a ser construída pela distinção feita entre sistema e ambiente. É a identificação de uma igualdade em uma diferença que projeta a distinção entre sistema e ambiente (ÁLVAREZ, 2003: 281), deste modo, o sistema se constitui e se conserva mediante a criação e recriação dessa diferença.

[...]⁴.

O sistema é, portanto, o mediador entre a extrema complexidade do mundo (do ambiente/entorno) e a pequena capacidade do homem em assimilar as múltiplas formas de vivência, sendo os sistemas sociais mecanismos comunicativos que se reproduzem por estarem constantemente ligando comunicações a comunicações⁵.

Importa esclarecer que na primeira parte de seus estudos, Luhmann trata da teoria de sistemas funcional-estrutural, diferenciando sistema e ambiente, enquanto que em um segundo momento apresenta sua principal obra: “Sistema Social, esboço de uma teoria geral”, tendo uma nova concepção de sistema social, que significou a substituição da teoria dos sistemas abertos, caracterizada pela diferença entre sistema e ambiente, pela teoria dos sistemas autopoieticos, fechado e autorreferenciado que se compõem de comunicações⁶.

Os sistemas complexos não só devem adaptar-se ao seu entorno (ambiente), mas também, à sua própria complexidade, pois eles devem fazer frente a improbabilidades e deficiências internas, razão pela qual se veem obrigados a autorreferencia em duplo sentido: de uma própria adaptação à própria complexidade⁷.

O conceito de sistema, por assim ser, está atrelado a um conceito teórico-diferencial, isto é, um sistema é a forma de uma diferença, tendo dois lados: o sistema (o lado interno da forma) e o ambiente (o

² ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 2013. p. 142.

³ LUHMANN, Niklas. **Nova Teoria dos Sistemas.**, Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samias. Ed.: Universidade/UFRGS: Porto Alegre RS, Goethe-Institut/ICBA, 1997. p. 10.

⁴ PEDRON, Flávio Quinaud. A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. V. 3, **Revista Direito Público** nº 11, IDP – Jan-Fev-Mar/2006 – Estudos, Conferências e Notas. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1331>. Acesso em: 21 jun. 2020.

⁵ LUHMANN, Niklas. **Nova Teoria dos Sistemas.** p. 12 e 16.

⁶ LUHMANN, Niklas. **Nova Teoria dos Sistemas.** p. 10/11.

⁷ LUHMANN, Niklas. **Nova Teoria dos Sistemas.** p. 24.

lado externo da forma)⁸.

Autopoiesis (autopoiése), por sua vez, significa “producción del sistema por sí mismo”⁹, conceituação esta que Luhmann extrai do neurobiólogo chileno Humberto Maturana¹⁰, isto é, “significa que um sistema reproduz os elementos de que é constituído, em uma ordem hermético-recursiva, por meio de seus próprios elementos”¹¹.

Já, por sistema autorreferenciado ou autorreferente, entende-se como sendo aquele que produz constantemente sua própria constituição¹². Em outras palavras, é a “capacidade de estabelecer aquelas relações entre si ao mesmo tempo em que diferenciam essas relações das relações mantidas com seu ambiente”, e que permitem o fechamento operacional do mesmo sistema”¹³.

Pela teoria luhmanniana o homem (o ser humano) é extraído do centro da sociedade, sendo a comunicação a fonte central da sociedade¹⁴, até porque a mesma não tem como se desenvolver sem comunicação¹⁵, ainda que muitas vezes essa comunicação possa não estar sendo entendida, sendo esse paradoxo que, inclusive, serve de fundamento à teoria de Luhmann.

Aliás, registra o professor Leonel Severo Rocha que se deve “pensar o Direito como componente de uma estrutura social complexa e paradoxal”, sendo que “os últimos trabalhos de Luhmann, notadamente, a partir da Sociologia das Organizações, e de conceitos como os de risco e paradoxo, permitem um passo à frente para a compreensão da hipercomplexidade da sociedade atual”¹⁶, destacando ainda que:

A teoria dos sistemas de Luhmann tem, assim, proporcionado a configuração de um novo ‘estilo científico’ mas apto à compreensão das atuais sociedades complexas em que vivemos, estando no centro das discussões atuais sobre o sentido do direito e da sociedade¹⁷.

A sociedade moderna e sua complexidade, isto é, a complexidade do mundo como um todo, é o ponto de partida da Teoria de Luhmann, é o problema central de sua pesquisa, sendo que reduzir essa complexidade e, assim, melhorar a forma de vida, é a tarefa principal dos sistemas ou subsistemas e, em consequência, o objetivo da teoria dos sistemas sociais¹⁸.

A respeito, o professor Leonel Severo Rocha assevera que:

A teoria dos sistemas de Luhmann procura explicar a sociedade como sistema social. Nessa matriz epistemológica é importante demonstrar que certos elementos básicos tornam possíveis distintas formas, entre infinitas possibilidades, de interação social. Isto implica uma grande complexidade, que

⁸ LUHMANN, Niklas. **Nova Teoria dos Sistemas**. p. 24/25.

⁹ LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Ed. Hender/Universidad Iberoamericana, 2007, p. 69-70 *apud* ROCHA, Leonel Severo. **Direito e Autopoiese**, p. 06.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. **Nova Teoria dos Sistemas**. p. 22.

¹¹ LUHMANN, Niklas. **O Enfoque sociológico da teoria e prática do Direito**. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowoski, Sequência 28, junho/1994, pg. 20.

¹² LUHMANN, Niklas. **Nova Teoria dos Sistemas**. p. 16.

¹³ PEDRON, Flávio Quinaud. **A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1331>. Acesso em: 21 jun. 2020.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Coleção Pensamento Político. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Ed.: Universidade de Brasília: Distrito Federal DF, 1985, p. 05.

¹⁵ “[...] os sistemas sociais só se constituem através da comunicação” (In: LUHMANN, Niklas. **Poder**. p. 06).

¹⁶ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas**. p. 142.

¹⁷ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas**. p. 146.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Nova Teoria dos Sistemas**. p. 11/12.

exige cada vez mais subsistemas, como o Direito, a Economia, a Religião, etc., que por sua vez se diferenciam criando outros subsistemas, e assim sucessivamente¹⁹.

Nesse sentido, de acordo com a teoria de Luhmann, a sociedade moderna passou a se constituir através de diversos sistemas ou subsistemas sociais especializados, como o Direito, a Política, a Economia, a Saúde etc, existindo diferenças dentro do próprio subsistema (como a existência do direito civil, penal, internacional etc, dentro do sistema Direito), tendo cada um linguagens próprias a partir de um código binário²⁰.

[...]

O fechamento operacional traz para o sistema a necessidade de autoregulação. Destarte, ele lança mão de um código próprio. O *código*, é o elemento que, em última instância, ordena a totalidade do processo, em torno do qual os outros elementos gravitam e estabelecem configurações variáveis.

Esteves (1993) irá afirmar que para Luhmann, o código é o elemento que permite as operações no interior do sistema, produz informações e identifica ruído. Ele é capaz de separar o que é sistema do ambiente e tem como característica ser formado por um binarismo que faz com que o sistema funcione assimetricamente e, com isso, oculte os paradoxos existentes em seu interior, bem como as tautologias. Daí decorre seu caráter eminentemente funcional. Deve ainda ser destacado, que é o próprio sistema que produz seu código.

[...] ²¹.

Isso leva à distinção entre o sistema e seu ambiente (o entorno ou mundo circundante), sendo cada sistema fechado do ponto de vista operacional e organizado a partir de seu código, o que leva à identificação de cada sistema e o diferencia dos demais sistemas sociais²².

Logo, não há comunicação entre o sistema e seu ambiente, o que se chama de *autopoiesis*, mencionada antes e, por essa razão temos os sistemas como sendo fechados, autorreferenciais.

O ambiente não pode contribuir para nenhuma operação de reprodução do sistema, assim como o sistema também não pode operar no seu ambiente. Porém, o conceito de fechamento operacional do sistema não significa um isolamento, mas sim, uma constatação de que nenhum sistema pode operar fora dos seus limites²³.

No entanto, os sistemas estão sujeitos a sofrerem “irritações” pelo ambiente (pelo entorno), assim como é normal a existência de “irritação” mútua entre dois sistemas sociais e/ou subsistemas, isso porque “O conceito da teoria dos sistemas auto-referentes(sic) supõe uma oferta de discussão, não uma oferta de fusão”²⁴. Esse fenômeno recebe o nome de “Acomplamento Estrutural”²⁵, o qual tem como ideia evitar o

¹⁹ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito**: revisitando as três matrizes jurídicas. p. 148.

²⁰ LUHMANN, Niklas. **O Enfoque sociológico da teoria e prática do Direito**. p. 18.

²¹ PEDRON, Flávio Quinaud. **A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1331>. Acesso em: 21 jun. 2020.

²² VIDAL, Larissa Colangelo Matos. **Constituição**: uma abordagem da concepção moderna à luz da doutrina de Niklas Luhmann. 31 jul. 2018. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52087/constituicao-uma-abordagem-da-concepcao-moderna-a-luz-da-doutrina-de-niklas-luhmann>. Acesso em: 21 jun. 2020.

²³ LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samias. Ed.: Universidade/UFRGS: Porto Alegre RS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 26.

²⁴ LUHMANN, Niklas. O Enfoque sociológico da teoria e prática do Direito. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowski, **Sequência** 28, junho/1994, pg. 29.

esgotamento do sistema, permitindo que um sistema dialogue com o outro e vice-versa e, assim que não se esvazie em si mesmo.

Essa expressão “Acoplamento Estrutural” Luhmann também extrai de Maturana, compreendendo ser uma forma de interdependências regulares entre sistemas e relações ambientais²⁶, sendo sob esse aspecto que a Constituição é compreendida, ou seja, funcionalmente, a Constituição é o produto de um acoplamento estrutural entre os sistemas do Direito e da Política²⁷.

Os professores Paulo Roberto Ramos Alves e Fabiola Wust Zibetti a esse respeito assim ensinam:

A Constituição, assim, pode ser observada como uma resposta evolutiva à diferenciação entre direito e política, apresentando-se como um nítido paradoxo: ela une e separa direito e política, estabelecendo as condições nas quais esses dois sistemas funcionais específicos e autônomos poderão causar perturbações recíprocas.

Em outras palavras, a Constituição atua como uma forma específica de acoplamento entre sistema jurídico e sistema político, possibilitando a observação de que a valoração política de operações jurídicas, assim como o valor jurídico de operações políticas são possíveis apenas na referência à Constituição, a qual estabelece, por um lado, os critérios de organização política e, por outro, os critérios de geração do direito.

Juridicamente a Constituição mostra-se como a estrutura normativa que possibilita a autonomia operacional do direito. Isto é, ela blinda o direito de um livre ingresso de critérios morais, políticos, valorativos, religiosos, etc no sistema. Por outro lado, a própria Constituição reaparece no âmbito interno jurídico estruturando suas operações²⁸.

Em reduzidas palavras, pode-se dizer que de acordo com a teoria luhmanniana, a Constituição atua como elemento de ligação entre o Direito e a Política permitindo, ao mesmo tempo em que encerra cada sistema dentro de si mesmo (fechamento operacional e autopoiése), uma conexão entre eles através das irritações provocadas pelo ambiente (entorno) e pelos próprios sistemas entre si.

No texto “A Constituição como Aquisição Evolutiva”, percebe-se que Luhmann menciona que as descrições da evolução são decorrentes de acontecimentos, sendo o papel dos atores nela envolvidos meramente ocasional. Isso se deve, porque conforme alhures exposto, para a teoria de Luhmann o ser humano está no ambiente (no entorno), sendo a comunicação o elemento fundamental do Direito da sociedade²⁹. O objeto da Teoria dos Sistemas Sociais é a comunicação e não o ser humano.

Destaca o professor Leonel Severo Rocha, inclusive, que:

A sociedade como sistema social é possível graças à ‘comunicação’. Por sua vez, a comunicação depende da linguagem, das funções, da diferenciação e das estruturas. Isto torna possível a evolução

²⁵ VIDAL, Larissa Colangelo Matos. **Constituição**: uma abordagem da concepção moderna à luz da doutrina de Niklas Luhmann. 31 jul. 2018. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52087/constituicao-uma-abordagem-da-concepcao-moderna-a-luz-da-doutrina-de-niklas-luhmann>. Acesso em: 21 jun. 2020.

²⁶ LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samias. Ed.: Universidade/UFRGS: Porto Alegre RS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 26.

²⁷ VIDAL, Larissa Colangelo Matos. **Constituição**: Uma abordagem da concepção moderna à luz da doutrina de Niklas Luhmann. 31 jul. 2018. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52087/constituicao-uma-abordagem-da-concepcao-moderna-a-luz-da-doutrina-de-niklas-luhmann>. Acesso em: 21 jun. 2020.

²⁸ ALVES, Paulo Roberto Ramos. ZIBETTI, Fabiola Wust. **Tempo e Constituição**: O risco como horizonte de observação jurídica na sociedade policontextual. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 12, n. 28, set/dez. 2017. p. 34/35.

²⁹ LUHMANN, Niklas. *A Improbabilidade da Comunicação*. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Ed. Veja, limitada, 3ª ed., 2001, p. 50-54 apud ROCHA, Leonel Severo. **Direito e Autopoiése**, p. 13.

social, porém decisiva é, neste sentido, a 'diferenciação'. Nesta linha de ideias, a sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo em que não cessa de produzi-las. Isto gera um 'paradoxo' na comunicação³⁰.

Por óbvio que não existe sociedade sem o homem, mas na Teoria de Luhmann, onde a comunicação é o poder (o elemento central), o homem está no entorno, até porque não produz comunicação direta na sociedade.

As Constituições, com seu sentido moderno, teriam surgido apenas no Século XVIII, isso decorrente das inovações da semântica (estudo do significado das palavras e interpretação de frases) e questões políticas dos conceitos relacionadas a uma nova situação histórica oriunda das revoluções havidas (americana e francesa, por exemplo), o que denota uma evolução³¹.

O direito e a política na ótica luhmanniana são sistemas, cada qual com seu código binário próprio, sendo a Constituição o acoplamento estrutural que reage à separação total entre eles e os religa.

Novamente, valendo-se das lições dos professores Paulo Roberto Ramos Alves e Fabiola Wust Zibetti, temos que:

Na perspectiva luhmanniana, a Constituição é observada como um fenômeno comunicativo que se reveste na forma de uma reação à diferenciação entre direito e política. Assim, ela viabiliza a separação entre esses dois sistemas funcionais, promovendo, ao mesmo tempo, a necessária e paradoxal religação entre eles.

[...]

De outro modo, observa-se que as legislações têm sua validade determinada pelas decisões que as aplicam interpretativamente, fato esse que demonstra que a Constituição é responsável pelo acoplamento entre direito e política. [...] ocorre a vinculação normativa a uma abertura cognitiva ao meio envolvente, estabelecendo-se a abertura por meio do fechamento.

A Constituição torna possível que o direito opere autonomamente, bem como possibilita a independência das operações políticas. Dessa maneira, promove o fechamento do sistema jurídico, regulando-o, todavia, reaparece no âmbito interno do próprio direito estruturando suas operações mediante a bifurcação constitucional/inconstitucional. Assim, os mecanismos constitucionais delimitam os parâmetros para a abertura e fechamento do direito, (auto)delimitando-se como uma forma específica de controle da autopoiese jurídica³².

Considerando essa visão sistêmica, a ideia de Constituição como vértice do ordenamento jurídico cede lugar ao entendimento de que se caracteriza como uma forma muito específica/evolutiva de comunicação³³.

A Constituição deixa de ser observada como o arcabouço fundamental da normatividade, tampouco como uma declaração de princípios e valores fundamentais. Há, pois, um nítido rompimento epistemológico com a vinculação da Constituição (e do direito) a critérios axiológicos ou morais. Para a

³⁰ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito**: revisitando as três matrizes jurídicas. p. 148.

³¹ LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4907085/mod_resource/content/1/SEMIN%C3%81RIO%2011.%20LUHMANN.%20A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20como%20aquisi%C3%A7%C3%A3o%20evolutiva.pdf. Acesso em 21 jun. 2020.

³² ALVES. Paulo Roberto Ramos. ZIBETTI, Fabiola Wust. **Tempo e Constituição**: O risco como horizonte de observação jurídica na sociedade policontextural. p. 34/35.

³³ ALVES. Paulo Roberto Ramos. ZIBETTI, Fabiola Wust. **Tempo e Constituição**: O risco como horizonte de observação jurídica na sociedade policontextural. p. 34.

teoria luhmanniana aspectos morais estão longe de fundamentar o direito³⁴. Pelo contrário, propõe uma estrutura teórica de observar o direito a partir da Sociologia que é a ciência dos sistemas sociais³⁵.

A ideia de um ordenamento jurídico vertical³⁶ é substituída por uma prática circular e autorreferente, sendo que todos os sistemas autorreferenciais³⁷ tem uma circularidade fundamental, constituindo-se o direito na forma de um sistema autorreferencial fechado, pois não existe fundamento do sistema jurídico fora do direito (direito é direito e, logo, o que não é direito é o não-direito).

Consoante se infere do texto “A Constituição como aquisição evolutiva”, de Luhmann:

Todos os sistemas autoreferenciais(sic) são caracterizados por uma circularidade fundamental e pela impossibilidade de se reintroduzir operativamente a unidade do sistema em seu interior. A cada tentativa de se descrevê-lo a circularidade fundamental surge como uma tautologia e, negativamente, como paradoxo.

[...]

O sistema jurídico limita-se a produzir, antes de tudo, a distinção, para sustentar a sua orientação em direção à própria unidade (direito é direito), mediante a orientação para o código binário direito/não-direito (positivo/negativo) do sistema.

[...]

O sistema jurídico, sob esse perfil, ‘sanciona-se’, por assim dizer, na execução factual de suas operações mediante inclusão e exclusão³⁸.

Na perspectiva luhmanniana, a Constituição é a forma por meio da qual o sistema jurídico reage a sua própria autonomia. Ela possibilita que os sistemas, em especial jurídico e político, perturbem-se e, com isso, evoluam, a fim de reduzir as complexidades, reforçando o paradoxo existente, eis que ao mesmo tempo que possibilita o fechamento de cada sistema, por outro lado, admite que se perturbem e, com isso, aproximem-se.

Do já referido texto “A Constituição como aquisição evolutiva”, extrai-se ainda que:

O sistema jurídico, graças a esse acoplamento, tolera um sistema político que tende para o Estado regulador e que não deixa passar o que possa submeter as suas próprias operações. Também o sistema político, graças a esse acoplamento, tolera um sistema jurídico que dá curso continuamente a processos próprios, protegidos de interferência política logo que a questão direito/não-direito, lícito/ilícito se apresente. O que conduz definitivamente a uma teoria dos sistemas operativamente fechados sensíveis apenas a perturbações mais do que a determinações recíprocas e obriga a que se recorra a respectiva linguagem sistêmica para se poder reagir. A relação entre o sistema político e o jurídico assemelha-se mais com a das bolas de bilhar que, apesar da contínua frequência com que se

³⁴ ALVES, Paulo Roberto Ramos. ZIBETTI, Fabiola Wust. **Tempo e Constituição**: O risco como horizonte de observação jurídica na sociedade policontextural. p. 34.

³⁵ LUHMANN, Niklas. **Nova Teoria dos Sistemas**. p. 10.

³⁶ Baseada nas concepções da teoria Kelseniana da Norma Hipotética Fundamental.

³⁷ Conjunto de elementos ligados a si mesmos, que se referem a si mesmos (Dicionário da língua portuguesa *on line*. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/autorreferencial>. Acesso em: 21 jun. 2020).

³⁸ LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4907085/mod_resource/content/1/SEMIN%C3%81RIO%2011.%20LUHMANN.%20A%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20como%20aquisi%C3%A7%C3%A3o%20evolutiva.pdf. Acesso em 21 jun. 2020.

entrechocam, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que com a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente³⁹.

Nesse viés, é possível se entender que os sistemas apresentam um caminho totalmente independente uns dos outros, ainda que possam se interligar (se perturbar), pois um sistema se organiza e desenvolve independente do outro, ou seja, o direito tem uma forma própria de organização, assim como a política tem a sua, a economia a sua, e assim por diante.

Contudo, é a estrutura comum (a Constituição) que une o sistema jurídico e o sistema político, os quais são autônomos, mas propensos a se irritarem reciprocamente e/ou com o entorno, através de organizações que os representam, por meio de procedimentos diversos, e, com isso, de estarem constantemente se reconstruindo, objetivando assim, uma estabilização e uma melhora social.

[...] o direito constrói permanentemente sua realidade no interior de organizações, por meio de procedimentos. Esses procedimentos reagirão às perturbações ambientais de acordo com a especificidade da codificação do sistema, construindo, dessa maneira, a realidade jurídica.

[...] A Constituição ocupa-se longamente com a criação das condições para o desenvolvimento do direito e de todo o aparato organizacional da sociedade [...]

A Constituição, por isso, deve ser vista como uma estrutura evolutiva, que possibilita construções altamente seletivas, viabilizando o deslocamento da observação fundada estritamente no passado para uma observação de futuro, ou, lembrando Ost, traduz a possibilidade de, simultaneamente, construir, destruir e reconstruir o passado normativo, ligando-o dessa maneira ao futuro. Entretanto, essa construção de futuro possibilitada pela Constituição apenas é possível quando operacionalizada no interior das organizações. São os procedimentos que estabelecem os limites às possibilidades oferecidas pela Carta Maior e as condições para seu deslocamento e fixação de novos limites⁴⁰.

A Constituição, na concepção luhmanniana é essa forma *sui generis* de acoplamento estrutural entre os sistemas, notadamente, o jurídico e o político, que em razão de uma sociedade complexa e diferenciada, viabiliza que os sistemas se criem e recriem autopoieticamente e, por outro lado, sofram e absorvam irritações da sociedade (entorno/ambiente) e perturbações entre os próprios sistemas, desconstruindo-se, construindo-se e reconstruindo-se, tudo como um processo evolutivo e, quiçá, de redução das complexidades.

A Constituição é, na teoria dos sistemas sociais de Luhmann, um importante exemplo de acoplamento estrutural ligando o direito e outros sistemas, constituindo-se como um meio de canalização constante de irritações do ambiente e dos próprios sistemas, cujas perturbações e estímulos acabam por promover ressonâncias (efeitos) servindo de ativação à abertura do conhecimento e, em consequência, como redutor da complexidade social e estabilização dos sistemas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, ao analisar o texto de Niklas Luhmann “A Constituição como aquisição evolutiva”, as obras “Poder” e “A Nova Teoria dos Sistemas”, ambas também de Luhmann, assim como os artigos “Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas” e o “Tempo e Constituição: O risco como

³⁹ LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4907085/mod_resource/content/1/SEMIN%C3%81RIO%2011.%20LUHMANN.%20A%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20como%20aquisi%C3%A7%C3%A3o%20evolutiva.pdf. Acesso em 21 jun. 2020.

⁴⁰ ALVES. Paulo Roberto Ramos. ZIBETTI, Fabiola Wust. **Tempo e Constituição: O risco como horizonte de observação jurídica na sociedade policontextural**. p. 38.

horizonte de observação jurídica na sociedade policontextual”, dos professores Leonel Severo Rocha e, Paulo Roberto Ramos Alves e Fabiola Wust Zibetti, respectivamente, juntamente com outras produções obtidas da internet que guardam relação com o assunto estudado, que a Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann, compreendida dentro de uma concepção sistêmica e enquadrada dentro de uma matriz epistemológico pragmático-sistêmica, surge na idade moderna como um pensamento totalmente inovador, ainda que influenciado por Parsons, eis que rompe com a ideia do ser humano como centro da sociedade, entendendo que a comunicação entre os sistemas sociais é o verdadeiro “poder” que impulsiona a sociedade.

Assim, Luhmann apresenta uma teoria própria e sem igual para seu momento, rompendo com as teorias que se tinha até então, em especial, as teorias da ação social, possuindo uma escrita peculiar, por meio de vocabulários novos e uma conceituação erudita, como se pode notar ao fazer uso de expressões como: sistemas, ambiente, autopoiese, autorreferência, fechamento operacional, acoplamento estrutural entre outras, ainda que alguns conceitos tenha extraído de estudos do neurobiólogo chileno Humberto Maturana.

A teoria luhmanniana entende que a sociedade é complexa, sendo este o problema a ser solucionado para se ter uma vida social melhor. Para tanto, considera que a sociedade é formada por sistemas e subsistemas, cada qual com uma identificação própria, constituindo-se em algo fechado, autorreferenciado, autopoietico, em seu sentido operacional, ou seja, é considerado por si mesmo em razão de uma circularidade fundamental caracterizadora de cada sistema, os quais se propõem a buscar a solução das complexidades do mundo e, logo, suas estabilizações, com um consequente padrão de vida em conformidade ao princípio da dignidade humana.

Nesse viés, o Direito é um sistema, a Economia outro, a Saúde outro, a Política outro e assim sucessivamente, sendo que existe um entorno circundante (um ambiente) que perturba os sistemas, assim como os próprios sistemas e subsistemas também acabam por se irritar reciprocamente. Isso acaba por gerar inquietações e, logo, em constantes e permanentes evoluções, tudo através das comunicações que ocorrem.

A Constituição, por conseguinte, é identificada como uma forma de acoplamento estrutural, sob a qual estão os sistemas do direito e da política, rompendo com a ideia de separação total desses sistemas, os quais, ao mesmo tempo em que são independentes operacional e funcionalmente falando, são também ligados entre si, servindo a Constituição como um mecanismo em que as comunicações do meio circundante (ambiente) e dos próprios sistemas e subsistemas se encontrem, possibilitando com isso a reprodução desses sistemas e seu aperfeiçoamento com reflexos à sociedade em geral.

Em outras palavras, a Constituição permite a convivência entre sistemas e ambiente sem que haja influência de um sobre o outro, mas, por outro lado, possibilitando a ocorrência de perturbações, aprendendo e reinventando-se com isso, ou seja, a Constituição possibilita o fechamento do sistema do Direito, mediante o seu reingresso no próprio sistema. É a ideia paradoxal que alimenta a própria teoria luhmanniana.

Tal observação se pauta na análise das obras literárias e material teórico pesquisados, tudo ao final referenciados, tendo o estudo ora exposto procurado identificar os principais conceitos operacionais relacionados ao assunto objeto desse escrito, notadamente em que consiste a teoria luhmanniana, suas principais ideias e a relação com a Constituição e sua evolução, adotando-se o método de investigação dedutivo e a técnica baseada na consulta doutrinária.

Nesse sentido, tem-se que a Constituição é um elemento funcional na estruturação do sistema do direito como do sistema político e, ainda, de organização da sociedade, sendo o produto desse acoplamento estrutural entre os sistemas entre si e com o ambiente circundante, servindo, na ótica

luhmanniana, para que o Direito estabilize expectativas sociais comportamentais.

Enfim, em função de suas cláusulas abertas (não prescrição de meios para concretização de direitos ou especificação precisa de seus conteúdos, relegando tal tarefa às organizações do Direito) e, em consequência, da incerteza do direito e da sociedade, a Constituição se verifica como um inegável instrumento de transformação social e de construção de um futuro que se espera segundo seus preceitos e ideais sociais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALVES, Paulo Roberto Ramos. ZIBETTI, Fabiola Wust. Tempo e Constituição: O risco como horizonte de observação jurídica na sociedade policontextural. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 12, n. 28, set/dez. 2017.

DICIONÁRIO da língua portuguesa *on line*. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/autorreferencial>. Acesso em: 21 jun. 2020.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4907085/mod_resource/content/1/SEMIN%C3%81RIO%2011.%20LUHMANN.%20A%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20como%20aquisi%C3%A7%C3%A3o%20evolutiva.pdf. Acesso em 21 jun. 2020.

LUHMANN, Niklas. **Nova Teoria dos Sistemas**, Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samias. Ed.: Universidade/UFRGS: Porto Alegre RS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

LUHMANN, Niklas. **O Enfoque sociológico da teoria e prática do Direito**. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowoski, **Sequência** 28, junho/1994.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Coleção Pensamento Político. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Ed.: Universidade de Brasília: Distrito Federal DF, 1985.

PASOLD, César Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Teoria e Prática. 13ª ed. Florianópolis SC: Conceito, 2015.

PEDRON, Flávio Quinaud. A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. V. 3, **Revista Direito Público** nº 11, IDP – Jan-Fev-Mar/2006 – Estudos, Conferências e Notas. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1331>. Acesso em: 21 jun. 2020.

ROCHA, Leonel Severo. **Direito e Autopoiese**, ao citar a obra de LUHMANN, Niklas. La Sociedad de la Sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Ed. Hender/Universidad Iberoamericana, 2007.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 2013.

VIDAL, Larissa Colangelo Matos. **Constituição: uma abordagem da concepção moderna à luz da doutrina de Niklas Luhmann**. 31 jul. 2018. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52087/constituicao-uma-abordagem-da-concepcao-moderna-a-luz-da-doutrina-de-niklas-luhmann>. Acesso em: 21 jun. 2020.

ENTRE JEREMY WALDRON E LENIO STRECK: CONTRIBUIÇÃO SOBRE O PORQUÊ A APLICAÇÃO DO DIREITO NÃO PODE SER UMA QUESTÃO DE SORTE

Mártin M. Szinvelski¹

INTRODUÇÃO

Em terras em que tudo pode ser um princípio, mas que as regras costumam a valer com a uniformidade requerida, torna-se árdua a tarefa de não tecer críticas ao que está estabelecido: o que poderia ser uma questão de princípio transmuta-se em *aleatoriedade*. Por outra via, o balanço da democracia – esta que contém o antídoto e o veneno em uma mesma fórmula – desmascara a necessidade de se reanalisar a teoria do direito sob as lentes de juristas como Jeremy Waldron, que não abandona a ideia de que as palavras importam e aquilo que está escrito, *vale*. A resposta jurídica ou jurisdicional não pode ser *fruto do acaso*. Como diz Streck, “[...] o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja”². A decisão judicial não é uma escolha personalista, dependente do querer do intérprete. Se assim o fosse, não haveria direito, apenas *ato de decisão*.

A discussão a seguir está pautada pela análise dos suportes teóricos presentes nas principais obras de Jeremy Waldron aptos a sustentar que o direito não é uma questão de sorte, para responder a seguinte pergunta: *em que medida esse pensamento pode ser vinculado ao pensamento de Lenio Streck, jurista que fundou a Crítica Hermenêutica do Direito, no Brasil?* Procura-se estabelecer linhas comparativas e contributivas à análise, com base no pensamento de Lenio Luiz Streck, a qual se apresenta como corrente teórica *autônoma*³. Há tempos, Streck vem denunciando os efeitos inapropriados da discricionariedade e do ativismo judicial, problemas que adentraram no ambiente jurídico nacional pela má recepção de um comportamento judicial que pode ser associado a uma espécie de incentivo doutrinário e jurisprudencial ao protagonismo judicial, especialmente no período pós-constituição vigente. O fato é que o *output judiciário* tem-se revelado no mínimo, imprevisível, com contornos de arbitrariedade e requintes de antiuniformidade. Configura-se em um desafio, o qual a perspectiva de J. Waldron pode contribuir.

1. A PROPOSTA DE JEREMY WALDRON: POSITIVISMO NORMATIVO E O PLUS DEMOCRÁTICO

A história tem demonstrando que os direitos individuais e liberdades fundamentais tendem a serem mais respeitados em sociedades preponderantemente democráticas⁴. Conforme Ian Shapiro, em *Os Fundamentos Morais da Política*, isso ocorre em razão de que “[...] aqueles que são prejudicados pelos acordos têm tanto o estímulo como os meios para apontar os defeitos desses acordos”⁵. O pensamento de Jeremy Waldron sugere a compreensão de que os desacordos (morais ou não) possuem um lugar próprio a ser resolvido, esse que estará vinculado à política e ao parlamento.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/Brasil) no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3078-2563>. E-mail: martin_ms@live.com.

² STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.25.

³ STRECK, Lenio. **Hermenêutica**. São Leopoldo: Coleção Livro-Carta, n.1, 2017.

⁴ Cf. DAHL, Robert. **How Democratic Is the American Constitution?** New Haven: Yale University Press, 2002, p. 132.

⁵ SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.299.

Assim como o fizera John Rawls⁶, na obra *Uma teoria da justiça*, quando o ilustre professor norte-americano coloca as condições hipotéticas à construção teórico-filosófica que se seguirá⁷, Jeremy Waldron denomina como *circunstâncias da política* os elementos de base para uma solução parlamentar ou institucional aos desacordos sócio-morais, elementos estes que seriam a inequívoca existência (i) de desacordos entre proposições ou questões politicamente vinculantes entre os membros de determinada sociedade ou grupo e (iii) o reconhecimento intersubjetivo da necessidade de uma composição comum do desacordo⁸.

O centro da crítica tecida por Waldron, presente em *Law and Disagreement*⁹, está na cegueira filosófica em atribuir à elite constitucional ou às Cortes Constitucionais um papel demasiado forte na construção/reconhecimento de direitos fundamentais, tarefa que seria desempenhada com melhor rendimento pelos parlamentares, em vista do caráter polifônico e policrônico das assembleias de representantes, ambiente sob o qual se resgataria o ideal do *autogoverno* ou da *supremacia da vontade parlamentar* em face da minoria contramajoritária representada por juízes *não-eleitos*, a título exemplificativo. Ao sustentar a recuperação da *dignidade da* legislação, Jeremy Waldron defende que os procedimentos parlamentares na elaboração legislativa tornam-se o cerne de uma teoria que visa conectar, de forma harmoniosa, teoria do direito e democracia. Pretende, assim, resolver um problema caro às sociedades em que a democracia liberal¹⁰ vige como modelo de deliberação coletiva: a legitimidade ou autoridade do direito.

Thomas Hobbes¹¹ e Jeremy Bentham¹² apresentam-se como os precursores do pensamento positivista, embora tenha sido com John Austin que a corrente teórica ganhou contornos mais definidos, especialmente pela maturação da ideia de separabilidade entre direito e moral. Em razão da busca de J. Waldron pelo fortalecimento da vontade expressada pelo procedimento parlamentar é que se torna necessário resgatar as aproximações e diferenças nítidas que permitem enquadrá-lo como um pensador positivista (normativo). Em contraposição ao modelo de John Austin, em *The Providence of Jurisprudence Determined*¹³, em que o objeto da teoria do direito apresenta-se como *o estudo do direito positivo*, estabelecido por superiores políticos aos inferiores políticos e como comando do soberano, em J. Waldron o desenho teórico que enfoca a legislação é qualificado pelo suporte democrático.

Em outras palavras, o direito *subjetivo à participação no processo legislativo* encontra, portanto, um lugar topológico superior na filosofia político-jurídica, de modo que a existência de um ambiente democrático apresenta-se como pressuposto primeiro da própria existência de desacordos e da necessidade de resolvê-los. A autoridade do direito provirá do acordo normativo firmado em lei após o desacordo político, cuja legitimidade será respaldada pelo respeito ao procedimento. A clareza do

⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Cf. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁷ Cabe notar que a construção rawlsiniana é política, não pertence à metafísica ou à metaética. Restringe-se a delimitar quem seria prejudicado e quem se beneficiaria caso determinadas concepções de justiça fossem seguidas pelo Estado.

⁸ WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdo**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p.123.

⁹ WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdo**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p.123.

¹⁰ Conforme destaca Cristina Consani, em excelente artigo de revisão da obra de Jeremy Waldron. CONSANI, Cristina. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p.2424-2448, 2015. Disponível em: 10.12957/rqi.2015.20933. Acesso em: 12 fev. 2020.

¹¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2014.

¹² BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

¹³ AUSTIN, John. **The Providence of Jurisprudence Determined**. Cambridge University Press, 1995.

pensamento do autor revela que pessoas podem discordar de boa-fé, em razão de existirem razoáveis motivos para discordâncias, mesmo após a finalização do processo parlamentar, mas disso não decorre que o foi estabelecido não será respeitado. Pelo menos aqui, vige a noção austiniana de que “(...) a existência de lei é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra”¹⁴.

Em *Normative (or Ethical) Positivism*¹⁵ fica claro que o pensamento tecido por Waldron em nada se identifica com a visão positivista de matriz kelseniana. Em *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen estabelece que a teoria jurídica descreve *o que o direito é*, mas não estipula o que o direito *deve ser*, e tal constatação serve de contraste e de refutação à eventual conexão com o que propõe Waldron. O *positivismo normativo* defendido por Waldron, por sua vez, não nega separabilidade entre direito e moral – fato que qualifica a corrente teórica como positivista –, mas a reequaciona.

O *positivismo normativo* propõe que, por meio de uma agregação ou inclusão, o procedimento parlamentar introduz no direito positivo aspectos de característica ou natureza preponderantemente moral, os quais foram objeto de desacordo no debate social e político, fixando um *dever ser* (prescrição). A partir da inclusão no sistema jurídico, a discussão moral deixa de assumir relevância para o cumprimento do que foi estabelecido em lei por aqueles que estão submetidas à autoridade, porquanto a própria lei já conteria aspectos morais em seu texto: a questão em discussão se transformaria em uma questão de direito, não mais de moralidade, ainda que a formulação da resposta jurídica contenha traços que expressem determinada moralidade ou sentimento de justiça preponderante¹⁶.

A consequência das diferenças traçadas, do ponto de vista de atuação jurisdicional, está na substituição da vontade do julgador, que, sob uma visão positivista normativista, possuía liberdade de interpretação, desde que a decisão se situasse dentre as possibilidades de decisão permitidas pela “moldura” do texto, por um modelo de *órgão julgador vinculado* às escolhas democraticamente acordadas por meio do procedimento parlamentar, sem conferir ao direito vigente uma noção equivocada de “pureza”. Não nega, portanto, a introdução de certos vieses na composição dos textos legislativos, justo porque o desacordo de boa-fé permitiria a alteração do texto posteriormente.

Waldron, em *Judicial Review of legislation*¹⁷, defende que a teoria do direito em sistemas de países democráticos deve se deslocar da interpretação judicial para o processo de formulação legislativa. Indaga, nesse sentido, qual seria o modo de tomada de decisão que definiria um processo mais igualitário, sustentando que “[...] quando a questão é focalizada dessa maneira, a vantagem da supremacia legislativa é inegável”¹⁸.

A consequência dessa postura teórica é o afastamento do peso do *judicial review* em questões ou desacordos submetidos à decisão. O resultado de algumas decisões de ordem polêmica – como é o aborto, a adoção do sistema de cotas e alterações no sistema penal – é menos traumático quando realizado por instituições parlamentares, pois estas guardariam certo grau de legitimidade que os tribunais não

¹⁴ “The existence of law is one thing; its merit or demerit is another”. AUSTIN, John. **The Providence of Jurisprudence Determined**. Cambridge University Press, 1995. p.157.

¹⁵ WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart’s Postscript – Essays on the Postscript to the Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

¹⁶ Para Bustamante, o positivismo normativo de Waldron seria uma espécie de “convencionalismo” em sentido forte. BUSTAMANTE, Thomas. Positivismo Normativo ou Novos Desenhos Institucionais? – Uma Análise de Duas Alternativas para se Contestar a Supremacia das Cortes Constitucionais. In: Fortes, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel. **Teorias Contemporâneas do Direito: o Direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016. p.77-96.

¹⁷ WALDRON, Jeremy. Judicial Review of legislation. In: MARMOR, Andrei. **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2015.

¹⁸ WALDRON, Jeremy. Judicial Review of legislation. In: MARMOR, Andrei. **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2015. p.446.

usufruíam. Nas palavras do autor, ainda que determinadas decisões possam ser consideradas ruins, os “(...) resultados seriam melhores se o poder dos tribunais de revisar a legislação fosse mais fraco ou inexistente”¹⁹.

Soa equivocado sustentar, nessa via, que Jeremy Waldron *apostaria exclusivamente* no parlamento em contraste com a posição de Ronald Dworkin²⁰, que gravita em torno da legitimidade democrática-constitucional que autorizaria o juiz a agir contra-majoritariamente em afastar questões dissonantes. A contextualização permite sugerir que, em vista de pertencerem à tradição liberal de influência norte-americana, em que a individualidade prepondera e que a construção da direito como estrutura regulatória ocorre em vista da observância desses direitos de dimensão liberal, o abuso ou a arbitrariedade será sempre repelida pelo sistema judiciário.

Em outras palavras, o que Waldron propõe não é o esvaziamento da função judicial, mas a prevalência do debate e da solução dos desacordos em uma casa que permita abrigar mais vozes do que a composição de um Tribunal. Por isso, para Waldron²¹, o controle judicial de constitucionalidade não se justifica em uma sociedade que exiba *quatro características*: (i) existência de instituições democráticas em razoável bom funcionamento incluindo uma legislatura representativa eleita em bases de sufrágio adulto universal; (ii) existência de instituições judiciais, também em razoável bom funcionamento, configuradas em bases não representativas para conhecer de processos individuais, definir disputas e preservar o Estado de Direito; (iii) existência de compromisso da parte de muitos dos membros da sociedade e dos agentes públicos com a ideia de direitos individuais e de minorias; (iv) desacordos — de boa-fé — entre os membros da sociedade comprometidos com a ideia de direitos acerca do sentido desses direitos.

A ideia que subjaz a proposta é a de que os representantes são responsáveis por prestar contas às pessoas comuns, de modo a canalizar a opinião dos eleitores (*accountability*). Mesmo não pertencendo à maioria, o sistema legislativo permite que nenhum interesse substancial na comunidade seja negligenciado ou deixado de fora do circuito de debate. Aliás, discordar não representa um comportamento irracional: pessoas podem discordar sobre direitos levando-os a sério²². O ponto chave é que, para Waldron, haveria uma quantidade substancialmente maior de *justiça política* na maneira como as decisões são tomadas em um sistema de supremacia legislativa do que em um sistema de revisão judicial de forma forte²³. Por via de consequência, de nada adiantaria *garantir os valores democráticos* contra-majoritariamente sem respeitar os procedimentos democráticos, como é numa Corte de Justiça em que o acórdão é obtido pelo voto da maioria, por pessoas que, eleitas ou não, não precisam prestar contas de suas decisões à comunidade — aliás, nem todas as pessoas podem ser juízes. Conclui, portanto, que os valores democráticos seriam corrigidos por uma minoria ou uma elite constitucional que careceria do dever de responsabilizar-se politicamente por suas decisões. Governa o choque de proposições a seguinte pergunta: o quão democrática seria a correção em razão da afirmação dos valores democráticos?

¹⁹ WALDRON, Jeremy. Judicial Review of legislation. In: MARMOR, Andrei. **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2015. p.446.

²⁰ Conferir as seguintes obras: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014; DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandao Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²¹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review, **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, p. 1360, 2006.

²² Tanto Waldron como também Dworkin sustentam uma conexão entre direitos e democracia, sendo que o último salienta que quando as instituições majoritárias garantem as condições democráticas, as suas respectivas decisões devem ser aceitas; e, ao revés, se essas condições não são respeitadas, outros procedimentos, que não os majoritários parlamentares, serão necessários para garantir os *valores democráticos*. Cf. STRECK, Lenio; MORBACH JUNIOR, Gilberto. (Autonomia do) Direito e desacordos morais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 119, p. 253-289, jul./dez. 2019.

²³ WALDRON, Jeremy. Judicial Review of legislation. In: MARMOR, Andrei. **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2015.

Embora tenha contornos críticos fortes à concentração do poder na mão de juízes, o impulso à preponderância parlamentar é visto por Waldron com olhos não inocentes, ao reconhecer que o modelo representativo não é perfeito e contém deficiências até mesmo no espelhamento das intenções do cidadão em relação à postura parlamentar do representante. Ocorre que, à diferença de muitos tribunais – e o Brasil é um exemplo – é possível substituir os representantes por outros que estejam em consonância com as intenções dos eleitores.

Nesse sentido, é possível sumarizar três elementos para entender a proposta de J. Waldron: (i) o modelo de supremacia legislativa garante uma possibilidade mais ampla de justiça política e de afirmação democrática; (ii) que a legislação aglutinaria em seu texto determinado grau de moralidade que passaria a valer como *direito*, não mais como moral, sendo que o conteúdo deverá ser cumprido, a não ser que colida com direitos básicos de superior hierarquia; e (iii) que um sistema que conecta direito e democracia, com predominância da vontade parlamentar, não se constitui na *tiranía da maioria*, pois existem limites ao exercício da vontade parlamentar ou executiva, que podem ser afastados pelo sistema judicial por ofensa aos direitos que estão na base de uma sociedade livre.

2. O DIREITO NÃO PODE SER UMA QUESTÃO DE SORTE: A PROPOSTA DE JEREMY WALDRON AO DIREITO E A CONEXÃO COM A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO, DE LENIO STRECK

Jeremy Waldron, em *Lucky in Your Judge*²⁴, publicado na *Theoretical Inquires in Law*, destaca que a aplicação do direito não pode ser como o clima na Inglaterra, em que a possibilidade de chuva passa longe da previsibilidade. Se existem direitos estatuídos e garantias estabelecidas, seu conjunto não pode deixar de ser aplicado pela conveniência de quem está a aplicá-la²⁵.

Nesse sentido, o professor neozelandês utiliza como substrato fático a publicação no *The New York Times*²⁶ de uma série de reportagens sobre o sistema judicial da cidade de *New York*, especialmente, o juizado de pequenas causas. O objetivo da série jornalística foi retratar como as pessoas eram tratadas nesses juizados, em que juízes leigos não precisam ter formação para atuar, como é o Sr. Buckley, eletricitista que após o expediente atua na função de juiz-leigo. Para a reportagem, o Sr. Buckley disse que seguia seu “[...] próprio bom senso, e pros diabos com o Direito”²⁷.

O cerne da contextualização de Waldron está em dizer que as pessoas tiveram *azar* por serem julgadas não pelo Direito, mas pela *moral* do juiz. Por isso, traça três elementos para a estruturação de um sistema jurídico coerente – previsibilidade, não-arbitrariedade e respeito às regras do jogo (*fairness*) – que servem como fatores imunizadores à aplicação do direito descriteriosa do direito já que “[...] aqueles que disputam não devem ter esperança de ter sorte, ou temerem a má sorte, na lei aplicada ao caso deles”²⁸.

Waldron alerta que um dos pontos estruturantes do Estado de Direito é aquele que guarda relação

²⁴ WALDRON, Jeremy. *Lucky in Your Judge*. *Theoretical Inquires in Law*, Tel Aviv, v. 9, n. 1, 2008. p.189-192.

²⁵ STRECK, Lenio. **Por gostar de Escola Sem Partido, desembargadora de SC ignora o STF**. Coluna Senso Incomum de 31 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/senso-incomum-gostar-escola-partido-desembargadora-sc-ignora-stf>. Acesso: 20 fev.2020.

²⁶ A coletânea de reportagens pode ser encontrada nesse site: http://www.anglonauts.eu/history/hist_21_uk_usa_timeline_articles_pictures_cartoons_videos/history_2006_uk_usa/hist_2006_3/hist_2006_3_us_just_sta.htm. 12 fev.2020.

²⁷ O outro caso citado é o de Gary Betteres que ajuizou reclamação contra o vilarejo de Malone, que devia mil dólares ao programa de recreação de verão. Ninguém se apresentou para defender o vilarejo, mas, mesmo assim, o juiz William J. Gori deu sequência ao caso e o rejeitou. Gary Betteres não entendia o motivo pelo qual alguém poderia ganhar um caso sem nem mesmo saber que o caso existia.

²⁸ WALDRON, Jeremy. *Lucky in Your Judge*. *Theoretical Inquires in Law*, Tel Aviv, v. 9, n. 1, 2008. p. 192.

com o ideal de diminuir a imprevisibilidade do direito e fornecer uma base sólida e confiável para cálculo por parte dos cidadãos comuns. Por meio da lei, os assuntos por ela veiculados servem de ponto de orientação, publicizados antecipadamente, que permite a consolidação das expectativas. Afirma Streck que, “[...] se simplesmente olhar o processo e tomar uma decisão com base na percepção pessoal é uma decisão jurídica, então qualquer pessoa pode decidir”²⁹.

Contra a arbitrariedade, Waldron afirma que “[...] se é realmente uma questão de sorte que a lei (se houver) é aplicada ao caso por um tribunal, existe um problema que pode melhor ser descrito sob o título de arbitrariedade”. Significa dizer que decisões judiciais trazem consequências às pessoas, cujos efeitos podem levar à perda financeira, encarceramento e estigmatização. De modo que, os indivíduos não devem sofrer esses resultados sem uma *boa razão* e a lei aplicável deve incorporar a noção de quais são as boas razões para infligir uma consequência jurídica a alguém. A autoridade do direito associa-se à razoabilidade do processo legislativo, portanto, processo mediante o qual são apresentadas as boas razões para a transformação de alguma proposição em lei.

O ponto chave da argumentação de Waldron está na noção de que o sistema jurídico deve manter um modo de operação de forma a “[...] não exigir que as pessoas exerçam juízos morais para descobrir o que o direito é”³⁰. A autoridade do direito deriva do que está convencionado, não de uma ideia parcial ou do sentido de justiça próprio de cada julgador. É nesse sentido que há, ao menos nesse aspecto, uma convergência com o pensamento de Lenio Streck.

Buscando-se um diálogo, Lenio Streck, em *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, denuncia um ambiente no Brasil em que se evidenciam decisões de juízes singulares ou de órgãos colegiados em que não há o trabalho de esconder, na fundamentação das decisões, que os autores estão julgando conforme o entendimento pessoal sobre o sentido da lei³¹. Se não bastasse, Streck destaca que o juiz está submetido a um contexto intersubjetivo de significados, de modo que as palavras da lei não estão à livre disposição do intérprete, para que ele delas se utilize sem uma conexão fática e histórica. É nesse sentido que afirma, em *Hermenêutica*, que é inadequado um sistema jurídico em que “[...] o juiz interprete como quer e solte o acusado quando quer. Ou prenda alguém sem motivo, só porque ele, pessoalmente, ‘quer acabar com a impunidade’”³².

De nada adianta, nesse sentido, o direito ser previsto por meio da legislação, sem que ela seja aplicada de uma maneira equilibrada, com equanimidade e uniformidade. Waldron estabelece a necessidade que o sistema jurídico se adapte à noção de *fairness*, que pode ser traduzida como equilíbrio ou respeito às regras do jogo: *às situações semelhantes devem ser dadas interpretações semelhantes, no sentido de coerência ao sistema, de modo que, uma vez comparadas, não se chegue à conclusão do excesso ou da falta de determinada consequência jurídica*. Vale dizer, se uma pessoa pode ser punida com mais severidade do que outra por uma ofensa menos hedionda, o sistema judicial não é equilibrado, em razão de oferecer respostas diferentes para problemas iguais, enquanto que, ao revés, deveria oferecer idênticas

²⁹ STRECK, Lenio. *Hermenêutica*. São Leopoldo: Coleção Livro-Carta, n.1, 2017. p.31.

³⁰ WALDRON, Jeremy. *Normative (or Ethical) Positivism*. In: COLEMAN, Jules (Org.). *Hart’s Postscript – Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 421.

³¹ STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.20.

³² STRECK, Lenio. *Hermenêutica*. São Leopoldo: Coleção Livro-Carta, n.1, 2017. p.31. Em outro texto, afirma que sobre a discricionariedade “Isto porque o Direito não está à disposição do julgador. O jurisdicionado não pode ficar à mercê justamente das contingências, do tropeço na pedra, da “sede de ser justiceiro” ou da vontade de ser um “juiz Magnaud”. Não há sorte ou azar nisso, como no filme *Match Point*, de Woody Allen. Ora, se alguém vai arrogante para a audiência e com a camisa para fora da calça, isso significa que é culpado? Ou que é inocente? STRECK, Lenio. *Existe montinho artilheiro epistêmico na teoria da decisão jurídica?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-18/senso-incomum-existe-montinho-artilheiro-epistemico-teoria-decisao-juridica>. Coluna Senso Incomum de 18 de fevereiro de 2016. Acesso: 24 dez. 2019.

respostas para problemas de conteúdo idêntico³³.

O Brasil apresenta-se como grande campeão no sentido de demonstrar-se como *exemplo ao contrário*. No âmbito da denominada doutrina nacional, dizer-se crítico³⁴ significa (i) afirmar que o *juiz-bouche-de-la-loi* não deve existir pós-constitucionalização democrática, em razão de, agora, vigorarem os *princípios*; (ii) ser um *positivista*³⁵ significa ser normativista, seguir à risca a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen³⁶ e (iii) que os juízes estão aptos a concretizar os valores constitucionais, no âmbito de viabilizar uma transformação social. Certamente, “[...] podemos ser poupados, nesta quadra da história, dessas ‘descobertas polvulares’. Isto porque essa ‘descoberta’ não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da jurisprudência dos valores”³⁷. Parece orbitar uma espécie de *sistema de frases prontas*, à disposição de julgadores e comentadores do direito, que às “pescam” para justificar *quaisquer decisões*.

Os sentidos dos textos não estão à disposição do intérprete: existem limites semânticos do texto, conforme salienta Streck. Somente à vista do texto é que se pode estabelecer seus limites de sentido. O diálogo com o que propõe Jeremy Waldron está no fato de que o autor neozelandês sugere uma postura que os desacordos devem ser colocados em pauta e decididos de forma democrática, ainda que a questão de fundo (o mérito ou demérito moral da solução adotada) fique *eternamente inconclusa*. O mecanismo mais democrático existente até o presente período histórico é *estabelecer direitos, garantias e procedimentos a serem respeitados, ainda que deles se oponha uma discordância*.

Aponta-se, portanto, para uma distinção de momentos: para discutir e para decidir. O momento para desacordos morais, discussões sobre alternativas políticas, o estabelecimento de *direitos ou garantias polêmicas* se encerra politicamente com a finalização do procedimento legislativo/constitucional. O momento da decisão – e o sistema funcionalmente direcionado para esse momento – não é/deve ser caracterizado por julgamentos morais, revisitando o momento anterior, de natureza política. Se a decisão é jurídica, o caminho natural de qualquer raciocínio lógico encaminhará o intérprete para o *cumprimento daquilo que foi acordado*, porque política, direito e moral convergem-se e diferenciam-se.

Ocorre que não existe um freio ao pensamento humano: nem a lei, nem a moral, a religião, a doutrina política pode restringir as inúmeras *possibilidades da linguagem e controlar as possibilidades de decisão, se o intérprete a entendê-la como ato de vontade*. Não existe ainda uma fórmula apta a combater a arbitrariedade, o *juiz-consciente* que julga conforme seu bel-prazer, o *juiz-vingador*, o *juiz dos valores*, o *juiz dos princípios*, todas essas figuras que moralizam o direito e que poderiam moralizá-lo posteriormente a moralização proveniente do parlamento: uma dupla moralização perversa, que tornaria vã a tentativa teórica que visa eliminar a *ficção da pureza do direito*, substituindo-a pela proposta que admite o viés moral, mas que afasta a moralidade da aplicação do direito.

³³ A esse respeito, sustenta Streck que: “[n]a realidade, a falta de segurança jurídica em nossa jurisprudência está relacionada ao descompromisso do nosso Judiciário com a legalidade vigente, uma vez que em seu imaginário a lei estaria à disposição do intérprete que poderia deixar de aplicá-la por razões de conveniência (sic)”. STRECK, Lenio. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.110.

³⁴ Cf. STRECK, Lenio. **Sobre ponderações e katchangas: o senso comum venceu?**. São Leopoldo: Coleção Livro-Carta, n.2, 2017.p.13.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jul. 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 12 fev. 2020.

³⁶ STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Caso do Direito, 2017. p.159 e sgs.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jul. 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 12 fev. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma de suas aulas Streck afirmou que

“[...] quanto mais linguagem, mais mundo; quando menos, menos mundo”, aludindo ao pensamento de Martin Heidegger. O fato é que o *tempus contemporâneo* revela-se promotor de desacordos *guturais*, que soam ininteligíveis por serem sons não traduzíveis para *textos razoáveis* que expressem *desacordos de boa-fé* e que, portanto, não viabilizam a *acordo sobre o direito*, ainda que a natureza desse seja provisória e cujas possibilidades de mutação possam ser verificáveis futuramente.

A proposta de Jeremy Waldron reside na substituição de noção de justiça do direito pela noção de autoridade, mas não nega a possibilidade de que o direito contenha elementos de natureza moral, em razão de que a origem parlamentar faz com que nele se insiram elementos de natureza moral. Aplicar o direito, todavia, não deve ser uma atitude moral: deve limitar-se ao que foi convencionado, ao *fruto do desacordo*.

O sistema jurídico democrático deve atender, para J. Waldron, as demandas de previsibilidade, não-arbitrariedade e respeito às regras do jogo (*fairness*). O cidadão não pode se *submeter ao julgamento* por consciências de pessoas, mas às sanções previamente estabelecidas em razão da possibilidade da existência de um fato, moralmente valorado e que denotem as *boas razões* da previsão de consequências jurídicas. O direito deve ser aplicado não em decorrência da vontade do legislador ou do julgador, mas em *razão da autoridade acordo*, o que significa que as mesmas regras valem para todos e, se assim o for, não haverá arbitrariedade. A lógica, até certo ponto, contém proposições *simples*, mas a factualidade revela o desafio de difícil superação, este que dirige-se contra à arbitrariedade, à falta de previsibilidade e à ausência de *fairness* em muitos sistemas jurídicos, entre os quais o do *nosso querido Brasil*.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AUSTIN, John. **The Providence of Jurisprudence Determined**. Cambridge University Press, 1995.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BUSTAMANTE, Thomas. Positivismo Normativo ou Novos Desenhos Institucionais? – Uma Análise de Duas Alternativas para se Contestar a Supremacia das Cortes Constitucionais. In: Fortes, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel. **Teorias Contemporâneas do Direito: o Direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016. p.77-96.

CONSANI, Cristina. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p.2424-2448, 2015. Disponível em: 10.12957/rqi.2015.20933. Acesso em: 12 fev. 2020.

DAHL, Robert. **How Democratic Is the American Constitution?** New Haven: Yale University Press, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins

Fontes, 2014.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.299.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jul. 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 12 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Caso do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Existe montinho artilheiro epistêmico na teoria da decisão jurídica?** Coluna Senso Incomum de 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-18/senso-incomum-existe-montinho-artilheiro-epistemico-teoria-decisao-juridica>. Acesso: 12 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. São Leopoldo: Coleção Livro-Carta, n.1, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.25.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.110.

STRECK, Lenio Luiz. **Por gostar de Escola Sem Partido, desembargadora de SC ignora o STF**. Coluna Senso Incomum de 31 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/senso-incomum-gostar-escola-partido-desembargadora-sc-ignora-stf>. Acesso: 20 fev.2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Sobre ponderações e katchangas: o senso comum venceu?**. São Leopoldo: Coleção Livro-Carta, n.2, 2017.p.13.

STRECK, Lenio Luiz; MORBACH JUNIOR, Gilberto. (Autonomia do) Direito e desacordos morais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 119, p. 253-289, jul./dez. 2019.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdo**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WALDRON, Jeremy. Judicial Review of legislation. In: MARMOR, Andrei. **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2015.

WALDRON, Jeremy. Lucky in Your Judge. **Theoretical Inquires in Law**, Tel Aviv, v. 9, n. 1, 2008.

WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's Postscript – Essays on the Postscript to the Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review, **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115,
p. 1346-1406, 2006.

OS PREJUÍZOS TRAZIDOS PELA TERCEIRIZAÇÃO À CLASSE TRABALHADORA

Patrícia Farias dos Santos¹

Gustavo Dell Osbel²

INTRODUÇÃO

Com a evolução social foram delineados novos modelos produtivos com intuito de se adequar as relações de trabalho ao novo contexto econômico capitalista. Desse modo, a terceirização se apresentou como uma estratégia de gestão visando redução dos custos de mão de obra.

O objetivo deste estudo tem como finalidade demonstrar os prejuízos causados às contratações destes trabalhadores terceirizados, porquanto a redução de custo buscada pelos empregadores se traduzem em mitigação dos direitos destes contratados.

Para o desenvolvimento do artigo, foi utilizado o método de pesquisa teórica e qualitativa, fazendo uso de material bibliográfico tais como livros, artigos de periódicos, teses e dissertações, também analisamos legislação específica de direito do trabalho (Consolidação das Leis do Trabalho, Lei 6.019/74 e a lei 13.429/2017).

É cediço que não é possível afastar este instituto das relação sociais atuais, nem mesmo se objetiva isto ao elencar os prejuízos causados à classe trabalhadora, o que se busca é apresentar o retrocesso advindo no âmbito do Direito do Trabalho e demonstrar que utilização irrestrita dessa forma de contratação leva um efeito negativo a própria condição humana.

1. O TRABALHO COMO BASE DE FORMAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Uma das bases mais importantes para a formação da dignidade da pessoa humana é o trabalho, através dele que ocorre o crescimento econômico de um país e conduz a sociedade a um caminho para combater a pobreza e reduzir as desigualdades sociais.

Conforme ensina Antunes³ “o ato de produção e reprodução da vida humana realiza-se pelo trabalho. É a partir do trabalho, em sua cotidianidade, que o homem torna-se ser social, distinguindo-se de todas as formas não humanas”. Sendo assim, o trabalho é um requisito essencial para dignidade dos indivíduos e seu envolvimento social.

O trabalho se constitui como forma de inclusão social, a medida em que faz o homem sentir-se parte daquele meio, traz um sentimento de pertencimento e se mostra essencial para a realização do ser e da sua própria existência. Mais que uma forma de fonte de renda, o trabalho representa, socialmente, como dignificação da vida.

¹ Mestra em Direito e Justiça Social – Universidade Federal do Rio Grande (FURG), Professora de graduação Direito – UNESC - <http://lattes.cnpq.br/5808373135333701>

² Acadêmico do Curso de Direito UNESC, Bolsista do Programa Introdução Científica – PIC 170/UNESC.

³ ANTUNES, R. **Adeus ao trabalho? Ensaios sobre as metamorfoses e centralidade do mundo do trabalho**. São Paulo: Cortez; Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1998.

Da mesma forma que o trabalho é necessário para as vidas dos indivíduos, ele é fundamental para crescimento e desenvolvimento econômico dos Estados.

Não por acaso que a Constituição Federal⁴ traz no capítulo da Ordem Econômica a valorização do trabalho humano como um dos seus fundamentos e a busca do pleno emprego dentre os princípios, pois para o desenvolvimento econômico de um Estado, o trabalho e o emprego servem de base para toda estruturação econômica e, acima de tudo, social. É a partir da força do trabalho que se estabelece a capacidade produtiva de um estado, capaz de alavancar o desenvolvimento econômico.

Ocorre que, hodiernamente, nos vemos diante de uma transformação social em relação as formas trabalho, que para alguns doutrinadores, trata-se de algo que decorre do neoliberalismo e dos efeitos advindos do capitalismo.

O neoliberalismo nada mais é que o liberalismo vindo através de uma nova roupagem. Surge a partir da justificativa de que o excesso de normas, em especial as que regulam as relações de trabalho, inviabilizam o crescimento econômico e que a desregulamentação, designada também pelo eufemismo “flexibilização”, seria a forma mais apropriada para este desenvolvimento.

Os fundamentos teóricos da proposta flexibilizadora são basicamente econômicos, de uma parte, e, de outra, tecnológico-produtivos, sem prejuízo da concorrência de outros fatores de origem diversa que, de uma maneira diferente, direta ou indiretamente, vêm fortalecer a referida demanda. O principal fundamento teórico da flexibilidade – e especialmente de sua extrema variante, a desregulamentação – assenta-se nos postulados da escola econômica neoliberal. O receituário neoliberal em matéria de trabalho é muito preciso: individualização das relações de trabalho até o limite do politicamente possível⁵.

Antunes⁶ refere que o neoliberalismo que gerou mudanças no processo de produção do capital e suas repercussões no processo de trabalho.

Trata-se, portanto, de uma aguda destrutividade, que no fundo é a expressão mais profunda da crise estrutural que assola a (des)sociabilização contemporânea: destrói-se força humana que trabalha; destroçam-se os direitos sociais; brutalizam-se enormes contingentes de homens e mulheres que vivem do trabalho; torna-se predatória a relação produção/natureza, criando-se uma monumental “sociedade do descartável”, que joga fora tudo que serviu como “embalagem” para as mercadorias e o seu sistema, mantendo-se, entretanto, o circuito reprodutivo do capital.

Como assevera Antunes⁷ a lógica social voltada prioritariamente para a produção de mercadorias e para a valorização do capital acarretam “um enorme desemprego estrutural, um crescente contingente de trabalhadores em condições precarizadas, além de uma degradação que se amplia, na relação metabólica entre homem e natureza”.

No entanto, o indivíduo na sua condição de ser humano não pode ser desprezado, ele é o principal

⁴ Art 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VIII - busca do pleno emprego

⁵ URIARTE, Orcar Ermida. **A Flexibilidade**. Tradução: Edilson Alkmim Cunha. Editora: LTr – São Paulo, 2002.

⁶ ANTUNES, R. Trabalho e precarização numa ordem neoliberal. In: GENTILI, P.; FRIGOTTO, G. (Orgs). **A cidadania negada: Políticas de exclusão na educação e no trabalho**. São Paulo: Cortez, 2001, p. 35-48.

⁷ ANTUNES, R. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e centralidade do mundo do trabalho**. São Paulo: Cortez; Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1998.

instrumento para o desenvolvimento e para quem este deve-se destinar. Do mesmo modo há que se ressaltar que o termo desenvolvimento não se traduz apenas em aumento nos recursos financeiros, mas na sua capacidade de promover uma qualidade de vida a esses indivíduos.

Nesta perspectiva a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (ONU, 1986) estabelece em seu Artigo 2º: “O ser humano é o sujeito central do desenvolvimento e deve, portanto, ser o participante ativo e o beneficiário do direito ao desenvolvimento”.

Na mesma concepção, sobre a importância do ser humano no contexto das relações laborais surgiram os direitos sociais do trabalhador, direitos fundamentais, que tem por objetivo proteger a classe operária contra a desigualdade social e contra a espoliação patronal causada pelos abusos do capitalismo desenfreado.

Dessa forma, não há como dissociar o trabalho humano e a proteção deste a uma condição digna. Conforme Ledur⁸ “a existência digna está intimamente relacionada ao princípio da valorização do trabalho humano. Assim, a dignidade da pessoa humana é inalcançável quando o trabalho humano não merecer a valorização adequada”.

Sob o viés dos Direitos Humanos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 23, preceitua que “toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana”.

No âmbito da terceirização a Organização Internacional do Trabalho, pela Declaração de Filadélfia, ratificada no Brasil pelo Decreto de Promulgação 25.696, em 20/10/1948, estabeleceu que o trabalho não é mercadoria.

Nesse sentido a intermediação de mão de obra deve ser utilizada com parcimônia, pois o objeto da relação nesta forma contratual é a “venda” da mão de obra humana a um tomador de serviço.

Antes da Lei nº 13.429/2017 a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, buscando preservar a dignidade da pessoa humana, não afastou a aplicação do instituto, mas restringiu o uso, limitando somente às atividades meio e ainda em relação ao contrato temporário – que também versa sobre uma espécie de terceirização – o prazo estabelecido era de apenas três meses, passando a ser de até cento e oitenta dias, prorrogáveis por mais noventa.

Nesta perspectiva que será analisado no ponto a seguir, ressaltando-se os efeitos negativos que esta forma de contratação acarreta aos trabalhadores terceirizados e que foram maximizados com o advento da Lei nº 13.429/2017, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. TERCEIRIZAÇÃO E OS PREJUÍZOS TRAZIDOS A CLASSE TRABALHADORA

Carvalho e Bridi⁹ explicam que “expressão terceirização deriva do latim tertius, que seria o sujeito estranho em uma relação entre outros dois sujeitos. Significa que o terceiro não é essencial para a existência desta relação”. Sobre este terceiro referem:

No processo produtivo, ele é quem intermedia a contratação de mão-de-obra para uma empresa que decide descentralizar parte de suas atividades e responsabilidades trabalhistas. Esta decisão baseia-se na promessa que a terceirização promove a redução de custos com a administração da força de trabalho. Isto, contudo, tem um preço alto para o trabalhador.

⁸ LEDUR, J. F. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

⁹ DE CARVALHO, L. V.; BRIDI, M. A. Trabalho e desigualdade: a terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores. **Revista da ABET**, v. 14, n. 1, 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/25703>.

Delgado¹⁰ diz que “para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”. E segue, o autor, esclarecendo que por este “fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente”.

Cassar¹¹ ensina que:

a terceirização é a relação trilateral que se forma entre o empregado, a empresa intermediadora (empregador aparente ou formal) e o tomador dos serviços (empregador real ou natural), em que esse último se vale da mão de obra de um trabalhador sem contratá-lo diretamente como empregado. Repassa as ordens, o pagamento e o trabalho para que a empresa interposta, colocadora dos serviços, o faça e se apresente formalmente como empregadora.

A terceirização constitui-se como um instrumento flexibilizador das relações de trabalho e nesse contexto atende a hegemonia da lógica financeira, como expõe Antunes e Druck¹² esta lógica vai além da dimensão econômica e atinge todos os âmbitos da vida social.

Trata-se de uma hegemonia da “lógica financeira” que, para além de sua dimensão econômica, atinge todos os âmbitos da vida social, dando um novo conteúdo ao modo de trabalho e de vida, sustentados na volatilidade, efemeridade e descartabilidade sem limites. É a lógica do curto prazo, que incentiva a “permanente inovação” no campo da tecnologia, dos novos produtos financeiros e da força de trabalho, tornando obsoletos e descartáveis os homens e mulheres que trabalham. São tempos de desemprego estrutural, de trabalhadores e trabalhadoras⁴ empregáveis no curto prazo, através das (novas) e precárias formas de contrato (DRUCK, 2007; 2011), onde terceirização, informalidade, precarização, materialidade e imaterialidade são mecanismos vitais, tanto para a preservação quanto para a ampliação da sua lógica.

Como toda forma de flexibilização, a terceirização não foge a regra da desregulamentação das normas trabalhistas, como explica Franco, Druck e Seligmann-Silva¹³, sob a perspectiva da sociologia do trabalho, a terceirização, “trata-se de uma forma iniludível de dominação e uma prática de gestão que anula a regulação do mercado de trabalho”.

Em se tratando de uma medida estratégica de reestruturação do capital, dentro de um contexto neoliberal, conforme já exposto acima, a desregulamentação se apresenta como um discurso a respaldar a implementação e a utilização desse instituto como algo a trazer benefício ao crescimento social. Sobre isso Lourenço¹⁴ explica que “a terceirização é um fenômeno muito objetivo, por meio do qual o capitalismo se livra dos ‘excessos’ dos gastos direcionados à força de trabalho, portanto, é uma das medidas estratégicas de reestruturação do capital”.

Ocorre que de forma transversa, longe de se trazer benefícios, a terceirização, assim como todas as

¹⁰ DELGADO, M.G. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr. 2017.

¹¹ CASSAR, V. B. **Direito do Trabalho**. 15 ed. Editora Gen Método, 2018.

¹² ANTUNES, R. DRUCK, G. Druck. A terceirização sem limites: a precarização do trabalho como regra. **Revista O Social em Questão**. Ano XVIII, nº 34. Rio de Janeiro, 2015.

¹³ FRANCO, T.; DRUCK, G.; SELIGMANN-SILVA, E. As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado. **Rev. bras. Saúde ocup.**, São Paulo, v. 35, n. 122, p. 229-248, dez. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200006&lng=en&nrm=iso)

[76572010000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200006&lng=en&nrm=iso).

¹⁴ LOURENÇO, E. A. S. Terceirização: a destruição de direitos e a destruição da saúde dos trabalhadores. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 123, p. 447-475, set., 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282015000300447&lng=en&nrm=iso.

outras formas que vieram através da flexibilização das normas trabalhistas, os efeitos são negativos à condição vida e da saúde do trabalhador.

A análise do tema voltado aos prejuízos que esta relação contratual traz aos empregados terceirizados já vem sendo trabalhado há longa data, entretanto com advento da norma que regulamentou a sua implementação, a Lei nº 13.429/2017, que ampliou a sua utilização frente a previsão da Sumula 331 do TST, é importante se trazer um novo debate e reflexão sobre a sua utilização irrestrita.

O Departamento intersindical de estatística e estudos sócio-econômicos (DIEESE), em seus relatórios, antes mesmo do advento da Lei nº 13.429/2017, já repercutiam os efeitos negativos que terceirização gerava aos empregados. Em 2007, o Dieese já apontava para um quadro de precarização, com consequências negativas para a qualidade de vida do trabalhador.

Saliente-se que este relatório foi publicado dez anos antes da vigência da lei que regulamentou as prestações de serviços a terceiros. Neste período haviam mais restrições nesta forma de contratação, como por exemplo a limitação às atividades meio¹⁵.

A rotatividade nas atividades terceirizadas foi objeto da Nota Técnica apresentada pelo DIEESE em 2017 que constatou elevadas taxas de rotatividade do mercado de trabalho brasileiro, nas atividades terceirizadas. Esta falta de vínculo permanente fragiliza a relação laboral e expõe o trabalhador a sucessivas contratações com diferentes tomadoras de serviços causando insegurança e colocando-os numa situação de vulnerabilidade, conforme descreve Druck e Borges¹⁶:

A perda do emprego, ou a perda de uma inserção estável no emprego, cria uma condição de insegurança e um modo de vida e de trabalho precários, nos plano objetivo e subjetivo, levando à ruptura dos laços e dos vínculos, tornando os trabalhadores vulneráveis e colocando-os numa condição social fragilizada, mais expostos à “desfiliação” social.

Não bastasse essa instabilidade e insegurança, alguns direitos constitucionalmente também ficam relegados a um segundo plano como o direito a férias, essencial para a preservação saúde do trabalhador. Em relação a férias e a potencialização de riscos causada pela falta de exigibilidade de acompanhamento de um técnico em segurança do trabalho, decorrente da redução dos números do empregados refere Severo¹⁷:

A intermediação de força de trabalho permite que as prestadoras se sucedam em contratos de um ou dois anos, fazendo com que concretamente os trabalhadores jamais fruam férias e possam ter o salário reduzido, a cada “nova” contratação. Estimula a potencialização dos riscos, bastando citar o exemplo da supressão da exigibilidade de um técnico em segurança do trabalho, em face da redução do número de empregados (contratados na forma prevista na ordem constitucional vigente), promovida pela terceirização em diferentes setores da mesma empresa.)

A vulnerabilidade se amplia quando se trata de organização sindical, de acordo com os dados do DIEESE¹⁸ a terceirização dificulta a capacidade de mobilização dos trabalhadores, através da pulverização

¹⁵ A terceirização de atividade-meio ocorre quando a exteriorização de mão de obra incide sobre serviço ligado à atividade-meio do tomador (ex.:vigilante – Lei 7.102/83). (CASSAR, V. B. **Direito do Trabalho**. 15 ed. Editora Gen Método, 2018.)

¹⁶ DRUCK, G.; BORGES, A. Terceirização: balanço de uma década. **Caderno CRH**, v. 15, n. 37, p. 111-139, jul./dez. 2002.

¹⁷ SEVERO, Valdete Souto. Após o golpe da terceirização, nada mais resta aos trabalhadores que não seja a luta. In: **Revista Carta Capital**, 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/23/apos-o-golpe-da-terceirizacao-nada-mais-resta-aos-trabalhadores-que-nao-seja-luta/>

¹⁸ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SÓCIO-ECONÔMICOS (DIEESE). **Nota técnica DIEESE – n. 172: Terceirização e precarização das condições de trabalho: condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes.** Mar., 2017. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizaao.html>.

das atividades em diversas empresas de menor tamanho. Falta de uma organização sindical representativa dificulta a negociação coletiva e a impossibilita os trabalhadores de buscar melhores condições de trabalho.

Como se não bastasse estes fatores, o Tribunal Superior do Trabalho, em Incidente de Assunção de Competência, com efeito vinculante, no julgamento do IAC-5639-31.2013.5.12.0051, em sessão realizada em 18/11/2019, afastou a estabilidade provisória da gestante contratada a luz da Lei 6.019/74, em caráter temporário. A Lei nº 6.019/74¹⁹ preceitua sobre o contrato temporário, que também é estabelecido por relação triangular, ou seja, por meio de terceirização. No caso se observa mais um aspecto de retrocesso ao empregado terceirizado, visto que a decisão, que teve repercussão geral, restringe-se apenas aos contratos temporários previstos na referida lei.

Quanto a saúde e segurança na terceirização, Campos²⁰, apresenta um levantamento dos efeitos da terceirização nestes fatores, o estudo demonstra que os empregados terceirizados sequer buscam afastamento para tratar de doenças laborais e acidente de trabalho com receio de perder seus empregos.

A hipótese aventada neste capítulo diz respeito a uma menor “qualidade” dos vínculos laborais dos terceirizados, quando comparados aos dos contratados diretos. Menor “qualidade” em termos de insegurança, compreendida especialmente em termos da permanência dos assalariados em seus vínculos.

Por contarem com vínculos dotados de menor “qualidade”, os terceirizados talvez encontrem mais dificuldade para conseguirem se afastar de seus trabalhos, mesmo em caso de ocorrência de acidentes e doenças laborais. Afinal, ao se afastarem, eles podem incidir em uma série de consequências (econômicas, ocupacionais e até mesmo jurídicas), que podem incluir o término de seus vínculos.

Outras variáveis, que constam do modelo de regressão logística, parecem referendar essa hipótese, ao menos parcialmente. Elas mostram que, quando os assalariados se vinculam a estabelecimentos maiores, por prazo indeterminado, por um período maior de tempo e de maneira sindicalizada (ou seja, quando contam com um vínculo de maior “qualidade”), eles têm maior chance de se afastar do trabalho.

A condição sub humana que ficam expostos estes trabalhadores é gritante contrariando todos os preceitos legais, tanto do sistema jurídico brasileiro, quanto internacional de proteção ao ser humano. Ferindo em especial a dignidade deste indivíduos.

A normatização advinda através da Lei nº13.429/2017, ao contrário de trazer segurança aos empregados terceirizados, em razão instrumentalização legislativa que até então inexistia, trouxe desvantagens e incertezas. A fragilidade que o texto legal se apresenta em relação a garantias e proteção aos direitos apenas faz aumentar os riscos e precarização destas condições de trabalho.

Nesse aspecto aplicação da Lei nº13.429/2017 deve ser feita com observância das normas que versam sobre direitos e garantias fundamentais e direitos humanos, restringindo-se a sua aplicação e exigindo uma contrapartida por parte do tomador de serviço para que este não se utilize do comércio de mão de obra humana para alcançar mais lucros em detrimento do ser humano.

¹⁹ A Lei nº 6.019/1974 já era aplicada ao contrato de terceirização, pelo Sumula 331 do TST e foi alterada pela Lei nº 13429/2017 e estabelece que o trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

²⁰ CAMPOS, A. G. Efeitos da terceirização sobre a saúde e segurança no trabalho: estimativas com base nos afastamentos. CAMPOS, A. G. (org.) *in: Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate organização*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília, 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho se constitui como algo essencial para os seres humanos, através dele que o homem se torna um ser social. Dessa forma, o trabalhador é o protagonista.

Para resguardar a condição humana de situações degradantes no ambiente laboral, surgiram as normas trabalhistas.

O neoliberalismo, com o argumento de que as normas trabalhistas acarretavam um custo excessivo para os empregadores e, conseqüentemente, um retrocesso ao desenvolvimento social, instituíram a desregulamentação e a flexibilização das normas existentes.

Nesse quadro, surge a terceirização como forma de contratação nas relações de trabalho para redução de custos das empresas, trazendo efeitos negativos ao trabalhador terceirizado.

Dentre os principais motivos que atingem o trabalhador na terceirização estão as diferenças na remuneração, a rotatividade – que gera instabilidade e segurança ao contratado –, a fragmentação da classe de trabalhadores terceirizados e a fragilidade de representação nas negociações coletivas.

Isto tudo, ainda, reflete na saúde do trabalhador que exposto a estas circunstâncias fica vulnerável resultando problemas físicos e psicológicos.

Entretanto, o desenvolvimento não pode ser construído em detrimento de uma condição digna da vida humana, pois como protagonista desta situação é o próprio sujeito central do desenvolvimento e deve, portanto, ser o participante ativo e o beneficiário do direito ao desenvolvimento, conforme defendido na Declaração do Direito ao Desenvolvimento.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTUNES, R. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e centralidade do mundo do trabalho.** São Paulo: Cortez; Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1998.

ANTUNES, R. Trabalho e precarização numa ordem neoliberal. In: GENTILI, P.; FRIGOTTO, G. (Orgs). **A cidadania negada: Políticas de exclusão na educação e no trabalho.** São Paulo: Cortez, 2001, p. 35-48.

ANTUNES, R. DRUCK, G. Druck. A terceirização sem limites: a precarização do trabalho como regra. **Revista O Social em Questão.** Ano XVIII, nº 34. Rio de Janeiro, 2015.

CAMPOS, A. G. Efeitos da terceirização sobre a saúde e segurança no trabalho: estimativas com base nos afastamentos. CAMPOS, A. G. (org.) *in: Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate organização.* Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília, 2018.

CASSAR, V. B. **Direito do Trabalho.** 15 ed. Editora Gen Método, 2018.

DE CARVALHO, L. V.; BRIDI, M. A. Trabalho e desigualdade: a terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores. **Revista da ABET,** v. 14, n. 1, 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/25703>.

DELGADO, M.G. **Curso de Direito do Trabalho.** 16. ed. São Paulo: LTr. 2017.

DRUCK, G.; BORGES, A. Terceirização: balanço de uma década. **Caderno CRH,** v. 15, n. 37, p. 111-139, jul./dez. 2002.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SÓCIO-ECONÔMICOS (DIEESE). **Relatório Técnico - O Processo de Terceirização e seus Efeitos sobre os Trabalhadores no Brasil**. Convênio SE/MTE nº 04/2003, Processo nº 46010.001819/2003-27. Disponível em: http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03_2007.pdf.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SÓCIO-ECONÔMICOS (DIEESE). Nota técnica DIEESE – n. 172: **Terceirização e precarização das condições de trabalho**: condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. Mar., 2017. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.html>.

FRANCO, T.; DRUCK, G.; SELIGMANN-SILVA, E. As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado. **Rev. bras. Saúde ocup.**, São Paulo, v. 35, n. 122, p. 229-248, dez. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200006&lng=en&nrm=iso.

LEDUR, J. F. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LOURENCO, E. A. S. Terceirização: a destruição de direitos e a destruição da saúde dos trabalhadores. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 123, p. 447-475, set., 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282015000300447&lng=en&nrm=iso.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, OIT. **Declaração da Filadélfia**. 1944. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang--pt/index.htm

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. 1986. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>

SEVERO, Valdete Souto. Após o golpe da terceirização, nada mais resta aos trabalhadores que não seja a luta. In: **Revista Carta Capital**, 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/23/apos-o-golpe-da-terceirizacao-nada-mais-resta-aos-trabalhadores-que-nao-seja-luta/>

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **Incidente de Assunção de Competência (IAC) nº5639-31.2013.5.12.0051**. Publicado em 18/11/2019. Disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=5639&digitoTst=31&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=12&varaTst=0051&submit=Consulta>

URIARTE, Orcar Ermida. **A Flexibilidade**. Tradução: Edilson Alkmim Cunha. Editora: LTr – São Paulo, 2002

A MITIGAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA DURANTE À PANDEMIA DA COVID-19

Constance Zottis¹

Nadya Regina Gusella Tonial²

Jovana de Cezaro³

INTRODUÇÃO

O Brasil é um Estado Democrático de Direito e com isso tem seu fundamento jurídico na Constituição Federal, denominada de Carta Cidadã. Como lei maior ela estabelece normas e princípios fundamentais, que representam os valores escolhidos pela sociedade, como mais importantes. Em especial, no processo civil estabelece os princípios que fundamentam o processo, dentre eles o acesso à justiça, o devido processo legal e a duração razoável do processo. A par disso, o Código de Processo Civil traz, de modo explícito, que todas as suas normas devem ser interpretadas conforme a Constituição Federal, com intuito de promover uma prestação jurisdicional justa e efetiva.

O princípio do acesso à justiça, além de envolver a justiça gratuita para os mais necessitados, também diz respeito ao acesso a uma ordem jurídica justa, momento que o processo deve ter um resultado útil, para promover a pacificação social de modo seguro e eficaz à todos.

Entretanto, em janeiro de 2020, a pandemia da Covid-19, originada na China, espalhou-se pelo mundo todo e chegou ao Brasil. Logo, tomou proporções inesperadas, fazendo com que as autoridades iniciassem medidas restritivas obrigatórias, dentre elas o controle de circulação das pessoas, a fim de que houvesse uma atenuação na propagação do vírus.

Porém, essas medidas, também, atingiram as atividades do Poder Judiciário, fazendo com que as instalações físicas fossem fechadas, a tramitação dos processos fosse prejudicada e os prazos suspensos, em um primeiro momento. Desse modo, relevante investigar, se tais medidas sanitárias decorrentes da pandemia, mitigaram a garantia fundamental de acesso à justiça durante o primeiro semestre de 2020, no Judiciário brasileiro, em especial, na justiça estadual gaúcha.

1. O ACESSO À JUSTIÇA: UM DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL

O princípio do acesso à justiça é um direito fundamental positivado na Constituição Federal de 1988. Este direito garante a todas as pessoas naturais ou jurídicas a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, ou seja, à Justiça. Assim, o Estado, ao impedir que os indivíduos resolvam por si suas próprias lides, avocou o poder para resolver os conflitos de interesses, fazendo nascer o acesso à justiça.

¹ Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Endereço de e-mail:178036@upf.br.

² Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Mestre em Direito pela UNISINOS. Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. Endereço de e-mail: nadyatonial@gmail.com.

³ Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Pós-Graduada em Direito do Trabalho. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. Endereço de e-mail: jovanadc@hotmail.com.

O inciso XXXV do artigo 5º da Carta Maior assegura que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O conteúdo desse inciso trata do princípio constitucional do acesso à justiça, também conhecido como direito de ação ou princípio da inafastabilidade da jurisdição⁴.

Desse modo, no Estado Democrático de Direito houve a constitucionalização do processo, momento que o fundamento do processo encontra-se positivado na Lei Maior. Com isso, “as normas dispostas na Constituição Federal constituem o ponto de partida do trabalho do processualista”⁵. A Constituição é a premissa para a interpretação e aplicação das normas processuais e de que o processo deve seguir as garantias fundamentais constantes no texto constitucional. “É em suas normas que podemos extrair a essência, a finalidade e a forma do processo em um Estado Democrático de Direito”⁶.

Quanto a codificação processual civil, o artigo 1º desse diploma legal torna explícito que: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. A partir disso, restou positivado que nenhuma norma de Direito Processual Civil, pode estar em desacordo com a Constituição. Em especial, com relação ao acesso à justiça, o artigo 3º do Código de Processo Civil, possui redação semelhante⁷ ao artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, estabelecendo que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”⁸.

Segundo Didier, a constitucionalização do processo é uma das características do direito contemporâneo e pode ser compreendido à luz de dois parâmetros: no primeiro, encontra-se a incorporação de normas processuais aos textos constitucionais, como exemplo pode-se citar o direito fundamental ao devido processo e seus corolários. Já, no segundo, a doutrina passa a percorrer “as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais”⁹.

Nery Junior exemplifica que, há pouco tempo, era muito comum interpretar o caso e aplicar o direito, somente, de acordo com a lei ordinária. Assim, “o civilista via no Código Civil a única norma que deveria ser consultada na solução de problemas naquela área, o mesmo ocorrendo com o processualista (...)”¹⁰.

Tal conduta decorre do fato do Brasil, ter passado por poucos períodos de Estado de Direito, por isso, o Direito Constitucional não recebeu a importância, que lhe era devida e a Constituição não era respeitada¹¹. Esse fenômeno pode ser denominado de “baixa constitucionalidade”¹² e acontece em países de Modernidade tardia, como é o caso do Brasil, em que juristas fundamentados em concepções oriundas

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁵ MEDINA, José Gabriel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 82.

⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 59-60.

⁷ Refere Fachin, que “o entendimento acerca da necessidade e da urgência de se reafirmar em lei ordinária o que já está consignado como princípio constitucional é, sem dúvida nenhuma, *capitis diminutio* de eficácia plena da Constituição.” FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 273.

⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil**.

⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017. p. 55.

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 25-28.

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. p. 25-28.

¹² Confome Streck, “a baixa constitucionalidade, que, dentre outros fatores, decorre da não-recepção dos novos paradigmas jurídico-constitucionais, bem como da falta de compreensão acerca da evolução da Teoria do Estado. Baixa constitucionalidade significa baixa compreensão, que ocorre porque a doutrina e a jurisprudência continuam assentadas nos postulados da hermenêutica clássica de cunho reprodutivo.” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 320.

da cultura liberal-individualista procuram obstaculizar a irradiação dos efeitos da Constituição com o intuito de não implementar e efetivar o Estado Democrático de Direito. Esse fenômeno leva a uma demasiada elaboração legislativa, para resultar em leis que fixam direitos, desde há muito protegidos pela Constituição.

Com isso, importante ressaltar que na lei processual encontram-se os valores constitucionais, que buscam impedir que abusos e atos autoritários ocorram no processo. De acordo com Carneiro, no início da vigência do Código de Processo Civil de 1973 havia “uma interpretação literal do artigo 488, II, que previa o depósito de 5% do valor da causa para a propositura de ação rescisória”, e inclusive, segundo a interpretação jurídica da época “tratando-se de uma condição da ação, a norma se estendia aos beneficiários da justiça gratuita”¹³. Hoje, a situação citada não ocorreria, devido a necessária interpretação de valores e normas fundamentais, principalmente, ao princípio do acesso à justiça.

Didier define os princípios como uma norma que estabelece um fim a ser atingido, e visa realizar um estado de coisas, somente podendo ser alcançado com comportamentos estabelecidos. Os mesmos, podem atuar de forma direta ou indireta. No modo direto, o princípio consegue cumprir com seu fim, sem a necessidade de intermediação de outro princípio ou regra, porém, quando os mesmos operam interligados de outras normas, denominam-se indiretos¹⁴.

Explica Theodoro Junior, que o princípio do acesso à justiça, não se refere apenas ao direito de procurar um órgão jurisdicional, de ser ouvido e obter uma resposta que defina os litígios. Mas, também, de uma tutela efetiva e justa, em que seja respeitada a garantia da figura do juiz natural e sua equidade, da ampla defesa e do contraditório, da possibilidade de influenciar em resoluções que atingirão interesses subjetivos, além da garantia da assistência jurídica gratuita aos que não possuem condições financeiras¹⁵.

Todo e qualquer cidadão “tem o direito de movimentar a máquina judiciária para obter o pronunciamento de um juiz competente e imparcial sobre um direito que entenda ser lesado ou ameaçado”. Carneiro ainda observa que, o primeiro passo para que o acesso à justiça se efetive, é que a população possua o acesso à informação, pois assim, podem compreender seus direitos e saber como resolvê-los na prática¹⁶.

O princípio do acesso à justiça nem sempre foi garantido à população e passou por transformações ao longo dos anos. Segundo Cappelletti e Garth nos Estados liberais dos séculos XVIII e XIX, os institutos jurídicos realizavam procedimentos, que reproduziam um pensamento individualista¹⁷.

Nesse ínterim, segundo a teoria da época as pessoas não necessitavam da intervenção do Estado para a garantia dos seus interesses. A cautela do Estado com os cidadãos, era apenas zelar para que os interesses de uma pessoa não violassem os de outra. Assim, “a justiça, como outros bens; no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte”¹⁸.

Após, o conceito acima citado passou por mudanças e a individualidade transformou-se em

¹³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das normas fundamentais do processo civil. In: DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 74.

¹⁴ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 56-59.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 74-75.

¹⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das normas fundamentais do processo civil. p. 78.

¹⁷ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 9-73.

¹⁸ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 9.

coletividade e o acesso à justiça tornou-se fundamental, “o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos”¹⁹.

As mudanças, em torno princípio fizeram com que os autores, Cappelletti e Garth, considerassem três posicionamentos (denominadas ondas), acerca da evolução do mesmo. A primeira onda: proporcionou que ocorresse assistência judiciária para aqueles que não a pudessem custear²⁰.

A segunda onda enfrentou o problema da representação dos interesses difusos (coletivos), em que

a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais²¹.

A terceira onda refere-se a uma nova percepção do acesso à justiça, na qual os fundamentos das outras ondas, começaram a se concretizar. Ela “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”²². No Brasil, entretanto, esse enredo de ondas não ocorreu, “mas sim um movimento concentrado, uma grande e única onda”, com a presença do acesso à justiça a partir dos anos 80 do século passado²³.

Após esse período, ocorreram inúmeras evoluções legislativas, como: a Constituição Federal de 1988, a inclusão dos interesses coletivos e difusos das pessoas com deficiência em 1989, o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, a instituição do Código de Defesa do Consumidor em 1990, e a mais recente que é a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, em 2015. E, por fim, o Código de Processo Civil de 2015 que trouxe novas conquistas para o acesso à justiça, inovou em novos mecanismos, como: a tutela antecipada e a conciliação/mediação, além otimizar a tutela jurisdicional.

Nesse sentido, Carneiro conclui que o acesso à justiça só será pleno e eficaz se o Estado assegurar meios que alcancem esse objetivo. Com juízes competentes e imparciais em suas decisões, sendo, também, suficientes para atender a demanda da justiça brasileira; ainda, necessitando que tenham em seus locais de trabalho equipamentos eficientes que tornem possível a agilidade do serviço; conciliadores suficientes para efetivar o disposto na codificação processual civil e cumprir sua função na resolução dos conflitos; e por fim, serventuários, que auxiliem para que o processo se torne ágil²⁴.

Desse modo, o princípio constitucional do acesso à justiça atinge a todos, indistintamente, visto que ninguém pode impedir que qualquer pessoa busque a prestação jurisdicional, não contemplando apenas os interesses próprios, mas também os difusos e coletivos, além de uma tutela adequada²⁵.

Ainda, Nery Junior ressalta que, não significa que o acesso à justiça deva cumprir somente com a garantia ao processo gratuito, mas, também, impedir casos em que a taxa dos processos seja abusiva, pois, cria-se um obstáculo à inafastabilidade do controle jurisdicional para a população²⁶. Nessa linha, Cappelletti

¹⁹ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 12.

²⁰ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 50.

²¹ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 50.

²² CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 68.

²³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das normas fundamentais do processo civil. p. 78-80.

²⁴ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das normas fundamentais do processo civil. p. 78-80.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. p. 130-138.

²⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. p. 130-138.

e Garth asseveram que a finalidade do direito de ação, não é fazer uma justiça mais pobre, e sim torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres, e que o objetivo do mesmo é resultar em uma justiça de qualidade²⁷.

Porém, com a pandemia da Covid-19 que afetou todo o mundo, espalhando medo, morte e insegurança, o acesso à justiça, principalmente pela população vulnerável, foi afetado, mediante às medidas de distanciamento social, necessárias à prevenção do contágio e propagação da pandemia.

2. A PANDEMIA DA COVID-19 E OS REFLEXOS NA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A sociedade moderna vem passando por um momento de crise em proporções mundiais. Desde a descoberta do Novo Coronavírus, no início de 2020, os números de infectados e de mortos vêm crescendo rapidamente, em todo o mundo. Diante desse cenário a Organização Mundial da Saúde e os governos nacionais estão lutando no enfrentamento da pandemia.

Na data de 31 de dezembro de 2019 a Organização Mundial da Saúde noticiou o surgimento de vários casos de uma pneumonia originada por causas desconhecidas na cidade de Wuhan, na República Popular da China. Na data de 07 de janeiro de 2020, uma semana depois, as autoridades chinesas confirmaram a descoberta de um novo tipo de coronavírus, que se trata do SARS-CoV-2, variante do coronavírus e responsável por causar a doença denominada COVID-19²⁸.

Segundo a Organização Mundial da Saúde o coronavírus é uma extensa família de vírus que pode causar enfermidades em humanos e também em animais, revelando-se um tipo de vírus que causa sintomas de uma forte gripe e que pode matar. É conhecido desde os anos de 1930, mas somente na década de 60 do século passado foi descrito como coronavírus, por parecer com uma coroa²⁹.

Com o aumento exponencial de casos já nas primeiras semanas, em 30 de janeiro de 2020 a Organização Mundial da Saúde declarou que o surto de Coronavírus caracterizava-se como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), o mais alto nível de alerta da Organização³⁰. Na ocasião, o diretor-geral da OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, afirmou que

the main reason for this declaration is not because of what is happening in China, but because of what is happening in other countries. Our greatest concern is the potential for the virus to spread to countries with weaker health systems, and which are ill-prepared to deal with it³¹³².

Tendo em vista os níveis alarmantes de disseminação do vírus, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde caracterizou a Covid-19 como uma pandemia. Também, o diretor geral da Organização afirmou que nunca viu uma “pandemic that can be controlled”³³ e que todos os Estados deveriam colaborar para o controle da propagação do vírus³⁴.

²⁷ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 165.

²⁸ OMS. **Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <https://www.who.int/es>. Acesso em: 30 nov. 2020.

²⁹ OMS. **Organização Mundial da Saúde**.

³⁰ OMS. **Organização Mundial da Saúde**.

³¹ Tradução livre: “A principal razão para esta declaração não é por causa do que está acontecendo na China, mas pelo que está acontecendo em outros países. Nossa maior preocupação é o potencial para que o vírus se espalhe para países com sistemas de saúde mais fracos, e que estão mal preparados para lidar com isso” (2020).

³² OMS. **Organização Mundial da Saúde**.

³³ Tradução livre: “pandemia que pode ser controlada” (2020).

³⁴ OMS. **Organização Mundial da Saúde**.

Por consequência de um mundo globalizado e interligado, todos os continentes do planeta foram afetados pelo vírus, em maior ou menor grau. O número de casos é alarmante e se prolifera de maneira muito célere e progressiva, causando inúmeras mortes³⁵.

Como forma de prevenção ao contágio, foram reforçadas ações rotineiras de higiene como: lavar as mãos com água e sabão com frequência; uso de álcool gel 70% seguidamente; uso de máscara; evitar tocar nos olhos, nariz ou boca; cobrir nariz e boca com um lenço ou braço dobrado ao tossir ou espirrar; higienizar frequentemente objetos de uso pessoal e não compartilhá-los; procurar atendimento médico em caso de febre, tosse e dificuldade para respirar, entre outros cuidados necessários³⁶.

Também foram impostas medidas mais drásticas, tais como: proibição de circulação e aglomeração de pessoas, fechamento de locais públicos e privados, manter distância mínima (um metro) de cada pessoa e a determinação de quarentena ou isolamento de pessoas.

No Brasil, o primeiro caso de Covid-19 foi confirmado pelo Ministério da Saúde em 26 de fevereiro de 2020 e a primeira morte se deu em 12 de março do mesmo ano, sendo que a cada dia o número de pessoas contaminadas aumenta espantosamente³⁷.

Antes mesmo da confirmação do primeiro caso, o Brasil declarou emergência nacional, por meio da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, e, em seguida, a ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020. Ainda, municípios, estados da federação e o governo federal têm editado normas sobre medidas de enfrentamento de emergências na saúde pública³⁸.

Para a contenção do coronavírus foi necessário o controle de pessoas, para que permanecessem em seus lares para que não contaminarem os demais e nem serem contaminados. Houve uma campanha no âmbito mundial solicitando que as pessoas permaneçam em seus domicílios e residências como forma de conter a transmissão do coronavírus³⁹.

Nesse sentido, vem à tona a necessidade de analisar a atuação do Poder Judiciário no Brasil durante a pandemia da Covid-19, em especial, se houve mitigação do direito fundamental do acesso à justiça, como consequência das medidas sanitárias e de restrição tomadas para prevenir o contágio pelo vírus, em especial, fechamento dos edifícios forenses e suspensão do prazos processuais.

A suspensão das atividades relativas à administração da justiça fez com que as Defensorias Públicas, os Núcleos de Práticas Jurídicas, os Escritórios de Advocacia e os demais órgãos públicos e privados fossem fechados ao público. Assim sendo, os atendimentos somente ocorreram para casos determinados como urgentes, por telefone e e-mail, além do reagendamento dos casos considerados não urgentes, para a volta do regime presencial.

Em especial, ocorreu, também, a suspensão do trabalho presencial no Poder Judiciário, determinada e regulada pela Resolução número 313/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que determinou, no âmbito do Poder Judiciário, “regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial”. Destaca-se que essa resolução tem

³⁵ Até a presente data o número de óbitos confirmados em decorrência da Covid-19 no Brasil é de 175.270. BRASIL. **Ministério da Saúde**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br>. Acesso em: 3 dez. 2020.

³⁶ BRASIL. **Ministério da Saúde**.

³⁷ BRASIL. **Ministério da Saúde**.

³⁸ BRASIL. **Ministério da Saúde**.

³⁹ GORCZEWSKI, Clóvis; PIUCCO, Micheli. Brasil em tempos da Covid-19 e as restrições aos direitos fundamentais: da limitação à liberdade de locomoção à campanha “o brasil não pode parar”. In: SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo. **Covid-19 e seus paradoxos**. Itajaí, SC: UNIVALI, 2020. p. 158.

caráter nacional e força vinculante em todos os órgãos jurisdicionais⁴⁰.

Verifica-se que a Resolução número 313/2020 assegurou a realização dos serviços essenciais nos Tribunais, suspendendo o trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores. Ainda, suspendeu o atendimento presencial das partes, advogados e interessados, que deveriam ser realizados remotamente por meios tecnológicos e estabeleceu a interrupção dos prazos processuais⁴¹.

Todavia, atribuiu como incumbência de cada Tribunal, a disciplina do trabalho remoto dos servidores, colaboradores e magistrados para a realização das tarefas inerentes à prestação jurisdicional, como na elaboração de minutas, sentenças, decisões, sessões virtuais e atividades administrativas⁴².

No estado do Rio Grande do Sul, o Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Voltaire de Lima Moraes, destacou que “o Judiciário nunca parou em meio à pandemia, mesmo atuando somente em trabalho remoto durante boa parte deste período, avançando em meios tecnológicos de forma adequada ao momento de excepcionalidade”⁴³.

Os prazos dos processos eletrônicos no primeiro momento foram paralisados, mas depois seguiram em andamento durante a pandemia. Com fundamento na Resolução número 013/2020-P do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi realizada, por servidores, uma força-tarefa a fim de realizar a digitalização de processos físicos ativos, de 1º e 2º Graus de Jurisdição, migrando do meio físico para o virtual, no sistema e-proc. Ainda, para auxiliar nessa tarefa, houve a contratação, por meio de licitação, de uma empresa para tal atividade⁴⁴.

A Resolução número 013/2020 do TJRS autoriza que a digitalização, também, pode ser executada pelas partes interessadas. Desse modo, estabelece que a virtualização dos processos físicos ocorrerá de forma gradativa, com a previsão de que, até dezembro de 2021, 100% dos processos físicos estejam digitalizados⁴⁵, o que permitirá o prosseguimento desses feitos, mesmo em situações adversas de distanciamento social.

Além da digitalização dos autos físicos, destaca-se que outras medidas foram tomadas pelo Judiciário gaúcho com o intuito de manter a prestação jurisdicional, como: a implantação de sistema emergencial de videoconferência; criação do Juizado Especial Cível Online; novo site relativo à Violência Doméstica e Violentômetro; implantação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) do Cidadão, com soluções para mediação e conciliação por videoconferência; criação dos CEJUSC Empresarial Online; adaptação de sistemas e regimentos para sessões virtuais, criando videoconferências para fins de sustentações orais e julgamentos; adequação de metodologias para audiências virtuais; dentre outras realizações igualmente importantes⁴⁶.

Nesse sentido, conforme cartilha divulgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, “o Poder Judiciário gaúcho adotou um posicionamento diligente e empreendedor, com respostas rápidas às novas

⁴⁰ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 313, de 19 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 25 nov. 2020.

⁴¹ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 313, de 19 de março de 2020.

⁴² BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 313, de 19 de março de 2020.

⁴³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **200 dias de pandemia: Judiciário gaúcho apresenta balanço de atividades**. Porto Alegre, 20 out. 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/200-dias-de-pandemia-judiciario-gaicho-apresenta-balanco-de-atividades/>. Acesso em 30 nov. 2020.

⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Resolução nº 013/2020-P**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/static/2020/09/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-013-2020-P.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2020.

⁴⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Resolução nº 013/2020-P**.

⁴⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **200 dias de pandemia: Judiciário gaúcho apresenta balanço de atividades**.

demandas, usando a tecnologia como aliada para avançar na prestação jurisdicional”⁴⁷.

Contudo, alguns entraves da pandemia não são de fácil solução, e mesmo com as medidas tomadas pelo Poder Judiciário, houve o afastamento da população mais vulnerável da possibilidade de acesso à justiça. Estudo feito em Defensorias Públicas de todo país e desenvolvido pelo Núcleo de Estudos da Burocracia da Fundação Getúlio Vargas (FGV) mostra que o acesso à justiça de pessoas vulneráveis está sendo afetado pela pandemia de Covid-19⁴⁸.

Os principais grupos assistidos pelas Defensorias Públicas e pelos Núcleos de Prática Jurídica das Universidades são pessoas pobres e extremamente pobres, o que impossibilita a comunicação com defensores, com advogados e com a justiça por meio digital, o que acaba por gerar um ônus para própria população que não consegue ter acesso a um serviço que foi virtualizado.

Nesse sentido, a tecnologia constituiu importante ferramenta estatal a fim de facilitar o acesso à justiça em tempos de pandemia, mas verifica-se que, no geral, houve um prejuízo na continuidade dos serviços de assistência jurídica as pessoas mais vulneráveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade mundial vem passando por um momento de grandes dificuldades, em que o coronavírus - Covid-19, causou uma pandemia, que foi declarada pela Organização Mundial da Saúde – OMS. Tal doença alastrou-se, rapidamente, pelo mundo e chegou ao Brasil, causando um cenário de crise sanitária e econômica. Os números de pessoas infectadas e de mortes crescem de modo exponencial.

Com a finalidade de restringir a contaminação pelo vírus, tanto no Brasil quanto nos demais países, foram adotadas diversas medidas alternativas, dentre elas a manutenção das pessoas em seus lares por meio do isolamento social. Tal situação ocasionou reflexos na prestação jurisdicional, mormente pela dificuldade do acesso à justiça, pela população mais vulnerável.

Com o isolamento social houve a suspensão das atividades forenses, o que fez com que órgãos públicos e privados fossem fechados ao público e interrompessem os atendimentos presenciais. Assim sendo, os atendimentos somente ocorreram para casos determinados como urgentes, pelo telefone ou por meio de tecnologias vinculadas à internet. Contudo, flagrante a desigualdade social e econômica existente no Brasil, o que traz à tona, a exclusão digital, em que grande parte da população não tem acesso à tecnologia.

Portanto, as medidas de prevenção ao contágio tiveram de ser tomadas para combater a pandemia da Covid-19. Contudo, esse período de necessário isolamento social prejudicou a prestação jurisdicional e impediu que muitos brasileiros pudessem acessar o Poder Judiciário. Nesse íterim, conclui-se que, a Pandemia da Covid-19 provocou a mitigação do acesso à justiça, violando assim, um direito fundamental das pessoas, que se constitui, inclusive, como norma de direitos humanos.

⁴⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **200 dias de pandemia: ação e proatividade no judiciário gaúcho**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/static/2020/10/200-Dias-de-quarentena-APRESENTA%C3%87%C3%83O-v3.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2020.

⁴⁸ BOCCHINI, Bruno. Pandemia afastou vulneráveis do acesso à Justiça, revela pesquisa: FGV entrevistou profissionais das Defensorias Públicas de todo o país. **Agência Brasil**. São Paulo, 4 ago. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-08/pandemia-afastou-vulneraveis-do-acesso-justica-revela-pesquisa>. Acesso em: 1 dez. 2020.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOCCHINI, Bruno. Pandemia afastou vulneráveis do acesso à Justiça, revela pesquisa: FGV entrevistou profissionais das Defensorias Públicas de todo o país. **Agência Brasil**. São Paulo, 4 ago. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-08/pandemia-afastou-vulneraveis-do-acesso-justica-revela-pesquisa>. Acesso em: 1 dez. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 313, de 19 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. **Ministério da Saúde**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br>. Acesso em: 30 nov. 2020.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das normas fundamentais do processo civil. In: DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

GORCZEWSKI, Clóvis; PIUCCO, Micheli. Brasil em tempos da Covid-19 e as restrições aos direitos fundamentais: da limitação à liberdade de locomoção à campanha “o brasil não pode parar”. In: SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo. **Covid-19 e seus paradoxos**. Itajaí, SC: UNIVALI, 2020. P. 152-168.

MEDINA, José Gabriel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OMS. **Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <https://www.who.int/es>. Acesso em: 30 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **200 dias de pandemia: Judiciário gaúcho apresenta balanço de atividades**. Porto Alegre, 20 out. 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/200-dias-de-pandemia-judiciario-gaucha-apresenta-balanco-de>

atividades/. Acesso em 30 nov. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **200 dias de pandemia: ação e proatividade no judiciário gaúcho**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/static/2020/10/200-Dias-de-quarentena-APRESENTA%C3%87%C3%83O-v3.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Resolução nº 013/2020-P**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/static/2020/09/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-013-2020-P.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

REGIONALIZAÇÃO, SOBERANIA ESTATAL E CONSTITUIÇÃO GLOBAL

Letícia Abati Zanotto¹

Gianna Bertolin Rossato²

Anderson Weber³

INTRODUÇÃO

Crises ambientais, econômicas e sanitárias são presenciadas atualmente e ameaçam a estabilidade planeta, a soberania dos Estados e a democracia. Para conter o aprofundamento dessa situação, se buscam alternativas aplicáveis em caráter global já que o Direito Internacional no presente não possui o *Jus Cogens* necessário para a mobilização planetária.

O presente estudo versa sobre a regionalização no Direito Internacional Público, a questão da soberania dos Estados e a proposta de uma Constituição Global para enfrentar a crise delimitada. Objetiva trabalhar a esfera da supranacionalidade no âmbito dos blocos de integração regional e a ideia de sua ampliação para a aplicação em escala mundial.

Dessa forma, o artigo é estruturado por meio do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica. No primeiro capítulo será introduzido noções de Direito Internacional Público e o processo de regionalização com breve enfoque na estrutura da União Europeia e do MERCOSUL.

Já o segundo capítulo discorrerá em pequenos pontos sobre o constitucionalismo, a soberania e as preocupações relacionadas a globalização e crescimento do poder econômico. Por fim, será trabalhada a proposta da Constituição Global, resultados da globalização, elementos da crise global e algumas proposições de manejo do problema.

1. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E REGIONALIZAÇÃO

A construção da ordem jurídica internacional apoia-se em uma estrutura horizontal de forma que os sujeitos do Direito Internacional Público (Os Estados, as organizações internacionais e os indivíduos) componham a sociedade internacional por meio da coordenação ou cooperação.

Essa ausência de uma centralização de poder e de órgão jurisdicional na sua imposição sobre os sujeitos, a menos que haja um expresse consentimento, é devido ao reconhecimento de um princípio de igualdade entre os Estados. A consolidação do Direito Internacional Público tem como um marco os Tratados de Vestfália que colocaram fim à Guerra dos Trinta Anos⁴.

Com a Paz de Vestfália (1648) é demarcada “a soberania entre os Estados, a obrigação de não

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista UPF. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS. Marau, Rio Grande do Sul, Brasil. Endereço eletrônico: 152562@upf.br.

² Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista UPF. Endereço eletrônico: 64702@upf.br

³ Especialista em Direito Internacional Aplicado. Cursando MBA em Contabilidade, Gestão Tributária e Auditoria. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Endereço eletrônico: andersonzweber@gmail.com.

⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

intervenção nos assuntos internos e a igualdade jurídica”⁵. Em 24 de outubro de 1945, logo após ao término da Segunda Guerra Mundial e objetivando a não retomada de outra guerra, surge a Organização das Nações Unidas (ONU) e o seu tratado fundamental, a Carta das Nações Unidas⁶. Em seu artigo 2, item 1, é reforçado o princípio da igualdade soberana de todos os Estados⁷ e no item 7 a não intervenção.

Em seguida, foi adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948⁸, com os direitos básicos do ser humano, de que os indivíduos como sujeitos do DIPub são titulares e podem confrontar seus próprios estados. Dessa forma, a soberania externa dos Estados torna-se subordinada a duas normas fundamentais: um imperativo de paz e a tutela dos direitos humanos⁹.

Assim, há a universalização da soberania e o dever de respeito entre Estados antes centrado na Europa e na América. Evoluindo, surge a regionalização do Direito Internacional público. Essa regionalização se dá:

com a conseqüente criação de espaços regionais por razões econômicas, políticas, estratégicas, sociais ou culturais, dentro dos quais as várias comunidades políticas e os vários Estados encontram formas de solidariedade e de cooperação bem mais qualificadas[...]. Regionalizar o Direito Internacional significa particularizar suas regras jurídicas a certo espaço físico (dividido politicamente em Estados) que apresenta ou uma homogeneidade geopolítica, ou econômica, ou social ou cultural etc. Contudo, o sucesso desse espaço regional (em que se contém a particularização das normas gerais ou universais) está a depender ‘de uma distribuição de poder equilibrada (compatível com a liderança de um ou mais Estados, porém não com sua hegemonia) e de um desejo comum de gerar e aplicar uma ordem normativa e institucional autônoma (que não independente das normas gerais ou universais)’¹⁰.

Nesse sentido, destaca-se as áreas de livre comércio e blocos econômicos integrados como, por exemplo, a União Europeia e o MERCOSUL.

Um exemplo de integração complexo e avançado é a União Europeia (UE), um bloco econômico com a livre circulação de bens, pessoas e mercadorias, marcado pela instituição supranacional para onde seus Estados-membros transferem poderes soberanos¹¹.

Em breve apresentação, o desenvolvimento dessa integração supranacional ou em sua antiga expressão, comunitária, construído pela União Europeia¹² passa pelo pós-guerra e a vontade de cessar conflitos. Iniciando em 1950 com o Tratado de Paris a Comunidade do Carvão e do Aço (CECA) unindo países europeus. Em 1957 houve por meio dos Tratados de Roma a instituição da Comunidade Europeia de Energia Atômica (EURATOM) e da Comunidade Econômica Europeia (CEE) que buscava o mercado comum.

⁵ KNIHS, Karla. **Direito Internacional Público**. Curitiba: Contentus, 2020. p.7

⁶ UNITED NATIONS. **About the UN**. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-un/index.html>. Acesso em: 20 set. 2020.

⁷ “Artigo 2- Para a realização dos Objetivos estabelecidos no Artigo 1, a Organização e seus Membros procederão de acordo com os seguintes Princípios: 1. A Organização se baseia no princípio da igualdade soberana de todos os seus Membros. [...] 7. Nenhuma disposição desta Carta deve autorizar as Nações Unidas a intervir em assuntos que são essencialmente da jurisdição interna dos Estados, nem obriga; Os membros devem submeter tais questões aos procedimentos de liquidação de acordo com este Estatuto; mas este princípio não exclui a aplicação das medidas coercivas prescritas no Capítulo VII.”. NACIONES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁸ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 20 set. 2020.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.40-41

¹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. p.15.

¹¹ SILVA, Karine de Souza. A consolidação da União Européia e do direito comunitário no contexto da transnacionalidade. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p.98.

¹² KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. Instituições, direito e soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Europeia e do Mercosul. **Revista Brasileira de Política Internacional**, n.52, p.53-70, 2009. p.57.

Objetivo esse alcançado em 1993 com as 4 liberdades “Circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais” e também com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht com mais um passo para o processo de cooperação na criação de União Econômica e monetária e a adoção da nomenclatura Comunidade Europeia (CE).¹³

Em paralelo com o desenvolvimento dos documentos econômicos, em 1952 o Tribunal de Justiça da União Europeia foi criado para a garantia do direito na interpretação e aplicação dos tratados, bem como a fiscalização das instituições¹⁴. O diferencial desse processo de integração é que os Estados membros se sujeitam a supranacionalidade, em que os direitos da UE (direitos da União) têm primazia sobre as ordens jurídicas nacionais e a aplicação direta do direito da União¹⁵ o Estado não perde sua soberania, mas delegam competências para o poder supranacional.

No entanto, ao abordar o MERCOSUL (Mercado Comum do Sul) se encontrará outro modelo de integração institucional, o intergovernamental. O processo de integração teve o seu processo de integração regional instituído em 1991 pelo Tratado de Assunção onde se localizavam as bases para a criação e logo em 1994 assinado o Protocolo de Ouro Preto contendo a estrutura institucional¹⁶.

Tinha em seu projeto inicial: alcançar o mercado comum com a livre circulação de bens, serviços e eliminação de restrições alfandegárias à circulação de mercadorias; “Estabelecimento de uma tarifa externa comum e adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros estados”; Coordenação de políticas entre os Estados Partes para as questões de concorrência sejam adequadas e; buscar a harmonização de suas legislações internas a fim de contemplar o processo de integração¹⁷. Porém, a caminhada para o Mercado Comum passa pelas etapas da Zona de Livre Comércio e da União Aduaneira que até o momento não foram completadas até o momento¹⁸.

Essa situação decorre da compatibilidade das constituições com o processo internacional. Os países signatários do MERCOSUL: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai optaram por e estruturar “pela intergovernabilidade[...] as decisões são adotadas mediante consenso e com a presença de todos os membros e, ademais, as normativas do bloco, muito embora sejam obrigatórias, deverão ser internalizadas pelos Estados”¹⁹.

Assim, a efetividade das normativas e decisões tomadas pelo bloco dependem de o Estado-parte internalizar as suas disposições. O empecilho no avanço se dá por questões de soberania e disposições constitucionais para a permissão de habilitação das constituições para a integração. Dos quatro países,

¹³ UNIÃO EUROPEIA. **A história da União Europeia**. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/history_pt. Acesso em 22 set. 2020.

¹⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **A instituição**. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/pt/. Acesso em: 23 set. 2020.

¹⁵ FREIRE, Paula Vaz. A relevância da integração econômica na construção da ordem jurídica da União Europeia. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Eduardo Biacchi. **Direito da integração regional: diálogo entre jurisdições na América Latina**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 59-64. p.68

¹⁶ Atualmente a estrutura conta com 4 órgãos decisórios intergovernamentais: o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do MERCOSUL. E outros derivados dos demais textos como a Secretaria do MERCOSUL; O Tribunal Permanente de Revisão (TPR); o Parlamento do MERCOSUL (PARLASUL); Instituto Social do MERCOSUL (ISM) e Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos.

¹⁷ MERCOSUL. **Objetivos do MERCOSUL**. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/objetivos-do-mercosul/>. Acesso em: 20 set. 2020.

¹⁸ MERCOSUL. **Saiba mais sobre o MERCOSUL**. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercosul>. Acesso em: 21 set. 2020.

¹⁹ GOMES, Eduardo Biacchi; ALMEIDA, Ronald Silka de. Direito intergovernamental do Mercosul e o diálogo entre jurisdições: o sistema das opiniões consultivas. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Eduardo Biacchi. **Direito da integração regional: diálogo entre jurisdições na América Latina**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.125- 136

apenas a Argentina e o Paraguai possuem essa abertura, Brasil e Uruguai não trazem essa possibilidade em face da determinação rígida do documento constitucional e, sem a reciprocidade a Argentina e o Paraguai ficam impedidos de se habilitarem²⁰.

Por conseguinte, se faz necessário o estudo da soberania, pois, conforme exposto, é elemento de importância para a autonomia dos Estados na esfera internacional, mas que traz certas limitações conforme a delimitação em sua redação no documento constitucional de cada país.

2. CONSTITUCIONALISMO E SOBERANIA

A problemática envolvida para a adoção da supranacionalidade pelos países integrantes de blocos econômicos como o Brasil e o Uruguai, por exemplo, é justamente uma restrição causada pela soberania dos Estados. Essa soberania conjuntamente com o modelo de Estado é fruto e positivado nas constituições nacionais.

O Constitucionalismo pode ser concebido como “o conjunto de doutrinas que, aproximadamente a partir de meados do século XVII, se dedicaram a resgatar no horizonte da constituição dos modernos o aspecto do limite e garantia” (tradução livre)²¹. Também sustenta que a possibilidade agora de ter um poder que se expresse na forma de soberania, mas que não é indivisível e ilimitado por natureza como era para o absolutismo²².

Para Sanchís, um elemento para se considerar como definidor do constitucionalismo é a sua função de limitação e controle do poder²³. Já o termo constituição descreve de maneira geral os documentos constitucionais que para os Estados significam uma lei suprema, feitas de forma escrita e em formato de código ou também uma lei instituída por órgão específico que irá limitar a ação governamental e reconhecer direitos fundamentais.

Nesse sentido, Mendonça e Guibourg apontam para três características da constituição:

Uma das características da constituição é que ela é um conjunto de normas legais. Nesse sentido, a constituição faz parte do sistema jurídico de uma nação. Outra de suas características é que as normas constitucionais servem de fundamento para todas as demais normas positivas do ordenamento jurídico. Nesse aspecto, a constituição é a fonte positiva de validade ou reconhecimento de todas as demais normas, bem como o critério de delimitação do sistema que todas elas formam. Uma terceira característica faz da constituição um conjunto de limites à autoridade dos governantes, limites impostos por meios processuais, através da divisão de poderes e do jogo dos chamados freios e contrapesos, ou por meios materiais, com as garantias constitucionais de que nenhum órgão, por nenhum procedimento, pode em princípio violar (tradução livre) 24.

²⁰ KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. Instituições, direito e soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Europeia e do Mercosul. p.66.

²¹ “El constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo xvii se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía”. FIORAVANTI, Maurício. **Constitucion**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editora Trotta, 2001. p. 85.

²² FIORAVANTI, Maurício. **Constitucion**: de la antigüedad a nuestros días. p.86

²³ SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo Y Positivismo**. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

²⁴ “Una de las características de la constitución consiste en ser un conjunto de normas jurídicas. En este sentido, la constitución forma parte del sistema de derecho de una nación. Otra de sus características es que las normas constitucionales sirven de fundamento a todas las demás normas positivas del ordenamiento. En este aspecto, la constitución es la fuente positiva de validez o de reconocimiento de todas las demás normas, así como el criterio de delimitación del sistema que todas ellas forman. Una tercera hace de la constitución un conjunto de límites a la autoridad de los gobernantes, límites impuestos por vía procesal, mediante la división de poderes y el juego de los llamados frenos y contrapesos, o por vía material, con las garantías constitucionales que ningún organismo, por ningún procedimiento, puede en principio violar. Desde esse punto de vista, la constitución es un

Nessa toada, ao se tratar do constitucionalismo se fala também no desenvolvimento posterior do neoconstitucionalismo e a valorização da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais e, em especial, no neoconstitucionalismo latino-americano com o desenvolvimento de constituições onde introduziu-se noções de pluriculturalismo²⁵.

Dito isso, identifica-se que hoje em dia o paradigma do Estado de Direito Constitucional se encontra em crise. A suposta crise se dá em razão da verificação da diminuição do monopólio dos Estados sobre a legislação e produção jurídica e o sistema de fontes que não são mais apenas nacionais, mas possuem disposições de caráter supraconstitucional que supostamente reduzindo a soberania externa dos Estados²⁶.

A soberania revela-se como uma exigência política para controlar um território e uma importante observação, tendo em vista o capítulo seguinte, é sobre a questão da soberania no Estado moderno é a sua análise pelo ponto de vista econômico. Ao considerar o viés econômico sobre a soberania interna dos Estados, constata-se a insuficiência da mera presença dos elementos tradicionais identificadores de um Estado soberano como, por exemplo, a sua Constituição, seus governantes, suas forças armadas em posição para combater seu território ou reconhecimento pelos Estados estrangeiros.

O componente a ser considerado é o poder econômico. Sua impossibilidade de controle interno pelo Estado ou de contestação por parte da sociedade de seus interesses suprime a soberania por furtar-se de seu aspecto popular e democrático. Assim, “o ordenamento sócio-jurídico-econômico deixa de ser elaborado com o objetivo do bem comum e passa a assegurar os interesses de uma minoria organizada e articulada, o poder econômico”²⁷.

A atuação desse Estado nas suas relações exteriores (exercício de sua soberania externa) acaba ficando comprometida e/ou fortemente influenciada pelo poder econômico em potencial quando pressionado a votações ou acordos que atendem somente ao interesse do poder econômico. Assim, o Estado não pode mais ser considerado soberano internamente.

Nesse sentido, se introduz uma reflexão inicial sobre o capítulo a seguir, pois, uma das grandes questões atuais é a influência dos mercados e poder econômico não só no interior dos Estados, mas também com a imposição de regramentos/tendências na esfera internacional resultado da globalização que fogem do controle do Direito Internacional Público.

3. A PROPOSTA DE UMA CONSTITUIÇÃO GLOBAL

Embora se reconheça a existência da soberania dos Estados e sua importância para a proteção interna e externa, além de seu reconhecimento na esfera internacional, a compreensão de que algumas demandas necessitam extrapolar os limites cobertos pelo poder individualizado soberano dos Estados.

As crises nos âmbitos econômico, político e social ameaçam a vida no planeta e a democracia nas instituições. Com essas emergências planetárias uma solução será a adoção de um constitucionalismo supranacional em âmbito global. Essas crises são originadas em virtude dos processos de perda de poder político dos Estados para os mercados e a conseqüente desconstitucionalização das democracias²⁸.

instrumento político con dos filos.” MENDONCA, Daniel; GUIBOURG, Ricardo. **La Odisea Constitucional**: Constitución, Teoría y Método. Madrid: Marcial Pons, 2004.p.24-25.

²⁵ SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El Neoconstitucionalismo Transformador**: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y dolor: la crise del paradigma constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (orgs.). **El Canon Neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010 p.147-174. p. 153.

²⁷ BAGNOLI, Vicente. **Direito e poder econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.214

²⁸FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. Madri: Editorial Trotta, 2014. p.137.

Luigi Ferrajoli expõe as consequências da tomada do poder econômico:

Já não são mais os Estados, com suas políticas, que controlam os mercados e o mundo dos negócios, impondo suas regras, limites e vínculos, mas os mercados financeiros, ou seja, alguns milhares de especuladores e alguma agência privada de classificação, aqueles que controlam e governam os Estados. Não são mais os governos e parlamentos eleitos democraticamente que regulam a vida econômica e social com base no interesse público geral, mas são os poderes invisíveis e politicamente irresponsáveis do capital financeiro que impõem políticas antidemocráticas e anti-sociais aos Estados, em benefício de interesses privados e especulativos (Tradução livre)²⁹.

Mediante a globalização fica evidente que independente da localidade em que se mora, seja na América latina ou em qualquer lugar do globo, não depende mais somente do Estado em que o território está localizado para que se tenha uma boa qualidade de vida. As fronteiras territoriais, nesse momento e como tendência para o futuro, apenas delimitam a extensão do Estado. Porém, o planeta Terra é um corpo só e o momento exige a superação das fronteiras e trabalho conjunto internacionalmente³⁰.

O grande impeditivo para que apenas se lance mão da aplicação do Direito Internacional Público, sem mais discussões, já que este é o responsável pela gestão da sociedade internacional é justamente o princípio da não intervenção em conjunto com o da soberania.

Em sua consequência, o Direito Internacional por meio de suas organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas, por exemplo, só pode sugerir medidas para a resolução de problemas e somente aos países participantes da organização, e esses têm a opção de cumprimento e/ou integração ou não das orientações em seu ordenamento político.

O status de *Soft Law* atribuída às normativas internacionais transforma qualquer tentativa de solução das questões levantadas em mera orientação pela falta de *Jus Cogens* ou direito cogente que são as normas que possuem caráter imperativo no Direito Internacional e os Estados devem obrigatoriamente observar. A globalização econômica ao passo que aumentou as riquezas no mundo, o fez às expensas da degradação do meio ambiente com efeitos irreversíveis e do aumento das desigualdades entre países e indivíduos³¹.

Com o crescimento exponencial de problemas que necessitam soluções globais acaba fazendo com que cada vez menos os estados consigam resolver suas demandas de forma independente. A situação traz a necessidade de instituições para a tomada de decisões globais e responsabilização pelos indivíduos que afetam. Peter Singer destaca o porquê se deve buscar uma comunidade global:

Quando diferentes nações levavam vidas mais separadas, era mais compreensível - embora ainda muito errado - para aqueles em um país pensarem que não têm obrigações, além da não interferência, para com as pessoas de outro estado. Mas esses tempos já se foram. Hoje, como vimos, nossas emissões de gases de efeito estufa alteram o clima em que vivem todos no mundo. Nossas compras de petróleo, diamantes e madeira permitem que os ditadores comprem mais armas e reforcem seu domínio sobre os países que tiranizam. As comunicações instantâneas mostram-nos como os outros

²⁹ “Ya no son los Estados, con sus políticas, quienes controlan los mercados y el mundo de los negocios, imponiendo sus reglas, límites y vínculos, sino que son los mercados financieros, es decir, unos pocos millares de especuladores y alguna agencia privada de *rating*, los que controlan y gobiernan los Estados. Ya no son los gobiernos y los parlamentos democráticamente elegidos los que regulan la vida económica y social em función de los intereses públicos generales, sino que son las potencias del capital financiero, invisibles y políticamente irresponsables las que imponen a los Estados políticas antidemocráticas y antisociales, en beneficio de intereses privadas y especulativos”. FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. p.137.”

³⁰ PULIDO, Carlos Bernal. Problemas de la posición de américa latina en el contexto de la Globalización. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (orgs.). **El Canon Neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.p.594-595.

³¹ ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (orgs.). **El Canon Neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.p.580-582.

vivem e, por sua vez, aprendem sobre nós e aspiram ao nosso estilo de vida. O transporte moderno pode mover até mesmo pessoas relativamente pobres por milhares de quilômetros, e quando as pessoas estão desesperadas para melhorar sua situação, as fronteiras nacionais se mostram permeáveis (tradução livre)³².

Portanto, com base no cenário proposto da globalização, das crises na democracia, da diminuição poder estatal pelo mercado, do resgate de um debate em torno do Constitucionalismo Global e sua proposta de constitucionalização de direitos na esfera internacional³³, objetivou-se expor pontos-chaves na discussão de uma cooperação global para a solução de controvérsias que possuem natureza coletiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio de uma visão abrangente de cada elemento estudado: Direito Internacional Público e regionalização, blocos econômicos, constitucionalismo, soberania, e a ideia da globalização, crise e Constituição Global buscou-se a introdução do debate acerca da necessidade de normativas globais que tenham a possibilidade de serem impostas a Estados ou empresas, e até mesmo o debate de soluções efetivamente colocadas em prática de maneira majoritária pelos indivíduos da sociedade internacional.

Dessa forma, em um primeiro momento foi abordado o contexto dos Estados no Direito Internacional público, soberania dos Estados e a tendência de regionalização ou busca da integração regional por meio de blocos econômicos. É discorrido brevemente sobre os fatores envolvidos na integração da União Europeia e logo após, do MERCOSUL e sua impossibilidade de evolução para a etapa de mercado comum.

Em seguida a discussão voltou-se a pontuar alguns pontos sobre constitucionalismo, constituição e a observação que se deve fazer da soberania e o poder econômico. Por fim, tentou reconhecer o problema contido na crise global enfrentada e explorou-se a necessidade e as motivações da elaboração de uma Constituição Global.

Em síntese, com a impossibilidade de controle do crescimento e expansão desenfreados dos mercados, do surgimento de problemas em escala global e da ausência de uma regulamentação com força de norma imperativa, desperta a necessidade de uma mudança da visão dos limites da soberania dos Estados para que pelo menos matérias conflituosas principais sejam regulamentadas de forma estratégica e em escala global como expressão da cooperação entre os Estados característica do Direito Internacional Público.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (orgs.). **El Canon Neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

³² “When different nations led more separate lives, it was more understandable—though still quite wrong—for those in one country to think of themselves as owing no obligations, beyond that of non-interference, to people in another state. But those times are long gone. Today, as we have seen, our greenhouse gas emissions alter the climate under which everyone in the world lives. Our purchases of oil, diamonds, and timber make it possible for dictators to buy more weapons and strengthen their hold on the countries they tyrannize. Instant communications show us how others live, and they in turn learn about us and aspire to our way of life. Modern transport can move even relatively poor people thousands of miles, and when people are desperate to improve their situation, national boundaries prove permeable.”. SINGER, Peter. **One World: The ethics of globalization**, New Heaven: Yale University Press, 2002. p. 199.

³³ LUPI, André Lipp Basto; MONTE, Mário João Ferreira; VIVIANI, Maury Roberto. Em busca de Fundamentos para o constitucionalismo global: esboço de tendências teóricas para a constitucionalização no âmbito de uma nova ordem mundial. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v.19, n.4, p.1220-1251, 2014. p.1226.

BAGNOLI, Vicente. **Direito e poder econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y dolor: la crisis del paradigma constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (orgs.). **El Canon Neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p.147-174.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. Madri: Editorial Trotta, 2014

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editora Trotta, 2001. p. 85.

GOMES, Eduardo Bianchi; ALMEIDA, Ronald Silka de. Direito intergovernamental do Mercosul e o diálogo entre jurisdições: o sistema das opiniões consultivas. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Eduardo Biacchi. **Direito da integração regional**: diálogo entre jurisdições na américa latina. São Paulo: Saraiva, 2015.p.125- 136

KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. Instituições, direito e soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Europeia e do Mercosul. **Revista Brasileira de Política Internacional**, n.52, p.53-70, 2009

KNIHS, Karla. **Direito Internacional Público**. Curitiba: Contentus, 2020.

LUPI, André Lipp Basto; MONTE, Mário João Ferreira; VIVIANI, Maury Roberto. Em busca de Fundamentos para o constitucionalismo global: esboço de tendências teóricas para a constitucionalização no âmbito de uma nova ordem mundial. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v.19, n.4, p.1220-1251, 2014. p.1226.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENDONCA, Daniel; GUIBOURG, Ricardo. **La Odisea Constitucional**: Constitución, Teoría y Método. Madrid: Marcial Pons, 2004

MERCOSUL. **Objetivos do MERCOSUL**. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/objetivos-do-mercosul/>. Acesso em: 20 set. 2020.

MERCOSUL. **Saiba mais sobre o MERCOSUL**. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercosul>. Acesso em: 21 set. 2020.

NACIONES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>. Acesso em: 30 set. 2020.

PULIDO, Carlos Bernal. Problemas de la posición de américa latina en el contexto de la Globalización. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (orgs.). **El Canon Neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo Y Positivismo**. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El Neoconstitucionalismo Transformador**: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.

SILVA, Karine de Souza. A consolidação da União Européia e do direito comunitário no contexto da

transnacionalidade. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

SINGER, Peter. **One World**: The ethics of globalization. New Heaven: Yale University Press, 2002. p. 199.

UNIÃO EUROPEIA. **A história da União Europeia**. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/history_pt. Acesso em 22 set. 2020.

UNITED NATIONS. **About the UN**. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-un/index.html>. Acesso em: 20 set. 2020.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 20 set. 2020.

O TEMPO E OS VENTOS QUE LEVAM O DIREITO

Gianna Bertolin Rossato¹

Letícia Abati Zanotto²

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca reunir elementos conceituais e metodológicos sobre o direito e sua relação com o tempo e com o espaço. Pretende-se para tanto compreender o conceito do direito, avaliar a evolução das concepções do termo conjecturando com a política, e a interligação do tempo sob esses aspectos.

Para a compreensão do tema foi utilizada principalmente a pesquisa bibliográfica, baseada na obra “O tempo do Direito” de François Ost³.

As questões relativas ao tempo sempre foram objeto de grandes reflexões por grandes pensadores, afinal o tempo é um dado objetivo, uma criação divina, ou uma convenção humana? O tempo pode ser psicológico ou é dependente da cronologia?

De acordo com o autor mencionado, o tempo é uma construção social, um paradoxo, que se situa como ponto intermediário entre dois momentos: passado e futuro, e sobre o qual o direito está intimamente relacionado.

O tempo analisado sobre quatro perspectivas, quais sejam: memória, perdão, promessa e questionamento, forma uma partitura não retilínea entrelaçada e misturada, que pode ser vislumbrado como aliado ou adversário das relações sociais.

Ainda, nessa linha do tempo existencial, o direito é constituído por esses quatro tempos, sem os quais não há como vislumbrar justiça.

Os ventos são também analisados pelo que representam os quatro pontos cardeais de direção do direito: norte, sul, leste e oeste, localizações que se combinam com os quatro tempos.

Para tanto se vê a direção sul como o tempo que já passou, e por isso equivale ao passado, isto é, a memória. A memória pressupõe lembrança do que já transcorreu, e não involução, visto que não se deve viver no passado, mas aprender com os acontecimentos, reconhecendo os erros e ocupando-se o direito de regulamentar as situações para que não se repitam.

Esquecer o passado, é como omitir a direção sul, e assim desnortear a direção entre o certo e errado, é necessário lembrar do passado, da mesma forma como é necessário se ter o sul, para se saber onde está o norte, outrossim, vislumbrar o futuro.

A direção leste e oeste foram equiparadas ao tempo do perdão e da promessa, isto porque o perdão é pressuposto para a possibilidade de se construir um novo presente e futuro, pois viver sob a égide

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista UPF. Endereço eletrônico: 64702@upf.br

² Mestranda em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista UPF. Endereço eletrônico: 152562@upf.br

³ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999.

do ódio e da vingança é a causa da propagação de ciclos de violência e injustiças, reproduzidas em muitas das passagens da mitologia grega.

Em continuidade a promessa ocorre quando a memória e o perdão se alinham, se tornando base propulsora para um olhar promissor do futuro. O que se quer e se espera do direito, só se torna condição de possibilidade quando superadas as etapas anteriores.

Nessa “cronologia” de perdão e promessa, os lados opostos das ideologias são fator indispensável para o crescimento social, e para as escolhas políticas que acabam por guiar os rumos não só do direito, mas da sociedade.

Direita e esquerda, são tomadas de um conteúdo muito mais amplo daquele que denota apenas seu valor semântico, e após a Revolução Francesa ganharam contornos recheados de ideologias antagonistas, que acabam por se alterar drasticamente pelo escoamento do tempo, e do espaço em que as discussões se concentram.

O paralelo entre perdão e promessa, leste e oeste, e esquerda e direita, não é aleatório, mas decorre da análise do progresso das relações sociais e das necessidades que vão sendo supridas e alteradas de acordo com as vivências de cada povo em cada tempo.

De outro lado, o vento norte, que sopra para o futuro remete ao questionamento, ao não contentamento com a promessa por si só, pois as situações devem ser sempre reavaliadas sob pena de se isolar o sistema todos no passado, travestido de futuro.

Diante das análises entre localização e tempo, o direito pressupõe as condições necessárias para os paralelos temporais e espaciais, de forma que o tempo interfere na construção jurídica, e da mesma forma o espaço com as direções tomadas pelas ideologias políticas adotadas.

O espaço entre a totalidade e a indeterminação é medido pelo tempo, imprescindível para a evolução do direito e para a existência da democracia e da vida em sociedade.

1. VENTO SUL, VENTO NEGRO

O livro mais antigo do mundo já se pronunciava sobre a relação entre o tempo e o espaço.

Uma geração vai, e outra geração vem; porém a terra para sempre permanece. E nasce o sol, e põe-se o sol, e volta ao seu lugar donde nasceu. O vento vai para o sul, e faz o seu giro para o norte; continuamente vai girando o vento, e volta fazendo seus circuitos⁴.

Muitas teorias já foram formuladas a respeito da sociedade e do direito, e se de fato existe uma interdependência entre os fatores, ou se o direito pressuporia apenas a vida, e não vida organizada em sociedade.

As questões sobre o que é o direito, e sobre o que ele representa estão intrinsecamente ligadas ao próprio funcionamento estrutural do sistema não apenas jurídico, mas também político e social.

A especulação sobre a natureza do direito, vista em retrospectiva, se centrou quase unanimemente sobre pontos principais, relativos a aspectos do direito que parecem naturalmente dar origem a

⁴ BÍBLIA, A. T. Provérbios. In BÍBLIA. Português. **Nova Bíblia Pastoral**: Antigo e Novo Testamentos [Tradução de Paulo Brazaglia]. São Paulo: Editora Paulus, 2013. ECLESIASTES I, 4-6, p. 817.

incompreensões em todos tempos, de tal forma que a confusão e a necessidade de maior clareza acerca deles podem existir nos espíritos dos homens de firme mestria e conhecimento⁵.

Existem possibilidades ilimitadas no que se refere a conceituar ciências jurídicas, tendo em vista que não se trata de um ramo estático, mas de uma ciência em constante evolução, sendo que os fatores extrajurídicos e a inconsistência da própria sociedade se inserem diretamente no meio jurídico.

Para Kelsen⁶, “a Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo em geral, não de normas jurídicas particulares. Quer apenas conhecer seu próprio objeto: “o que é e como é o Direito?”.

Não importa saber como deve ser o “Direito”, propondo inclusive, excluir do conhecimento do Direito tudo que não pertença a seu objeto, como a teoria política, a sociologia, entre outros ramos, não obstante mencione que possuem estreita conexão com o direito.

De lado quase oposto, mais contemporâneo, Nonet e Selznick⁷ vislumbram o direito sob uma perspectiva sociológica, e indissociável da variação, da diversidade de combinações e conexões, e nunca sob um ponto de vista unidimensional.

Já Ost⁸, numa visão filosófica e inovadora, trata do direito sobre o aspecto do tempo:

Este livro deriva do projeto de ligar e desligar o tempo, e refletir a contribuição do direito para esse compasso justo que torna os cidadãos livres e as cidades harmoniosas. Partitura tocada num compasso a quatro tempos: do lado do passado, a memória e o perdão, do lado do futuro, a promessa e o questionamento. A memória liga o passado, assegurando um registro, o perdão que desliga imprimindo um sentimento novo portador de futuro. A promessa que liga o futuro por compromissos normativos, desde a convenção individual à Constituição, que é promessa que a nação faz a si mesma, e o questionamento que desliga o futuro para operar as revisões que se impõe para que na hora da mudança as promessas sobrevivam.

Nessa linha, altera-se a compreensão do senso comum sobre o que se entende por tempo, e sobre seu surgimento, desde a mitologia grega⁹, superando o conceito de tempo cronológico, mostrando o tempo

⁵ HART, Hebert L.A. **O conceito de Direito** [Tradução de A. Ribeiro Mendes]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1986. p. 10.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. [Tradução de João Baptista Machado]. 6 ed, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.01.

⁷ NONET, Philippe. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo/ Philippe Nonet e Philip Selznick**; [Tradução de Vera Ribeiro]; [Introdução de Robert A. Kagan]. – Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 48.

⁸ OST, François. **O tempo do Direito**. p.18.

⁹ A história entre o tempo e o direito começou mal. Kronos não conseguiu que o tempo e o direito revertissem a seu favor. A história de Kronos começa na indistinção do não-tempo. Originalmente tínhamos Úrano, o céu, e Gea, a terra, enlaçados em um abraço infundável de que nasciam inúmeros filhos, enviados de imediato para o Tártaro. Desejosa de repelir as intermináveis investidas do seu esposo, Gea armou um dia o seu filho mais novo, Kronos, com uma pequena foice, com a ajuda da qual este cortou os testículos do seu pai. Esta mutilação assinala a separação entre do Céu e da Terra e o início do reinado de Kronos. Mas a história que assim se inaugura é marcada pela violência e pela negação do tempo: Kronos tratou de mandar seus irmãos, os Ciclopes, para o Tártaro, enquanto tomava o lugar de seu pai no trono, inaugurando um reino sem partilha. Avisado por uma profecia de que um dos seus filhos o destronaria um dia, tinha o cuidado de devorá-los assim que a sua mulher, Reina, os punha no mundo. Até o dia que esta, importunada, decidiu subtrair o último, Zeus, à vindicta de Kronos: depois de o ter escondido em uma gruta, fez o seu esposo engolir uma pedra envolta em faixas. Chegado à idade adulta Zeus, como o oráculo predissera, encabeçou uma revolta e pôs fim ao reino de Kronos que, por sua vez, foi enviado para o Tártaro. Fechados no Tártaro, os Ciclopes acabam por sair de lá enquanto, na geração seguinte, Zeus engana a vigilância do pai e obriga-o a regurgitar os filhos que havia devorado. Úrano e depois Kronos, tentam suprimir a sua descendência, e ambos os casos, é um de seus filhos que lhes paga na mesma moeda. Inicia-se assim, um ciclo de violência, sinônimo de um tempo privado de perspectiva; o pormenor que se segue, de contornos lendários, confirma-o: da feridade Úrano escaparam três gotas que, caídas na terra, deram origem às Erínias – as deusas de longa memória, dedicadas, como se sabe, à vingança dos crimes de sangue. Em as Euménides, Ésquilo conta como a cidade ateniense soube inverter a lógica vingativa das Erínias, procedendo ao julgamento democrático de Orestes, passando a basear a vida social na confiança e na justiça, em vez de no medo e não sangue. Foi igualmente em Atenas que foi imaginada a figura de Horai, que poderíamos contrapor à de Kronos devorador de crianças. Filhas de Zeus e de Témis, as Horai eram em número de três, segundo Hesíodo. Om que chama a atenção é a dupla função que se lhes atribuía: deusas que personificavam as estações, simbolizavam também as virtudes cívicas (OST, 1999, p. 09-11).

visto como uma construção social, e o direito, como um sistema aberto, um ponto intermediário entre dois momentos, mas que só faz sentido no presente.

Quanto à teoria dos sistemas, esta abrange a história como algo que é sempre um sistema autopoietico, no momento em que para a realização das suas operações utiliza os princípios necessários para tanto¹⁰.

Os sistemas produzem-se e reproduzem-se por si mesmos e suas relações vinculativas, havendo interligação entre o sistema e o ambiente, e a possibilidade que nessa complexidade da sociedade moderna, seja possível a evolução.

Nesse sentido, o tempo deve ser entendido juntamente com o espaço, e com os ventos que levam os questionamentos, os fatos, e a sociedade, e de que forma o direito acompanha ou influencia as alterações dos sistemas.

Voltando as ideias de Ost sobre tempo e espaço:

Memória, perdão, promessa. questionamento: são essas as quatro partes desta obra, os quatro tempos do compasso que queremos dar à instituição do social. Os quatro representam as condições de um «tempo público», que é para o tempo aquilo que o «espaço público» é para o espaço: um meio simultaneamente concreto e abstracto de participação e de integração cidadãs. Da mesma forma que o «espaço público» não pode passar sem ancoragem territorial (tem «lugar» algures) mas não se limita a ela de forma alguma (é um campo virtual de comunicação), também o «tempo público», se for medido por horas e datas, decorre antes do mais de representações mentais e de projecções de valor – é fruto de uma construção deliberada, aquilo a que chamamos a «temporalização»¹¹.

O tempo pode ser visto como o propósito mais importante do direito, pois o direito é protetor do passado - guardião da memória, no mesmo compasso em que é garantidor da promessa do futuro.

Isto é, o tempo não existe por si só – autonomamente – está inserido no contexto social, é uma construção social – e por isso, está conectado ao que transcorre no ambiente em que se analisa.

Nessa perspectiva, o passado é vento sul, o que já passou, que levando aquilo que tocou, e os fatos que modificou, se tornaram memória, como ventos que não voltam.

Contudo, mesmo que as coordenadas da bússola apontem sempre para o norte, não é impossível que num movimento retrógrado, os ventos e as correntes passadas voltem a assombrar sociedade, pois o aviso do vento sul, e o vislumbre do vento norte não são suficientes, sem a lembrança do direito.

O esquecimento do que já passou poderia permitir a perpetuação de situações indesejadas e injustas, é certo que não se pode viver no passado, mas olvidar do que já passou também constitui um perigoso atalho.

Por isso, o direito como guardião da memória se propõe justamente a impedir o tornado dos ventos negros, e o regresso à reiteração das experiências já superadas pela sociedade.

2. VENTO OESTE E VENTO LESTE - ESQUERDA? DIREITA?

Nessa perspectiva do direito sob análise do espaço-tempo, o vento sul toma assento como passado ou memória. O perdão e a promessa de futuro podem ser vislumbrados como vento oeste e vento leste,

¹⁰ LUHMAN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. [Tradução de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia]. p. 30.

¹¹ OST, François. **O tempo do Direito**. p.23.

refletindo a total conexão entre a política no direito.

Daí surge o questionamento dos lados ideológicos os quais muito se discutem. Esquerda e direita são termos que expressam distinções de posições políticas, que, contudo, em sua semântica não possuem significado além de coordenadas geográficas.

Desta forma, dentre as consequências que podem ser extraídas do decurso do tempo relacionadas ao espaço estão a formação de correntes de posicionamento relativas a forma de governar.

Por isso, o caminho para a evolução é não viver no passado, porém, sem jamais esquecê-lo, pois uma sociedade sem distinção ideológica acaba por ser ignorante e autoritária, a divergência, portanto, é necessária.

As divergências políticas, destarte, não devem ser extirpadas, mas estudadas para que seja possível entender a importância da polarização política, sem, por isso, entrar no campo da intolerância, hostilidade, e demonização do pensamento oposto.

Sob a análise temporal, esquerda e direita são os lados buscados após o constante fluxo do tempo, a memória surge como eterno reflexo do que passou, e do que não pode ser repetido. Porém, a memória por si só não basta, para superar os infortúnios do passado é preciso perdoar.

Perdão e memória, são, assim, propulsores da promessa, daquilo que se pretende mudar, e o questionamento a constante aferição da legitimidade das novas propostas.

Memória, perdão, promessa, questionamento: são essas as quatro partes desta obra, os quatro tempos do compasso que queremos dar à instituição social. Os quatro tempos representam as condições de um <<tempo público>>, que é para o tempo aquilo que o <<espaço público>> é para o espaço: um meio simultaneamente concreto e abstrato de participação e integração cidadãos. Da mesma forma que o <<espaço público>> não pode passar sem ancoragem territorial (tem <<lugar>> algures) mas não se limita a ela de forma alguma (é um campo virtual de comunicação) também o <<tempo público>>, se for medido por horas e datas, decorre antes do mais de representações mentais e de projeção de valor – é fruto de uma construção deliberada, aquilo que chamamos de <<temporalização>>¹².

Todavia a análise do direito não deve ser restrita ao aspecto temporal. Como visto, na teoria dos sistemas, o direito também está intrinsecamente relacionado ao espaço em que é desenvolvido, e a influência de todas as externalidades, sejam positivas ou negativas.

Isto quer dizer que a fundamentalidade do tempo para o direito, também é modificada pelo local em que os atores se situam, bem como pelas peculiaridades culturais. Extrai-se disto uma constatação de ouro: a relatividade da construção social do tempo, deflagradora de uma unidade de medida, desmedida, reflete-se em todo o arcabouço jurídico, e no espaço, em que as concepções físicas da matéria e das coisas palpáveis também podem ser relativizadas.

Assim, os aspectos temporal e espacial confundem-se com a própria noção de sociedade e de direito, e dos ventos que metaforicamente influenciam nas ideologias e rumos da política e da sociedade.

As ideias desenvolvidas desde o início do regime democrático, com origem na Grécia antiga sobre os rumos que deveriam ser tomados pelos governantes até hoje permanecem latentes, sobre a insígnia atual – direita e esquerda – que no decorrer do tempo e do espaço ganharam contornos totalmente diversos dos originais.

Esse já é tema de discussão internacional há muitos anos. A maioria dos doutrinadores leciona que

¹² OST, François. **O tempo do Direito**. p.23.

os termos direita e esquerda, em sua acepção política, surgiram na Revolução Francesa, referindo-se a como tomavam assento os parlamentares que defendiam ideais conservadores e revolucionários.

“Direita” e “esquerda” são termos antitéticos que há mais de dois séculos têm sido habitualmente empregados para designar o contraste entre as ideologias e entre os movimentos em que se divide o universo, eminentemente conflitual, do pensamento e das ações políticas. Enquanto termos antiéticos, eles são, com respeito ao universo ao qual se referem, reciprocamente excludentes e conjuntamente exaustivos. São excludentes no sentido de que nenhuma doutrina ou nenhum movimento pode ser simultaneamente de direita e de esquerda. E são exaustivos no sentido de que, ao mens na acepção mais forte da dupla [...] uma doutrina ou um movimento podem ser apenas ou de direita ou de esquerda¹³.

Por óbvio que a noção moderna sobre o que é direita e esquerda foi drasticamente alterada em virtude das condições de cada Estado e das modificações produzidas pela evolução das sociedades.

Quando se trata desses termos em relação aos Estados Unidos, dois proeminentes nomes são fundamentais para conhecer o debate político contemporâneo, e o nascimento da moderna direita e esquerda naquele país, Burke¹⁴ e Paine¹⁵, são os dois autores centrais que representam as formas do pensamento político tratando sobre a mudança política, os direitos naturais e os direitos do cidadão, república, liberdade, e igualdade, conforme preceitua Levin^{16 17}.

O conteúdo que as palavras esquerda e direita possuem representam não necessariamente são dotados de conteúdo político inerentes as próprias palavras, isto é, o seu conteúdo é aquele atribuído pelos homens, e que variam no tempo e em relação às circunstâncias, o que resulta numa longevidade da utilização desses termos.

No Brasil, os vocábulos são bastantes utilizados no debate nacional, muito embora tampouco haja uma conceituação clara ideológica, porém, a adaptabilidade dos termos não pode resultar no simplismo conceituador que muitas vezes é visto no país como significado apenas de progressistas e conservadores, democráticos e autoritários, o que não necessariamente represente a realidade.

Diante das reflexões expendidas, direita e esquerda, como ventos leste e oeste, podem ser entendidos como ideais de igualdade, liberdade e paz, independente do lado soprado. Por óbvio, esses ventos influenciam o direito, e a forma de relativização da construção social do tempo.

¹³ BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda**: Razões e significados de uma distinção política [Tradução de Marco Aurélio Nogueira]. 2ª Reimpressão, São Paulo: Editora Unesp Fundação, 1996. p. 31.

¹⁴ Edmund Burke: nasceu em Dublin em 1729, filho de um advogado, formou-se em Londres pelo “Trinity College”, Dublin em 1748, indo depois para Londres, para ocupar a função de leitor do Fórum de Justiça. Foi eleito para o Parlamento pelo burgo de Wendover em 1766, em 1771 foi designado Agende de Londres para o Estado de Nova York. BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução Francesa** [Tradução de Renato de Assumpção Faria, Denis Fontes de Souza Pinto e Carmem Lídia Richter Ribeiro Moura]. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. p. 1-2.

¹⁵ Thomas Paine: foi um dos mais versáteis seres humanos da História, não apenas por contribuições em diversas áreas do conhecimento, mas pela sua luta e defesa das liberdades democráticas por onde ele passou. Foi um filósofo, político, jornalista, inventor, arquiteto, escritor e revolucionário, lutando pela Independência dos Estados Unidos e depois na Revolução Francesa. Seus escritos políticos são uns dos mais importantes da modernidade e ele foi um dos autores do final do século XVIII mais lidos de todos os tempos. É também de Thomas Paine os princípios das teorias econômicas distributivas de democratização da riqueza socialmente produzida, que depois tornaram-se base para os programas sociais de combate à miséria dos séculos XIX, XX e XXI, dentre os quais, o Bolsa Família no Brasil. <https://www.ebad.info/paine-thomas> > Acesso em 28/08/2020.

¹⁶ Edmund Burke e Thomas Paine viveram em uma era definida por uma sucessão aparentemente interminável de intensas crises políticas e ambos estiveram profundamente envolvidos em muitas delas, tanto como pensadores quanto como atores. Nesse processo, expuseram uma visão de mundo e, especialmente, uma maneira de pensar sobre a mudança política. Em alguns aspectos importantes, Burke e Paine estabeleceram os primórdios da direita e da esquerda, respectivamente. Desse modo, o implícito e frequentemente explícito debate entre eles nos oferece um relance das origens de nossas divisões políticas.

¹⁷ LEVIN, Yuval. **O Grande Debate**: Edmund Burke, Thomas Paine e o nascimento da direita e da esquerda. Tradução de Alessandra Bonruquer. Rio de Janeiro, Editora Record, 2017. p.3-5.

A direita e esquerda nesse compasso de quatro tempos, e de quatro direções, são perdão e promessa, encontro com o passado refeito, e assim, promessa de vida futura sem as distorções já vividas, pois já corrigidas, não importando mais buscar culpados ou inocentes, lado bom ou mal, trata-se de reconhecer, perdoar e seguir em frente.

3. VENTO NORTE, VENTO FORTE

Rumar em direção ao norte é o implacável tempo impondo a direção do vento forte que impossibilita qualquer ação retrógrada. O tempo é insuperável, visto que não há maneiras de se postergar ou se retardar um segundo sequer, pois o tempo não para.

Contudo, o tempo não segue uma linha retilínea como muito já se falou, o tempo é feito de compassos, de interligações, o quarto tempo, é o quarto ponto cardeal, o vento norte, que é o tempo do questionamento, e o local da antecipação do futuro.

O tempo do questionamento – esse tempo que desobriga o futuro – exprime a radicalidade do gesto emancipador da crítica. Bordieu diz que é «o momento crítico», em que, em ruptura com a experiência vulgar do tempo como simples recondução do passado, tudo se torna possível (pelo menos aparentemente), em que os futuros parecem verdadeiramente contingentes, realmente indeterminados, o instante verdadeiramente instantâneo, suspenso, sem sequência previsível ou prescrita»¹⁸.

Desta forma, os quatro tempos e os quatro lados confundem-se e entrelaçam-se, pois o amanhã não deixa de ser a experiência do passado, perdoado, prometido e questionado.

Todos os pontos do globo se encontram uníssonos na sequência de seu encadeamento, e a forma da evolução da sociedade resulta em cada vez mais fronteiras paradoxalmente inexistentes, pela aproximação dos indivíduos e das culturas, e de uma comunidade global.

Antagonismos gigantescos entre Estados e indivíduos parecem conviver no mesmo palco, e provar sua existência, os quais incoerentemente as distâncias podem não apenas ser medidas em metros ou quilômetros, mas em desigualdades e discrepâncias.

Assim como a distância, os tempos também se embaraçam-se, a temperança seria essa distância que dá condições para o sentido do tempo, e o tempo da era moderna já não é mais o tempo do cronômetro.

O sistema produz seus paradoxos, e não só pode, como é inerente que seja teleologicamente aberto ao futuro. O tempo e o espaço só podem ser compreendidos quando analisados por inteiro, e não com os entrecortes que as convenções sociais impuseram.

A inequívoca, a inconfundível, separação entre sistema jurídico e sistema político, na base das análises precedentes, se reflete também nessa problemática. As interpretações da Constituição perturbam ambos os sistemas a um só tempo, mas com pressupostos e condições de efetuar a reconjunção absolutamente diversas. Essas interpretações integram ambos os sistemas pontualmente – mas precisamente apenas pontualmente¹⁹.

O direito não existe sem o passado, é do passado que se extrai conteúdo mínimo para a existência do direito, e o seu requisito de validade, da produção jurídica realizada por aqueles a quem foi

¹⁸ OST, François. **O tempo do Direito**. p.324.

¹⁹ LUHMAN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. p. 36.

legitimamente conferida a competência.

Porém, o direito também não existe sem o presente, pois ao passo que feito no passado para aplicação no presente, se mantem em constante mutação. Não haveria direito sem formulação das regras para o futuro, que serão aplicadas em um dado momento presente. Passado e presente são assim, condições mínimas para que seja possível regulamentar a sociedade e limitar os poderes.

Em consequência, não há direito sem futuro, a norma utilizada pelos operadores do direito é produzida no passado, mas para aplicação no futuro, mesmo que impossível prever todas as situações que poderão surgir, não se pode conceber a vida em sociedade, tempo pretérito, sem a promessa de construção para o futuro.

Uma temporalidade absoluta é perigosa. Tal como o apego exclusivo ao passado da memória é portador de derivação (cf. supra: «As derivações do passado simples»), também o ir simplesmente para o futuro é suspeito. Esta fuga para a frente, este apego crispado a um futuro intangível, esse futuro «simples» que gostaríamos de libertar dos sedimentos do passado, subtrair às rupturas do presente e preservar dos questionamentos anteriores, é finalmente um futuro sem futuro, um espírito estéril e sem amanhã²⁰.

A memória e a promessa de futuro só fazem sentido no presente, o tempo que passou não existe mais, e o que virá é mera divagação, o único que persiste é o segundo presente, e todo o sistema é convergente para esse momento.

O questionamento visa justamente a manutenção da vigilância sobre as mudanças, para que não ocorra a fossilização do sistema. Isto ocorre justamente pelas experiências passadas que trouxeram a sapiência de que existe um universo de possibilidades que são física e humanamente impossíveis de serem previamente identificados antes que aconteçam.

Assim, o sistema permanece aberto e em constante evolução, prestigiando a democracia de acordo com a época em que ela se apresenta.

Posto isto, a indeterminação do tempo e a iliquidez da totalidade das relações são desafios para a democracia, e para a sociedade. A ideia de medir o tempo traz justamente esse sentido de impedir o tempo que se repete - tempo da indiferença – acarrete a reiteração do ciclo de ódios e injustiças.

Acender a luz da consciência para as construções sociais é despertar da irracionalidade e da repetição. O tempo é existencial, e se pensado como construção social em compasso na direção dos ventos que levam a sociedade, vislumbra-se possível bloquear as patologias do tempo, para a construção de uma promessa do futuro calcada na memória e perdão, e em especial na possibilidade permanente de reconstrução percebida de acordo com o momento presente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O termo “direito” assim como “tempo” e “espaço” são polissêmicos, não possuindo um único sentido, mas variando a depender do ponto de vista do qual é analisado. As ciências jurídicas não constituem um ramo estático, mas em constante evolução, e muito embora a teoria política e a sociologia não sejam objeto do estudo jurídico, possuem estreita relação com o direito.

Sob a ótica do tempo, o direito não pode esquecer dos fatos, a memória nesse sentido liga o passado, o que assegura o registro, do outro lado o perdão desliga, possibilitando um sentimento possuidor do futuro. A promessa liga o futuro, por compromissos normativos, sendo a Constituição a promessa que a

²⁰ OST, François. **O tempo do Direito**. p.315.

nação faz para si própria, e o questionamento que desliga o futuro para que seja possível efetivar revisões imprescindíveis para que as promessas sobrevivam as mudanças supervenientes.

O tempo assim, nesses quatro compassos, é protagonista da vida e do direito, e o espaço em que as relações ocorrem também é condição para o desenvolvimento e para a conformação das nuances jurídicas.

Com base nas proposições e considerações realizadas ao longo do artigo é viável prosseguir com as seguintes conclusões:

O vento sul é a direção para o passado, e por isso, quando se atenta ao que ocorreu, liga-se o passado, e ativa-se a memória.

O registro da memória não pode ser desconsiderado, os erros do passado devem servir de aprendizado para que não sejam reiterados, e para essa função o direito deve produzir normas que proíbam essa repetição indesejada.

Desligando o passado, o perdão surge como elemento propiciador da evolução, pois perdoar não significa esquecer, mas conceder um conduto de superação, sem o perdão o ciclo de vinganças não cessa e se torna impossível olhar para o futuro.

Ligando o futuro a promessa se firma como o terceiro pilar desse compasso de quatro tempos, como a forma do direito de prever normas que assegurem uma perspectiva de mudança positiva e de cumprimento.

Perdão e promessa vistos como os dois lados intermediários entre passado e futuro, constituem comparativamente os ventos que circundam para o leste e oeste, e os destinos aos quais as escolhas políticas são feitas e também podem ser representados pelas posições ideológicas, simplificadas no presente trabalho entre direita e esquerda.

O questionamento toma assento nesse trabalho como o vento norte, como futuro que não pode ser observado apenas do ponto de vista do presente, mas com a abertura necessária para reformas que decorram de fatos supervenientes, daquilo que ainda não se podia ter conhecimento quando da previsão da promessa, para que não haja um engessamento do sistema.

O sistema é, portanto, aberto, e autopoietico, possui seus paradoxos, mas é inerente que seja teleologicamente acessível.

O direito, como o tempo, que não deixa de ser uma instituição social, ínsita ao local e aos acontecimentos, que precisa da manutenção da memória coletiva para a construção de seus institutos que tornam o passado comum fonte de regulamentação para o futuro.

Desta forma, visualizar o direito pelo compasso do tempo, e dos ventos que o direcionam, pressupõe despertar da irracionalidade, e dos ciclos de repetições indesejados, desempenhando o papel primordial de coerência e justiça.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-Moderna**. 4ª edição. São Paulo: Paulus, 2010.

BÍBLIA, A. T. Provérbios. In BÍBLIA. Português. **Nova Bíblia Pastoral**: Antigo e Novo Testamentos. Tradução de Paulo Brazaglia. São Paulo: Editora Paulus, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: Razões e significados de uma distinção política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª Reimpressão, São Paulo: Editora Unesp Fundação, 1996.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução Francesa** [Tradução de Renato de Assumpção Faria, Denis Fontes de Souza Pinto e Carmem Lúcia Richter Ribeiro Moura]. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

BRASIL. **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 abr. de 2020.

DURANTE, Silvio. **Perfil biográfico Thomas Paine**. EBAD: Enciclopédia de Arquitetas e Arquitetos Digital. Disponível em <https://www.ebad.info/paine-thomas>. Acesso em: 28 ago. de 2020.

HART, Hebert L.A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEVIN, Yuval. **O Grande Debate: Edmund Burke, Thomas Paine e o nascimento da direita e da esquerda**. Tradução de Alessandra Bonruquer. Rio de Janeiro, Editora Record, 2017.

LUHMAN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia.

NONET, Philippe. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**/ Philippe Nonet e Philip Selznick; [Tradução de Vera Ribeiro]; [Introdução de Robert A. Kagan]. – Rio de Janeiro: Revan, 2010.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999.

O TEMPO e do direito. *In: Direito & Literatura. TV e Rádio Unisinos*. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cUHmdkb6rUk>. Acesso em: 27 ago. 2020.

ESQUERDA E DIREITA. **Salve Melhor Juízo**. Entrevistadores: Tiago Hansen. Entrevistado: Rui Tavares. Disponível em: <https://salvomehorjuizo.com/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

APLICAÇÃO DA TÉCNICA MANDAMENTAL PARA O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR

Anderson Weber¹

Letícia Abati Zanotto²

Marlova Stawinski Fuga³

INTRODUÇÃO

No modelo processual revogado, o juiz não possuía mecanismos suficientes para garantir a efetividade do direito do credor, faltava-lhe conteúdo mandamental. E com a atual sistemática processual, tem-se que o processo está pautado na garantia constitucional de fornecer uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, ou seja, há um poder-dever geral de efetivação da tutela jurisdicional.

Com efeito, a discussão da temática centra-se sobre a força da sentença mandamental em face da polêmica surgida acerca da interpretação do artigo 139, inciso IV⁴, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, que ocupa-se de analisar se os novos poderes conferidos ao juiz na permitem determinar medidas mandamentais gerais para ordenar o devedor a cumprir com a decisão, ao invés de sofrer os efeitos do seu descumprimento.

O modelo da sentença condenatória clássica será posto em debate, pois imprescindível investigar se dito modelo é ou não inadequado para efetivação do direito material reconhecido. A atual doutrina está sendo construída e as alterações legislativas ainda estão sendo lapidadas pela lógica do sistema, de modo que a presente pesquisa terá que ser reconstruída conforme evoluírem os casos e as aplicações do Código de Processo Civil de 2015.

1. O PODER-DEVER GERAL DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Há pouco tempo era comum interpretar e aplicar o direito observando apenas a lei ordinária que regulamentava determinado ramo. Por consequência, ao direito constitucional não era dado grande importância, pois as constituições eram pouco respeitadas e tampouco efetivamente aplicadas.⁵

O Estado Liberal não se preocupava em diferenciar pessoas e bens, ou assegurar o adimplemento das obrigações. Nesse período, a sentença condenatória bastava para garantir o funcionamento da

¹ Especialista em Direito Internacional Aplicado. Cursando MBA em Contabilidade, Gestão Tributária e Auditoria. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: andersonzweber@gmail.com.

² Mestranda em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista UPF. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS. Marau, Rio Grande do Sul, Brasil. Endereço eletrônico: 152562@upf.br.

³ Advogada. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos. Professora das disciplinas de Processo Civil IV e Mediação e Arbitragem, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: marsta@upf.br.

⁴ Artigo 139 do Código de Processo Civil: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;. BRASIL. **Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

⁵ JUNIOR, Nelson Nery Junior. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. v. 21, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 25.

economia de mercado, pois o Estado não possuía interesse na tutela das posições economicamente mais fracas e muito menos se importava com a proteção de determinados bens.⁶

Todavia, isso não impediu os processualistas de buscar resolver o problema relacionado ao direito de ação, e compreender o processo como forma de buscar aos órgãos de jurisdição uma resposta à pretensão no contexto de um conflito de interesses.⁷

A antiga concepção muda com o Estado Democrático de Direito, que assume a missão de implementar e fazer efetivo a todos os direitos fundamentais, com base na força instrumental de tutela real de todos os direitos ameaçados e violados, como segurança de um processo justo, adequada e efetivo.⁸

O art. 1º do Código de Processo Civil⁹, longe de apresentar-se como um enunciado, inaugura a adoção da teoria do direito processual constitucional, submetendo seus dispositivos aos valores constitucionais.¹⁰

Assim, os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil lhes servem de fonte e o legitimam para o exercício das disposições processuais, ao passo de impedir autoritarismo e abusos.¹¹

Desse modo, o papel do juiz no direito processual civil contemporâneo restou significativamente transformado. Vinculou-se à ordem constitucional para criar um instrumento satisfatório e concretizador dos direitos fundamentais na realidade social por meio de prestações positivas.¹²

Isso porque, a função do Estado-juiz não se restringe unicamente a exercitar uma atividade jurisdicional qualquer, pois está muito longe de apenas ser um mero fabricante de sentenças. A ele também é conferido o poder de realçar a natureza instrumental do processo, alcançar o resultado justo.¹³

Portanto, “as forças das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto para cumprir sua função [...]”¹⁴.

2. OS PODERES INDUTIVOS, COERCITIVOS E MANDAMENTAIS NO CPC

O princípio da efetividade, como um dos valores centrais da relação processual, atribui ao

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 431.

⁷ MARINONI. **Sentença**: direito processual ao vivo. A sentença e seus efeitos – Evolução legislativa e jurisprudencial. vol. 1, 2. ed., atual. Rio de Janeiro: Aide, 1997. p. 15.

⁸ JÚNIOR, Nelson Nery Junior. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. p. 6.

⁹ BRASIL. **Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 nov 2020.

¹⁰ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das normas fundamentais do processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. p. 58-87. São Paulo: Revista dos Tribunais, Cezar Pinheiro. **Das normas fundamentais do processo civil**. p. 58.

¹¹ CARNEIRO, Cezar Pinheiro. **Das normas fundamentais do processo civil**. p. 58.

¹² ASSIS, Araken de. **Sentença Condenatória como título executivo**: aspectos polêmicos da nova execução. v. 3. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 277-278.

¹³ CARNEIRO, Cezar Pinheiro. **Das normas fundamentais do processo civil**. p. 60-61.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 330.

magistrado o dever de assegurar o cumprimento de suas ordens, ainda que seja necessário agir de ofício.¹⁵

Para tanto, necessita munir-se de ordens que muitas vezes não estão expressas no texto legal, mas que advém da lógica formulada no dispositivo que regulamenta seus poderes e deveres para tornar o processo um instrumento mais justo, célere e efetivo.¹⁶

O Código de Processo Civil de 2015 em muito se preocupou com a efetividade da decisão judicial e com a solução do litígio. Logo, tratou de estabelecer regras em diversos dispositivos com fundamento maior na “[...] cláusula geral de ampliação dos poderes do juiz”¹⁷.

A regra maior para o fiel cumprimento da decisão judicial foi estabelecida no art. 139, inc. IV, consubstanciada na possibilidade do juiz determinar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, até mesmo nas ações que tenham por objeto a prestação pecuniária.¹⁸

A primeira categoria, as medidas indutivas, que não devem ser confundidas com as coercitivas, objetivam compelir o devedor a adimplir sua obrigação, contudo, com sanção de natureza diversa das medidas coercitivas.¹⁹

A diferença encontra-se na sanção como castigo, e não punição, podendo ser caracterizada em um mal social (banimento), econômico (multa), jurídico (perda da capacidade), moral (advertência), e até mesmo físico (açóites).²⁰

No entanto, boa parte das medidas indutivas não são recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas o que se busca com aplicação é impor uma situação de inferioridade ao devedor que persiste ser inadimplente em suas obrigações.²¹

O art. 827, §1 do CPC, muito bem traz um claro exemplo de medida indutiva, em que o juiz, no ato de despachar a inicial, promove a redução dos honorários advocatícios ao demandado que paga integralmente o valor da dívida.²²

Outras formas semelhantes de medidas indutivas estão previstas na disciplina processual nos arts. 1040, §2; 90, §3; 701, §1; 916²³, e art. 61 da Lei 8.245/1991²⁴, que trata da locação de bens imóveis.²⁵

Em relação às medidas coercitivas, o juiz pode buscar a satisfação da decisão ainda que sem a cooperação da parte obrigada. Todavia, o ideal no processo é que o próprio obrigado promova a satisfação

¹⁵ ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. p. 446-463. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 451.

¹⁶ ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. **Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz**. p. 451.

¹⁷ MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR, Fredie. (Org.) MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Execução**. p. 193-207. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 193-194.

¹⁸ MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. p. 193-194.

¹⁹ MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. p. 201.

²⁰ MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. p. 202.

²¹ MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. p. 202.

²² ASSIS, Araken de. **Sentença Condenatória como título executivo: aspectos polêmicos da nova execução**. p. 1910-1911.

²³ BRASIL. **Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015**.

²⁴ BRASIL. **Lei n. 8.245 de 18 de outubro de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso de 20 de nov. 2020.

²⁵ MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. p. 202-203.

da sua obrigação.²⁶

Mas é certo que, em diversas hipóteses, o juiz deve buscar medidas que tendem compelir o obrigado a cumprir fielmente o que se comprometeu a realizar. Exemplo disso é a aplicação de multas cominatórias ou as astreintes.²⁷

Dada a origem no direito francês, a multa ou as astreintes possuem natureza de tutela coercitiva e acessória, de forma a compelir o réu a cumprir o mandamento judicial. É coercitiva porque realizada sobre o patrimônio do demandado, sendo fixa ou periódica, e recair em caso de descumprimento.²⁸

Quanto ao seu cabimento, é possibilitado aplicá-la em qualquer fase do processo, desde que a finalidade da aplicação seja forçar o réu a realizar a determinação judicial imposta. Admite-se, inclusive, na via recursal.

Por fim, a classe de medidas mandamentais ou sub-rogoratórias, apresenta-se como uma forma mais eficaz para o cumprimento das obrigações pecuniárias. O obrigado é intimado pessoalmente do mandamento, e desde já advertido de que o descumprimento ocasionará a adoção de medida mais severa.²⁹

As atividades são desenvolvidas “[...] com intuito de obter o resultado idêntico àquele que deveria ter sido concretizado pelo sujeito obrigado ou o resultado prático equivalente”.³⁰

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 traz em seu artigo 139, inciso IV, as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogoratórias, dando um novo ar às sentenças, e, por conseguinte as sentenças dão um novo sopro de efetividade ao processo. É o que se verá a partir do próximo capítulo.

3. APLICAÇÃO DA TÉCNICA MANDAMENTAL

No cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, regidas pela disciplina processual revogada, exigia-se a propositura de duas demandas, uma pelo processo de conhecimento e, a outra, veiculada pela natureza condenatória, a fim de formar o título executivo e posteriormente dar ensejo à ação de execução.³¹

Nesse momento processual, as disposições que auxiliavam a efetivação prevista no CPC/73 eram técnicas processuais limitadas. O juiz que condenava ao pagamento de quantia em espécie não possuía mecanismos aptos para ordenar o devedor ao pagamento da obrigação.³²

Logo, o legislador buscou novos caminhos, ampliou a categoria das sentenças condenatória em mandamentais quando sugeriu a redação do art. 11 da Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública). Nesse dispositivo, conferiu ao juiz o poder de determinar o cumprimento da prestação da atividade devida ou determinar a cessação da atividade nociva, independente de requerimento do autor.³³

²⁶ MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogoratórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. p. 197.

²⁷ MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogoratórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. p. 197.

²⁸ ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. **Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz**. p. 1404.

²⁹ MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogoratórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. p. 201.

³⁰ MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogoratórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. p. 196.

³¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Reforma do código de processo civil**. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996. p. 27-29.

³² ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. **Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz**. p. 452.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1998. p. 200.

A mesma ideia foi inserida no art. 84 da Lei 8.078/90³⁴ (Código de Defesa do Consumidor), quando conferiu ao juiz providências para assegurar o cumprimento da sua decisão nas obrigações de fazer ou não fazer.³⁵

O aprofundamento do tema buscou reconhecer a necessidade de serem atendidos alguns deveres, independentemente de provocação. Reconheceu o poder e dever do juiz de adotar mecanismos para efetivar o cumprimento de suas decisões.³⁶

Portanto, a sentença que reconhece as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa deixou de ser puramente condenatória, sendo efetiva no próprio processo de conhecimento. No entanto, ainda faltava dar atenção às obrigações de pagar, mas o círculo fechou-se com a Lei nº 11.232/05³⁷. É de se dizer que até aqui o que se vira fora normatizações específicas, sem ter o legislador contemplado uma ordem mandamental com efeito de cláusula geral.

Então o Código de Processo Civil de 2015 confirmou a responsabilidade do julgador em assegurar o cumprimento de suas decisões (inclusive de ofício), frente ao dever-geral do Estado de promover a efetividade do processo como valor central na disciplina processual³⁸. Acrescentou a possibilidade de o juiz adotar medidas mandamentais ao cumprimento das obrigações pecuniárias.³⁹

A mandamentalidade é, atualmente, um dos meios mais eficazes na promoção concreta dos direitos. O redimensionamento do processo aos moldes da garantia constitucional é à medida que garante mecanismos com grau de satisfação real das decisões judiciais, seja em âmbito repressivo ou preventivo.⁴⁰

Esse é o recente entendimento que vem sendo adotado na prática forense. Em julgamento do Agravo de Instrumento n.º 2035851-76.2017.8.26.000, que tramitou na 30ª Câmara da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Relator Desembargador Andrade Neto pronunciou o seguinte voto:

Aliás, conforme se lê do artigo 139 do Código de Processo Civil, o Juiz tem poder/dever de “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça...” (III) e “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias ao cumprimento de ordem judicial...” (VI).

O julgador ‘ordena’ e não simplesmente ‘condena’. “A sentença mandamental, como toda sentença processual, está caracterizada por um verbo que identifica e distingue de outras sentenças, e que ademais, se encontra no conteúdo da respectiva sentença”⁴¹.

Na atual disciplina processual civil, de regra, o obrigado será intimado para cumprir a decisão pelo Diário da Justiça na pessoa do seu advogado, salvo nas hipóteses de ser assistido pela Defensoria Pública, não possuir procurador, ou quando o requerimento for formulado após o trânsito em julgado da sentença. Ocorre nesse plano grande problemática, pois não se afigura suficiente a intimação do obrigado pelo Diário

³⁴ BRASIL. **Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

³⁵ GRINOVER, 2006, p. 200.

³⁶ BUENO, Cassio Scarpibella. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. **Revista de Processo**. v. 113, 2004. p. 22-76.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. p. 201.

³⁸ ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. **Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz**. p. 451.

³⁹ MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. p. 200-201.

⁴⁰ RIBEIRO, Darci Guimarrães. Contributo ao estudo da sentença declaratória. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil da UERJ**. v. 5, 2010. p. 3-4. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/archive>. Acesso em 10 nov. 2020.

⁴¹ RIBEIRO, Darci Guimarrães. **Contributo ao estudo da sentença declaratória**. p. 13.

da Justiça na pessoa do advogado. Para a medida mandamental transmitir ao devedor a sua carga de imposição (forçá-lo a pagar), se faz necessário que tal comando seja realizado pelo Oficial de Justiça, na pessoa do devedor.

Nesse ponto o STJ já se manifestou por meio da Súmula nº 410: “a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Com efeito, o que atribui certeza de que se trata de uma ordem mandamental é a comunicação de advertência advinda do próprio julgador (intimação pessoal) pois, caso contrário, não se diferencia de qualquer outra decisão que impõe uma obrigação⁴². Isso significa compreender que o descumprimento de ordem mandamental requer a intimação pessoal, visto que o direito ordenado não cumprido gerará desobediência com o alcance de crime. Desse modo, a decisão mandamental requer intimação pessoal para responsabilizar diretamente o descumpridor.

É certo que, em determinadas situações, é preferível que o devedor cumpra voluntariamente com a prestação, pois a expedição de uma medida mandamental pode sujeitar o devedor à prática do crime de desobediência, caso este descumpra com a ordem judicial⁴³. Porém, alguns doutrinadores insurgem-se quanto à possibilidade de responsabilizar o obrigado por crime de desobediência ao não atender ao comando do juiz.

Teori Albino Zavaski, melhor explica o tema ao distinguir que o descumprimento espontâneo da obrigação pelo devedor configura simples atentado ao direito subjetivo do credor, mas, por outro lado, ao opor-se às ordens do Poder Judiciário pode caracterizar crime contra a Administração Pública.

Leonardo Greco, por seu turno, sustenta a inadmissibilidade de tal medida. Para o jurista, “estar-se-ia violando a dignidade humana do devedor, restaurando anacronicamente a perda da liberdade da pessoa como instrumento de cumprimento de obrigações ou cobrança de dívidas”.

Eduardo Talamini também contribui com o tema. O autor explica que se admitir o crime de desobediência pelo descumprimento da tutela mandamental não afastará a consumação do delito com o posterior arrependimento do devedor, e cumprimento após o prazo determinado pelo magistrado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça procurou contornar essa problemática. Assim, vem considerando que se ao provimento mandamental for cominada medida coercitiva para cumprimento da decisão, não haverá consumação do crime de desobediência.

As medidas previstas nos arts. 497 e 498 do CPC⁴⁴ autorizam o magistrado adotar providências mandamentais nos casos que consiste uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, e, também, a respeitar o princípio constitucional da isonomia, às situações que reconheça a obrigação do devedor de pagar quantia.⁴⁵

A propósito, o art. 139, inc. I, do CPC⁴⁶ reveste-se do princípio constitucional da isonomia ao incumbir o juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento”.

Embora Darci Guimarães Ribeiro afirme que a desobediência do comando mandamental acarreta em infração contra a Administração Pública, não mede esforços em dizer que as ameaças diretas e indiretas

⁴² MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. p. 201.

⁴³ MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. p. 200.

⁴⁴ BRASIL. **Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015**.

⁴⁵ GUERRA, Marcelo de Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 152.

⁴⁶ BRASIL. **Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015**.

podem se cumular para dar maior eficácia ao cumprimento da decisão judicial.⁴⁷

Por esse caminho, e com conjunção dos arts. 513 e 139, inc. IV, do CPC⁴⁸, o julgador pode utilizar-se da mandamentalidade da sentença para incorporar no mandado medidas de caráter indutivo ou sub-rogatório, em semelhança ao que ocorre na tutela das obrigações de fazer ou não fazer.

Conclui-se que a maior parte dos poderes do juiz possui caráter atípico, pois não se encontram expressamente no art. 139, inc. IV do CPC quais provimentos compõe as formas de poderes, mas que estão legitimados por buscar guarida no conceito lógico do dispositivo que trata dos poderes e deveres do juiz na condução do processo.⁴⁹

É de grande importância mencionar que além desse dispositivo infraconstitucional, a atipicidade das técnicas para efetividade das decisões (sentenças ou interlocutórias), também está fundamentada na Constituição Federal da República.

Desse modo, à luz dos princípios da mais benéfica onerosidade ao devedor e da maior exequibilidade para o credor, o julgador deverá justificar minuciosamente sua opção de poderes na mandamentalidade da decisão.

Por força do art. 139, inciso IV, pode ser aplicado o efeito mandamental nas sentenças que reconheçam o dever de uma das partes da relação processual pagar determinada⁵⁰ quantia em dinheiro, pois “Não há razão para se dispensar um tratamento privilegiado aos credores de obrigações de fazer ou não, em relação aos demais”⁵¹.

Assim, nada obsta o juiz expedir ordem mandamental ao cumprimento das obrigações pecuniárias, como, por exemplo, expedir ordem para incluir em folha de pagamento prestações de trato sucessivo, ou, ainda, a ordem servir para satisfazer propriamente a prestação pecuniária.⁵²

De fato, muitos questionamentos doutrinários e jurisprudências surgirão sobre o tema em análise, mas de qualquer forma, o magistrado necessita aprimorar seus poderes na imposição do cumprimento de suas decisões.

Dessa forma, a ordem (sanção) emanada pelo juiz nas ações de pagar quantia deverá atuar de forma coativa sob a vontade do devedor, a atingir sua percepção psicológica de modo a fazê-lo verificar a viabilidade de cumprir com a ordem, ao invés de descumpri-la e sofrer os efeitos coercitivos. Com esse fundamento o devedor verificará que a técnica utilizada pelo juiz, no caso de não cumprir sua obrigação, somente virá a piorar ainda mais a sua situação diária, visto que a medida de execução indireta e de natureza coercitiva facilitará a realização do crédito do exequente, quando o não pagamento e a recusa em pagar for renitente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução dos tempos e dos próprios direitos, avultou a conscientização, no direito processual moderno, a necessidade de construções teóricas e jurisprudências capazes de alcançar, na ordem dos direitos fundamentais, uma tutela justa, adequada e efetiva.

⁴⁷ RIBEIRO, Darci Guimarrães. **Contributo ao estudo da sentença declaratória**. p. 16.

⁴⁸ BRASIL. **Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015**.

⁴⁹ ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. **Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz**. p. 451-452.

⁵⁰ BRASIL. **Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015**.

⁵¹ GUERRA, Marcelo de Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. p. 152.

⁵² MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. p. 201.

A atuação do julgador, para dar efetividade às tutelas, deveria ir além de uma sentença condenatória, pois não lhe era dado mecanismos suficientes para ordenar o devedor a cumprir com a obrigação assumida. Suas decisões eram desprovidas de mandamentalidade.

As inovações trazidas pela nova disciplina processual - CPC/2015 - permite ao juiz a adoção de mecanismos para assegurar a obtenção da tutela jurisdicional. A novidade está na previsão como cláusula geral e pela própria aplicação de ofício pelo julgador.

Logo, nada impede ao juiz pelo teor do inciso IV do art. 139 do CPC, conduzir a ordem ao cumprimento das obrigações pecuniárias, mesmo que apenas sirva para o autor indicar bens aptos à penhora, para mostrar coisa ou documento, etc.

Conquanto, é possível verificar que a técnica terá uma real efetividade no caso de não ser o devedor insolvente ou falido. Ressalta-se que somente a compreensão e o exercício diário dos julgadores trará assimilação pelo processo, pois um direito só é vivo se é utilizado.

Portanto, com base em todas as considerações expostas no presente trabalho, é possível concluir que técnica mandamental, frente a um direito processual civil moderno, mostra-se um instrumento efetivo para ordenar o devedor ao cumprimento da prestação pecuniária.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASSIS, Araken de. **Sentença Condenatória como título executivo: aspectos polêmicos da nova execução**. v. 3. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BUENO, Cassio Scarpibella. **Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias**. Revista de Processo. v. 113, 2004.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.245 de 18 de outubro de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso de 20 de nov. 2020.

BRASIL. **Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A constitucionalização do novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredir. (Org.) MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Parte Geral**. p. 295-309. Salvador: Juspodivm, 2016.

GUERRA, Marcelo de Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1998.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Direito fundamental à razoável duração do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. n.º 29.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Sentença**: direito processual ao vivo. A sentença e seus efeitos – Evolução legislativa e jurisprudencial. vol. 1, 2. ed., atual. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

JUNIOR, Nelson Nery Junior. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. v. 21, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR, Fredir. (Org.) MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Execução**. p. 193-207. Salvador: Juspodivm, 2016.

RIBEIRO, Darci Guimarrães. Contributo ao estudo da sentença declaratória. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil da UERJ**. v. 5, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/archive> . Acesso em 10 nov. 2020.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Reforma do código de processo civil**. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Dos pronunciamentos do juiz. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. p. 621-630. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OS DIREITOS SOCIAIS E OS INVESTIMENTOS EM SAÚDE COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016 DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Flávio Loch¹

Julio Cesar Giacomini²

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 95/2016, a “PEC do congelamento de gastos”, também chamada por alguns de “PEC da morte”, instituiu o novo regime fiscal no âmbito dos orçamentos fiscal e da seguridade social da União com o prazo de 20 anos.

Mesmo que a necessidade de rigidez com os gastos públicos e a boa utilização do dinheiro público sejam questões praticamente indiscutíveis, é importante observar que mesmo antes da aprovação desta Emenda Constitucional já se destacava que os impactos do congelamento de investimentos nas áreas da saúde, educação e assistência social poderiam ter consequências negativas como o aumento da pobreza e da desigualdade social.

O teto previsto na EC 95/2016 prevê o congelamento dos investimentos em alguns direitos sociais como educação, saúde e assistência social e, nesse sentido, o viés principal abordado neste trabalho é o de como essa previsão foi tratada durante esse ano de 2020 em virtude da pandemia de Covid-19 que foi algo totalmente inesperado e que demandou maiores investimentos, especialmente na área da saúde.

Os direitos sociais fazem parte dos direitos fundamentais de segunda geração e estão previstos no artigo 6º da Constituição Federal, dentre eles estão o direito à saúde, o direito à educação e o direito à assistência social, sendo esses os direitos sociais que daremos mais ênfase neste trabalho.

1. OS DIREITOS SOCIAIS

A expressão “direitos sociais” não tem um significado unívoco e o mesmo se aplica às disposições normativas dos sistemas jurídicos que os hospedam. O surgimento dos direitos sociais significou uma variante notável no conteúdo dos direitos fundamentais, pois princípios originalmente destinados a limitar o desempenho do Estado tornaram-se normas que exigem sua gestão na ordem econômica e social, garantias criadas para a defesa da individualidade são agora regras em que o interesse coletivo ocupa o primeiro lugar. A principal função dos direitos sociais é assegurar a participação dos diferentes membros da comunidade nos recursos sociais³.

Nesse sentido, podemos entender que Luño destaca que a principal função dos direitos sociais é garantir que todos tenham acesso aos recursos sociais, ou seja, os direitos sociais fazem parte de uma prestação positiva estatal, a qual tem por objetivo dar as condições necessárias mínimas de saúde, educação, trabalho, dentre outros para todos.

Os Direitos de segunda geração, dos quais os Direitos sociais fazem parte, estão previstos no artigo

¹ Bacharel em Administração e Direito, Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: flavioloch@gmail.com

² Mestre em Direito, professor Titular I de Direito Tributário na Faculdade de Direito da UPF. E-mail: juliocesar@upf.br

³ LUÑO, Henrique P. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005. p. 85-86, tradução nossa.

6º da CF, conforme nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 90 de 2015 que define como sendo direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados⁴.

Todavia, os direitos sociais, enumerados no Capítulo II do Título II do texto constitucional, são exemplificativos e, por isso, não esgotam os direitos fundamentais constitucionais dos trabalhadores, que se encontram também difusamente previstos na própria Constituição Federal⁵.

Os direitos sociais, ou direito a prestações, encontraram grande receptividade no constitucionalismo pátrio, com um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais. Também encontram-se demais direitos prestacionais em outras partes do texto constitucional⁶.

Consoante à ampla doutrina, a consagração constitucional dos direitos sociais se dá na segunda década do século XX. Contudo, é controversa a questão do documento histórico que simboliza a consagração dos direitos sociais⁷.

Entretanto, esta tese clássica de que os direitos sociais seriam direitos cujo reconhecimento teria ganho vulto na segunda metade do século XX, após já compreendidos os direitos civis e políticos, é uma percepção imprecisa e incorreta, servindo muito mais para justificar a baixa dedicação à implementação dos direitos sociais em relação ao desenvolvimento teórico deles⁸.

Segundo Ferreira Filho, o reconhecimento dos direitos sociais faz parte de um segundo momento:

Esse reformismo, que acompanha o intervencionismo estatal típico do Estado-providência, veio suscitar a declaração, como fundamental, de novos direitos. Estes visam a assegurar a todos uma vida digna e a igualdade de oportunidades. São dos direitos ao trabalho, à educação, à saúde, ao sustento na doença e na velhice, ao lazer etc⁹.

Os Direitos fundamentais de segunda geração são também denominados de liberdades concretas, positivas ou reais. Esses direitos, baseados no princípio da igualdade, impõem ao Estado um dever de agir, visando à obtenção da igualdade substancial, e não apenas formal, entre os indivíduos. Ressalte-se, porém, que o simples reconhecimento de direitos fundamentais nem sempre se mostra suficiente para que os indivíduos possam efetivamente gozá-los, tamanha a desigualdade que ainda existe no meio social¹⁰.

O objetivo principal dos direitos sociais é uma ação positiva do Estado no sentido da busca pela redução das desigualdades, ou seja, o Estado traz para si o dever de dar aos indivíduos o mínimo existencial para que, com esse mínimo, as desigualdades sejam reduzidas e se almeje uma igualdade efetiva.

Como já dito, os direitos sociais são os direitos prestacionais, não são meros poderes de agir, meras liberdades, pois têm por característica reclamarem contrapartida da parte da sociedade por meio do Estado. Os direitos sociais são poderes de exigir serviços, prestações concretas, que satisfaçam a necessidades humanas primordiais e prementes, como trabalho, saúde e educação, por exemplo. Segundo Ferreira Filho, os direitos sociais: “Correspondem a “créditos” de que cada um seria possuidor em relação

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988. Art. 6º.

⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 205.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 474.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95.

⁸ SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 79.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95.

¹⁰ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 314.

ao todo social”¹¹.

Nesse sentido, Moraes (2014)¹² explica:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se com verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Sampaio explica que os direitos sociais exigem uma atuação legislativa construtora e realizadora do direito fundamental. Nesse sentido, complementa: “os direitos de liberdade e os sociais, demandam, ao lado da dimensão negativa, uma dimensão positiva consistente no conjunto de medidas indispensáveis à garantia desse próprio direito”¹³.

É necessário se levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Além disso, é de fundamental importância a relação entre os direitos sociais e a sua efetividade com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido o autor diz: “defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde ou à educação, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana”¹⁴.

Nesse sentido, destaca-se¹⁵:

[...]La relevancia dada por los derechos sociales a quienes forman parte de determinados grupos deriva del presupuesto de que así se pueden satisfacer mejor las necesidades de aquellos a quienes se intenta proteger. Pero, en todo caso, no se trata de proteger a los grupos en cuanto tales, sino a los individuos en el seno de sus situaciones concretas en la sociedad.

De acordo com o rol de direitos sociais supracitados, neste trabalho pretende-se destacar o direito à saúde, o direito à educação e o direito à assistência social. Não no sentido de colocar estes direitos em uma hierarquia acima dos demais, mas sim para relacioná-los com a proposta da Emenda Constitucional 95 de 2016, que prevê o congelamento dos investimentos em educação, saúde e assistência social por 20 anos.

2. DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 é a primeira Constituição brasileira a consagrar o direito fundamental de proteção à saúde. A atual Constituição não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais, especificando seu conteúdo e forma de prestação, como também não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos e os direitos sociais, ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme preconiza o artigo 5º, §1º da CF/88¹⁶.

A saúde é um direito que, assim como a previdência social e a assistência social, é englobada pela

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 100.

¹² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 203.

¹³ SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 144.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 465.

¹⁵ LUÑO, Henrique P. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2005. p. 86.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 483.

seguridade social. A seguridade social é regida pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da igualdade ou equivalência dos benefícios, da unidade de organização pelo Poder Público e pela solidariedade financeira, vez que é financiada por toda a sociedade. Moraes (2014), define assim: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”¹⁷.

O direito à saúde está assim disposto nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal¹⁸:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado, ou seja, por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios¹⁹.

Ou seja, a saúde é um direito de todos, patrocinado pelo Estado, independentemente de classe social, raça ou gênero. Todos têm direito ao atendimento à saúde garantido pelo Poder Público. O Sistema Único de saúde é regido pelos princípios da universalidade e da equidade. De acordo com o princípio da universalidade, todos têm direito ao acesso à saúde. Destaca-se: “Pelo princípio da Universalidade, todos os brasileiros têm direito aos serviços do SUS, e esse acesso universal, em nenhuma circunstância pode ser restringido”²⁰.

Já de acordo com o princípio da equidade, todos devem ser tratados de forma igual, sem distinções de qualquer natureza. Assim: “o SUS deve fornecer condições de assistência a todos os indivíduos sem qualquer distinção”²¹.

A CF/88 estabelece o modelo básico de organização e procedimento para o direito básico de proteção à saúde. Conforme disposto no artigo 198 da CF, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, onde constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção em cada esfera de governo, voltado ao atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, assegurando-se a participação da comunidade²².

Como se observa, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, que deve fornecer todos os meios necessários para tratamento e prevenção de doenças. Esse direito não pode ser restrito, deve ser o mais abrangente possível e o Poder Público não deve medir esforços para a sua concretização, sem exclusões, com atendimento igualitário. Cabe também destacar a fundamental relevância da prestação do direito à saúde, vez que é um direito intrínseco ao direito à vida, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 848.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988. Arts 196 e 197.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 484.

²⁰ Conselho Nacional de Secretários da Saúde. **Sistema único de Saúde**. Brasília: CONASS, 2011. p. 28.

²¹ GAMA, Alessandra de Saldanha; GOUVEIA, Luciana. **SUS esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2014. p. 41.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 486.

3. DIREITO À EDUCAÇÃO

A educação é um direito previsto na Constituição Federal, sendo considerado um dos pilares de qualquer Estado desenvolvido, pois é um direito intimamente ligado à cidadania, sendo inegável a afirmação de que a educação transforma o cidadão em uma pessoa melhor para viver em sociedade. Nesse sentido, dispõe o artigo 205 da CF/88²³.

A educação, direitos de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O direito à educação é um direito fundamental por representar a verdadeira expressão da cidadania e o indivíduo pode exigir judicialmente do Estado que preste a educação. Além disso, a Constituição dotou a educação básica como obrigatoriedade por parte do Estado²⁴.

Conforme explica Moraes²⁵ o ensino deve estar pautado nos princípios de igualdade, liberdade, pluralismo de ideias, gratuidade, valorização dos profissionais da educação, democracia, qualidade e garantia de investimento.

O artigo 214 da CF/88 assegura que a lei estabelecerá o plano nacional de educação, visando articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias como forma de assegurar o ensino em todos os níveis. Dentre as metas e objetivos estão: I- erradicação do analfabetismo; II- universalização do atendimento escolar; III- melhoria da qualidade do ensino; IV- formação para o trabalho; V- promoção humanística, científica e tecnológica do País; VI- estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto²⁶.

Sendo assim, o direito à educação é um direito previsto constitucionalmente e que deve ser assegurado a todos, por parte do Estado, que tem o dever de ofertar uma educação de qualidade. É válida a afirmação de que a educação representa condição propícia para a conquista dos demais direitos fundamentais.

4. DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL

A assistência social é um direito de todos que dela necessitarem, não estando este direito vinculado a qualquer tipo de contribuição, diferentemente da previdência social a qual se faz necessária contribuição para fazer jus ao benefício. Nesse sentido, Moraes, explica:

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, pois não apresenta natureza de seguro social, sendo realizada com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizada com base na descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988. Art. 205.

²⁴ PIRES, Antonio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. p. 613.

²⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988. Art. 214.

beneficentes e de assistência social; e na participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis²⁷.

A assistência social tem alguns objetivos fundamentais, dentre os quais, podemos mencionar: A proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo a crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme a lei dispuser²⁸.

O direito à assistência social, também denominado de assistência aos desamparados é um direito que o Estado tem o dever de prestar, visando auxiliar os cidadãos menos favorecidos e em condições precárias de vida. Logo, o direito a assistência social é um direito essencial, pois também está intimamente ligado ao direito à vida.

A questão aqui também é interessante no sentido de que a assistência aos desamparados consiste no amparo àqueles que não tiveram seus direitos sociais contemplados, ou seja, trata-se de um tema para reflexão, pois admite-se, dentro da própria lei, que a lei possa não ser cumprida.

Isto é, perante a inoperância estatal nas garantias estabelecidas constitucionalmente, o direito de assistência aos desamparados representa uma forma de “ressarcimento” ou compensação pela situação de exclusão dos direitos sociais.

O direito à assistência social encontra intrínseca relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Castilho, define dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

Está fundada no conjunto de direitos inerentes à personalidade da pessoa (liberdade e igualdade) e também no conjunto de direitos estabelecidos para a coletividade (sociais, econômicos e culturais). Por isso mesmo, a dignidade da pessoa não admite discriminação, seja de nascimento, sexo, idade, opiniões ou crenças, classe social e outras²⁹.

Como fundamento da atividade estatal, a constituição coloca a dignidade da pessoa humana, o que significa, mais uma vez, que o homem é o centro, sujeito, objeto, fundamento e fim de toda a atividade pública. O princípio democrático do poder exige que a pessoa humana, na inteireza de sua dignidade e cidadania, se volte toda a atividade estatal. Nesse aspecto, na interpretação axiológica, que leva em conta os valores protegidos pela norma jurídica, pode-se dizer que o valor supremo da constituição é o referente a dignidade da pessoa humana.

5. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016 E A PEC 10/2020

Posteriormente ao embasamento teórico e conceitual trazido acerca dos direitos fundamentais e, principalmente sobre a segunda geração dos direitos fundamentais, os chamados direitos sociais, e da importância e imprescindibilidade da efetivação de tais direitos para garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, é importante fazer uma análise da Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 2016 que foi publicada no Diário Oficial da União, em 16 de dezembro de 2016.

²⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 856-857.

²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 857.

²⁹ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 137.

A partir de então, o Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) passou a vigorar com o acréscimo dos artigos 106 ao 114. Nesse sentido, o artigo 106 da ADCT estabelece: “Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

Nos dias atuais, como podemos perceber numa breve análise da referida EC 95/2016, a austeridade e a rigidez com os gastos públicos, ao menos em tese, são as regras, e na referida Emenda se prevê o congelamento dos investimentos em alguns direitos sociais de suma importância, como educação, saúde e assistência social.

O congelamento de investimentos nessas despesas primárias representa um profundo retrocesso e deverá ser cada vez mais sentido daqui em diante, pois o desenvolvimento que o governo prevê não pode se atrelar somente a “poupar” e não investir em direitos fundamentais. Uma grande crítica que se pode fazer a essa emenda é com relação ao seu artigo 107, §1º, II, onde está prevista a vinculação das despesas primárias à inflação do ano anterior e não a melhora ou piora da economia.

A tendência é que o congelamento dos investimentos em saúde, educação e assistência social tenha como resultado o aumento da pobreza e da desigualdade social e a população brasileira cada vez mais perca direitos, pois o teto previsto para despesas públicas primárias vão atingir atividades que se fazem necessárias para fortalecer e assegurar a efetivação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, do princípio basilar de nosso ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Sistema Único de Saúde (SUS) que foi alvo de críticas desde a sua fundação, e realmente passou por momentos de muita precariedade pela falta de investimentos, está comprovando sua importância durante essa pandemia, vez que apresenta uma boa resposta diante de toda essa emergência sanitária. Ainda mais pelo fato de que o SUS se rege pelos princípios da universalidade e da equidade, ou seja, o SUS deve atender a todos e de forma igualitária, primando por atender a todos sem qualquer tipo de discriminação.

Entretanto, sempre são necessários investimentos em saúde, especialmente destinados ao SUS, visando efetivar esse direito que tem ligação intrínseca com outro direito pregado por nossa Constituição, qual seja o direito à vida.

Mesmo com a EC 95/2016 em vigor, houve a promulgação da PEC 10/2020, a chamada PEC do Orçamento de Guerra que foi proposta e instituída com a finalidade de facilitar os gastos do governo federal para o combate à pandemia de Coronavírus, permitindo processos mais rápidos para compras, obras e contratações de pessoal temporário e serviços. O presidente do Congresso, Davi Alcolumbre, disse que a emenda teve o objetivo de permitir mais rapidez e menos burocracia nas ações de combate à pandemia³⁰.

Porém, a preocupação agora passa a ser não somente para esse ano, mas também para os próximos, pois ainda não sabemos até quando durará esta pandemia e também os seus efeitos na estrutura da saúde institucional nacional.

Fato é que a continuidade da vigência da EC 95/2016 tende a enfraquecer ainda mais com o congelamento dos investimentos, pois se atualmente já encontramos muitos problemas relacionados ao acesso à saúde, como na questão da judicialização da saúde, onde os cidadãos que tem seu direito a medicamento ou tratamento negado pelo SUS tem como última saída recorrer ao judiciário para tentar

³⁰ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/06/congresso-promulga-nesta-quinta-feira-pec-do-orcamento-de-guerra>. Acesso em 30/11/2020.

efetivar o direito ao acesso à saúde. Ou seja, se está expresso na CF o dever do Estado de garantir a todos o acesso à saúde, esse direito deveria ser efetivo, e assim evitariam demandas judiciais para a busca desse direito que é amplamente reconhecido.

Nesse seguimento, cabe destacar Correia (2013) que trata da proibição da insuficiência e insuficiência dos valores, onde o mínimo existencial e a proibição da insuficiência seriam critérios para estabelecer a avaliação jurídica de políticas públicas e para a delimitação do âmbito de proteção judicial dos direitos sociais prestacionais, pois a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a proporcionalidade se tornaram um padrão na jurisprudência³¹.

Como a EC 95/2016 prevê o congelamento dos gastos públicos por 20 anos, a continuidade da vigência dessa Emenda tendo a se constituir em um retrocesso que deverá ser mais sentido com o passar desse tempo, podendo comprometer gerações futuras.

Além da preocupação mais eminente das consequências dessa EC no direito à saúde que ainda tenderá a se recuperar mais lentamente, também temos que destacar que a falta de investimentos em assistência social também será prejudicial, pois destina-se a garantia do mínimo existencial justamente para os mais necessitados. Esse problema também começou a ficar mais evidente na educação, como por exemplo no caso do corte nas bolsas CAPES, ou seja, está ficando cada vez mais claro que o investimento em educação está sendo reduzido, o que também atinge uma parcela importante da população brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das abordagens realizadas neste estudo, o objetivo foi fazer uma breve análise da Emenda Constitucional 95/2016 e o seu impacto nos direitos sociais, especialmente com relação aos investimentos em saúde e como essa Emenda foi tratada durante a pandemia.

Conforme visto, permite-se concluir que a Emenda Constitucional 95/2016 que prevê a redução dos gastos em despesas primária, o que inclui direitos fundamentais tais quais saúde, educação e assistência social, tende a se constituir cada vez mais em um retrocesso do sistema de distribuição de recursos para os referidos direitos básicos.

Mesmo diante da vigência da EC 95/2016, devido a pandemia de Covid-19, foi promulgada a PEC 10/2020 com o intuito de facilitar os gastos visando atender de forma emergencial o que fosse preciso diante dessa crise sanitária.

Percebe-se que a PEC 10/2020 serviu para que não se deixasse de atender às necessidades causadas pela pandemia, entretanto, devido à imprevisibilidade das consequências e do tempo de duração dessa pandemia, surge a preocupação acerca de que forma se dará a aplicação da EC 95/2016, principalmente a partir de 2021, pois é importante que o atendimento de todas às necessidades, principalmente visando a efetivação dos direitos sociais, se dê de forma plena e sem restrições orçamentárias, pois a razão de ser do Poder Público é a realização de políticas públicas.

Sendo assim, conclui-se que a continuidade da vigência da EC 95/2016 e a consequente redução em investimentos sociais estará sendo cada vez mais sentida pela população e isso nos leva a crer que a consequência deverá ser aumento da desigualdade social e a prestação ainda mais deficiente de tais direitos.

Por fim, mas não menos importante, pode extrair-se do presente estudo que o cuidado com o que

³¹ CORREIA, José Viana. **Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 145.

está disposto sobre a assistência para os desamparados pode estar em risco, visto que com todas as diminuições de recursos destinadas aos direitos fundamentais deve afetar diretamente uma grande parcela da sociedade, que é justamente a parcela da população mais carente de políticas públicas que se destinem a garantir as condições para a dignidade humana.

Caberá pois ao espaço das decisões políticas nas casas congressuais estudar e adotar providências legislativas capazes de reduzir os riscos de retrocesso trazidos pela aplicação pura e simples do teto de gastos tal como se encontra previsto.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

Conselho Nacional de Secretários da Saúde. **Sistema único de Saúde**. Brasília: CONASS, 2011.

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

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORREIA, José Viana. **Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Alessandra de Saldanha; GOUVEIA, Luciana. **SUS esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2014.

LUÑO, Henrique P. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIRES, Antonio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2014.

O PACTO FEDERATIVO, A (DES)CENTRALIZAÇÃO DE RECURSOS E A POSSIBILIDADE DE REPACTUAÇÃO TRAZIDA PELA PEC 188/2019

Flávio Loch¹

Julio Cesar Giacomini²

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi fruto de grandes debates e de grande participação popular, tendo sido inclusive intitulada de “Constituição cidadã”. A CF/88 representou diversos avanços e conquistas no que tange a garantia de diversos direitos fundamentais antes não previstos.

Adotando a forma federativa de Estado, cuja pedra de toque vem a ser a autonomia das unidades federadas, no que tange às rendas tributárias e a sua repartição, a Carta Constitucional de 1988 deixou a desejar, eis que concentrou, por demasia as competências, em especial as tributárias, bem como o grosso de arrecadações e distribuições das rendas tributárias com a União.

Como possível forma de enfrentar e mitigar esse histórico problema, em novembro de 2019 foi apresentada a PEC 188/2019, a qual propõe reestruturar o atual Pacto Federativo, no qual discute-se, sobretudo, questões de ordem fiscal.

Como se observa, numa primeira análise, a PEC 188/2019 propõe uma maior descentralização objetivando conferir mais autonomia aos Estados e Municípios. Entretanto, essa proposta apresenta alguns pontos que merecem destaque, conforme veremos adiante.

1. O ESTADO FEDERAL E A DESCENTRALIZAÇÃO

O Estado Federal é uma decorrência da Constituição sendo uma criação da política moderna, vez que a antiguidade nos oferece muitos exemplos de Estados confederados, mas nenhum de “Estado federal”. Essa filiação do Estado federal à lei constitucional escrita mostra bem a passagem do fenômeno federativo, do Direito Internacional para o Direito Constitucional interno³.

O tema da forma de Estado diz respeito à distribuição do poder político no espaço. Historicamente, a forma de Estado mais comum era a do Estado Unitário, ou seja, aquela na qual havia um único centro de poder político que eventualmente poderia descentralizar atividades nas localidades, mas sempre sob o seu controle ou supervisão. Em um Estado absoluto ou autoritário é natural que o Estado seja unitário com pouca descentralização, de modo que tudo dependa da autoridade central, que concentra a maior parte do poder político⁴.

O Estado Federal surge como uma grande alternativa ao Estado unitário. A Federação é uma forma de distribuir territorialmente o poder político, de modo que possam coexistir dois ou mais níveis de poder autônomos no âmbito de um Estado. Todos os Estados federais procuram produzir um equilíbrio entre dois

¹ Bacharel em Administração e Direito, Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: flavioloch@gmail.com

² Mestre em Direito, professor Titular I de Direito Tributário na Faculdade de Direito da UPF. E-mail: juliocesar@upf.br

³ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 138.

⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 242.

fins principais: a garantia da unidade nacional e a preservação da diversidade própria das localidades⁵.

Assim, o Estado federal apresenta em suas raízes a ideia de descentralização política como sua característica mais importante e não somente na administrativa. Para a configuração do Estado Federal é necessária autonomia política de certo tipo de coletividade territorial. E essas entidades politicamente autônomas, são os Estados que formam a União, também chamados, na doutrina, Estados-membros. A forma federal do Estado nasce do conjunto de preceitos componentes da Constituição federal adotada. E a Constituição Federal, além de ser uma lei de organização de poderes é, também, de limitação desses mesmos poderes, o que ocorre por meio da distribuição de competências federais e estaduais, as quais não podem ser transpostas, nem pelos Estados-membros, nem pela União⁶.

Assim, a autonomia dos Estados é limitada pela Constituição e a soberania da União também o é. A União pode reformar a Constituição federal, alargando a sua competência, coisa que os Estados não podem fazer. Entretanto, o Poder Constituinte não deixa de se manifestar pelos delegados eleitos pelos Estados, o que incorpora a vontade destes à reforma do Pacto Fundamental. Além disso, o Poder Constituinte não decorre da União Federal, mas de algo que a precede, jurídica e cronologicamente, como precede aos Estados-membros, que é a soberania nacional⁷.

Outrossim, Barcellos explica que os entes federados não são dotados de soberania, mas apenas de autonomia que lhes é demarcada pela Constituição. Não existe hierarquia entre leis federais, estaduais e municipais no caso brasileiro, o que há é a distribuição de competências, de modo que cada ente federado apenas pode legislar sobre os temas que a Constituição lhe atribui. Desse modo, uma lei federal, por exemplo, não “vale mais” nem é “superior” a leis editadas por Estados e Municípios, pois o que define a superioridade de determinada lei sobre outra é a competência para tratar do assunto⁸.

Sobre a divisão clara de competências no Estado federal, a finalidade é evitar conflitos de interesses entre os entes federativos, pois a harmonia entre as unidades componentes e entre seus poderes nos níveis correspondentes é essencial para a manutenção do pacto federativo⁹.

Entretanto, mesmo com o Estado Federal representando essas características descentralizadoras que o diferencial do Estado Unitário, no Brasil, a centralização política e administrativa tem-se processado numa ascensão alarmante e vários são os fatores indicados como causa disso. Dentre os quais o autor cita: uma deficiente distribuição das rendas tributárias, na Constituição; a existência de poderosos órgãos de centralização econômica e financeira, como o Banco do Brasil, e muitos institutos de previdência social; a organização viciosa do crédito, na rede dos bancos particulares; e também a inflação financeira, que, segundo a experiência, tem também consequências centralizadoras, no campo¹⁰.

2. O FEDERALISMO NO BRASIL

O Brasil é, pela sua Constituição, um Estado federal e republicano. O fenômeno federativo pode ser apreciado sob diversas formas, politicamente, historicamente e juridicamente, sendo que, juridicamente

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 243.

⁶ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. p. 142.

⁷ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 142.

⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 243.

⁹ LIZIERO, Leonan Baesso da Silva Liziero. **Estado Federal no Brasil: o federalismo na Constituinte de 1987/1988 e a descentralização pela assimetria**. Dissertação (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. p. 74.

¹⁰ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. p. 142.

pode ser dentro da teoria do Estado e no quadro do Direito Constitucional¹¹.

O mínimo necessário para a caracterização da organização constitucional federalista exige, inicialmente, a decisão do legislador constituinte, por meio da edição de uma constituição, em criar o Estado Federal e suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-membros, pois a criação de um governo geral supõe a renúncia e o abandono de certas porções de competências administrativas, legislativas e tributárias por parte dos governos locais¹².

O Brasil é uma República Federativa e por Federação compreende-se a forma de Estado, o modo como se dá a distribuição espacial do poder político. Ao invés de um único centro de poder, existem dois: o central e o federado. A forma federativa de Estado procura conciliar o respeito à diversidade de cada entidade política com elementos de unidade indispensáveis à preservação da soberania e da integridade nacionais. Existe assim, um poder nacional, um poder federal e um poder federado¹³.

O federalismo pode se classificar entre simétrico ou assimétrico. Nesses moldes, Liziero destaca que ao se problematizar a relação entre a manifestação do federalismo e a relação entre os entes federados e a configuração política nos Estados federais, surge o problema da assimetria federativa. Desse modo, as federações podem ser organizadas de modo simétrico ou assimétrico, a depender da proporcionalidade e da participação dos Estados no poder federal¹⁴.

No modelo adotado pela CF/88, todos os Estados e todos os Municípios tem o mesmo regime de competências e, portanto, o mesmo espaço de autonomia. Trata-se do chamado federalismo simétrico do ponto de vista jurídico, onde todos os entes da mesma categoria, ou seja, todos os Estados e todos os Municípios recebem um tratamento simétrico equivalente¹⁵.

A federação brasileira mostra-se como simétrica de direito, pois todas as subdivisões do território nacional possuem a mesma importância para a federação, o mesmo número de representantes no Senado Federal e as mesmas competências executivas, legislativas e tributárias. E sendo assim, independe as diferenças materiais existentes entre Estados e Municípios, pois a Federação os reconhece formalmente como iguais¹⁶.

Barcellos¹⁷ defende que essa opção constitucional traz alguns desafios considerando a profunda desigualdade regional existente no país. Ao mesmo tempo que há um federalismo simétrico do ponto de vista jurídico, há uma profunda assimetria de fato entre os entes federados no Brasil.

A Federação implica uma tríplice autonomia, qual sejam, financeira, política e administrativa. O Brasil não nasceu como Federação, pois na Colônia e no Império foi um país de governo unitário, no estilo próprio de sua origem portuguesa que, por sua vez, reproduziu, na Europa, o melhor estilo do centralismo romano¹⁸.

¹¹ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. p. 137.

¹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 287.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 180.

¹⁴ LIZIERO, Leonan Baesso da Silva Liziero. **Estado Federal no Brasil: o federalismo na Constituinte de 1987/1988 e a descentralização pela assimetria**. p. 13-14.

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 259.

¹⁶ LIZIERO, Leonan Baesso da Silva Liziero. **Estado Federal no Brasil: o federalismo na Constituinte de 1987/1988 e a descentralização pela assimetria**. p. 16.

¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. p. 259.

¹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Prefácio. In: BOLONHA, Carlos. LIZIERO, Leonam. SEPULVEDA, Antônio (Orgs). **Federalismo: desafios contemporâneos**. Porto Alegre – RS: Editora Fi, 2019. p. 10-11.

A Federação brasileira foi copiada da Americana, porém, só o foi formalmente, como explica Martins¹⁹:

No modelo atual, tem, teoricamente, mais independência financeira embora, na prática, essa independência seja menor, na medida em que foram outorgadas aos municípios receitas tributárias peculiares. Como o país é formado de municípios grandes, médios e pequenos, sendo os economicamente pequenos em maior número, à evidência, sua liberdade e receitas próprias, na verdade inexistem, à falta de sustentação financeira para subsistirem. Vivem, tais municípios, mais das transferências das rendas da União e dos Estados, que daquelas decorrentes de seu próprio direito de impor. São, portanto, legalmente, os municípios brasileiros, mais independentes que os municípios americanos mas, na prática, a autonomia financeira destes é muito maior.

A forma federativa de Estado esteve presente em todas as constituições republicanas do Brasil, passando por períodos de maior e menor descentralização do poder no decorrer de sua história. Isso porque o próprio federalismo pode ser concebido como um processo dinâmico que constantemente busca equilibrar a autonomia dos entes federativos com o exercício de competências pelo governo central²⁰.

Ocorre que as unidades federadas recebem as suas competências diretamente da Constituição Federal, ou seja, o reconhecimento de seus poderes conjugado com a atribuição de encargos. Não se trata de uma mera descentralização administrativa mas sim da existência conjunta de múltiplos centros de decisão política, cada qual com exclusividade em relação a determinados assuntos. A União trata dos interesses gerais, os Estados e outros entes federados dos seus próprios interesses regionais ou locais²¹.

A CF/88 teve notadamente caráter descentralizador, pois, além de consolidar a recuperação da autonomia política dos estados-membros e municípios, aumentou moderadamente sua participação nas receitas tributárias e atribuiu-lhes novas competências legislativas com destaque para as competências concorrentes e a limitação da União ao estabelecimento de normas gerais²².

Além disso, a CF/88 inovou em relação às Constituições anteriores ao dispor que a competência para atuar diretamente no domínio econômico não é exclusiva da União, mas também dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios²³.

Uma das peculiaridades da Constituição de 1988 foi justamente a inclusão dos Municípios como componentes da Federação. A CF/88 deu aos municípios o poder de auto-organização, poder por meio do qual é conferido aos municípios a competência para que elaborem a sua própria Lei Orgânica, ou seja, uma Constituição Municipal, conforme previsto no artigo 29 da CF/88²⁴.

Nesses moldes descentralizadores importa sublinhar acerca da organização dos entes federativos, sejam eles os já citados União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Todos os entes federativos possuem autonomia legislativa, a União possui a Constituição Federal, os Estados possuem as Constituições Estaduais e os Municípios e o Distrito Federal possuem Lei Orgânica. Além da autonomia legislativa, os entes federados possuem também autonomia de governo, ou seja, de escolher o seu governo, por meio de

¹⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Prefácio**. p. 11.

²⁰ FADEL, Alexandre Pinho. MAUÉS, Antônio Moreira. A repartição de competências legislativas no federalismo brasileiro: uma análise da jurisprudência do STF (2013-2017). In: BOLONHA, Carlos. LIZIERO, Leonam. SEPULVEDA, Antônio (Orgs). **Federalismo: desafios contemporâneos**. Porto Alegre – RS: Editora Fi, 2019. p. 35.

²¹ BERCOVICI, Gilberto. As Competências Federativas e o Direito Econômico. In: BOLONHA, Carlos. LIZIERO, Leonam. SEPULVEDA, Antônio (Orgs). **Federalismo: desafios contemporâneos**. Porto Alegre – RS: Editora Fi, 2019. p. 19.

²² FADEL, Alexandre Pinho. MAUÉS, Antônio Moreira. **A repartição de competências legislativas no federalismo brasileiro: uma análise da jurisprudência do STF (2013-2017)**. p. 35.

²³ BERCOVICI, Gilberto. **As Competências Federativas e o Direito Econômico**. p. 28.

²⁴ BERCOVICI, Gilberto. **As Competências Federativas e o Direito Econômico**. p. 22-23.

eleições.

Porém, em nossa Federação, a União exerce rígido controle da política tributária dos entes federados, como ocorre com o ICMS e com as dotações orçamentárias, por exemplo, razão pela qual a descentralização financeira é relativa. Dessa forma, o Brasil não se constitui em uma Federação real, pois continua sendo um Estado fortemente centralizado em que aproximadamente 60% do bolo tributário fica para a União e 40% para 26 Estados, Distrito Federal e 5.568 Municípios²⁵.

Nesse sentido, Barroso destaca que mesmo com a alta carga tributária brasileira há um grande favorecimento à União na partilha das receitas tributárias:

Embora a União tenha conservado ainda a parcela mais substantiva das competências legislativas, ampliaram-se as competências político-administrativas de Estados e Municípios, inclusive com a previsão de um domínio relativamente amplo de atuação comum dos entes estatais. A partilha das receitas tributárias, de outra parte, embora um pouco mais equânime do que no regime anterior, ainda favorece de modo significativo a União, principal beneficiária da elevadíssima carga tributária vigente no Brasil. De parte disso, ao longo dos anos, a União ampliou sua arrecadação mediante contribuições sociais, tributo em relação ao qual Estados e Municípios não têm participação, contribuindo ainda mais para a hegemonia federal. A verdade inegável é que os Estados brasileiros, em sua grande maioria, apesar da recuperação de sua autonomia política, não conseguiram encontrar o equilíbrio financeiro desejável. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também seguiu, como regra geral, uma lógica centralizadora. O reequacionamento do federalismo no Brasil é um tema à espera de um autor²⁶.

É importante refletir sobre a crise da Federação brasileira diante dos desafios enfrentados pelas municipalidades, pois a crise fiscal evidentemente assola estados e municípios nessa quadra histórica. Nesse sentido, o autor defende que é necessário encontrar alternativas capazes de enfrentar a crise fiscal que assola os entes integrantes do pacto federativo nacional e que remetam a uma eficiência administrativa. Diante disso, sugere alternativas para a minimização desse quadro, como a criação de consórcios regionais intermunicipais de caráter administrativo e uma maior descentralização administrativa via repasses do Fundo de Participação dos Municípios (FPM)²⁷.

Entretanto, o autor faz um alerta de que a simples descentralização financeira pode ser a receita para uma maior precarização no uso dos recursos públicos e para desvios de todo o gênero, algo sistêmico na administração pública brasileira, devendo-se assim, primar ao máximo pela concretização do direito fundamental à boa administração pública²⁸.

A descentralização do federalismo teria sido o caminho evocado para maior eficácia na prestação de serviço público e funcionamento da administração. Entretanto, também destaca que não basta a descentralização do poder se os recursos também não forem descentralizados²⁹. Pois, o que se vê hoje é

²⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Prefácio**. p. 11.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 396.

²⁷ CORRALO, Giovani da Silva. A crise do federalismo fiscal brasileiro e o poder municipal: a descentralização financeira e o consorciamento intermunicipal como alternativas viáveis. In: BOLONHA, Carlos. LIZIERO, Leonam. SEPULVEDA, Antônio (Orgs). **Federalismo: desafios contemporâneos**. Porto Alegre – RS: Editora Fi, 2019. p. 175.

²⁸ CORRALO, Giovani da Silva. **A crise do federalismo fiscal brasileiro e o poder municipal: a descentralização financeira e o consorciamento intermunicipal como alternativas viáveis**. p. 188.

²⁹ LIZIERO, Leonam Baesso da Silva Liziero. **Estado Federal no Brasil: o federalismo na Constituinte de 1987/1988 e a descentralização pela assimetria**. p. 74-75.

um certo tipo de “paternalismo” muito grande da União com os municípios e os entes federados.

A falta de descentralização dos recursos, que ficam muito concentrados com a União, faz com que, em momentos de crise, os Municípios e os Estados tendam a buscar socorro na União como, por exemplo, no caso do Rio de Janeiro que atualmente cobra recursos da União para tentar sair da grave crise em que se encontra e também no próprio caso mais recente da pandemia de COVID-19, na qual a União está tendo que repassar muitos recursos para que os Estados e Municípios tenham condições de atender a população durante essa emergência sanitária.

Entretanto, não adianta somente descentralizar os recursos de qualquer maneira de forma que não se tenha o devido controle do dinheiro público, pois aí se estará recaindo na possibilidade de más-administrações e na sistêmica corrupção.

3. A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 188, DE 2019

O pacto federativo é o conjunto de dispositivos constitucionais que configuram a moldura jurídica, as obrigações financeiras, a arrecadação de recurso e os campos de atuação dos entes federados. O debate em torno do pacto federativo que vem sendo travado atualmente no Congresso Nacional gira em torno, sobretudo, de questões fiscais³⁰.

Em 05/11/2019 foi enviada ao Congresso Nacional um pacote de medidas, juntamente com uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 188/2019) visando reestruturar o atual e vigente Pacto Federativo.

Sobre uma redefinição do pacto federativo, Corralo diz que a Federação brasileira se encontra numa gravíssima crise financeira e fiscal, o que requer uma urgente repactuação acerca da organicidade, funcionalidade e redistribuição das receitas públicas³¹.

Em uma análise bem superficial da Proposta de Emenda à Constituição (PEC 188/2019), sem adentrar no mérito de discutir proposta por proposta, podemos observar que a PEC traz como objetivo para a reestruturação do pacto federativo assegurar o fortalecimento fiscal da República, considerando a condição atual de fragilidade fiscal em todos os níveis de governo na federação e visando trazer os incentivos corretos para uma boa gestão pública³².

O atual ministro da economia, Paulo Guedes, explica que essa nova PEC pode entregar aos estados e municípios até 400 bilhões em 15 anos. A ideia é descentralizar, desindexar e desvincular. Para Guedes, a falta de flexibilidade orçamentária engessa a gestão pública, uma vez que, pelas contas do Tesouro, 67% das despesas primárias da União são indexadas³³.

A Proposta prevê mais autonomia para Estados e Municípios através da distribuição de recursos e suas alocações, ampliando também a responsabilidade dos gestores no cuidado com as contas públicas. Observa que Estados e Municípios também não têm liberdade na gestão dos seus recursos, pois além da elevada participação dos gastos com salários e previdência, possuem, ainda, vinculações constitucionais

³⁰ Fonte: Agência Senado: Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/pacto-federativo>. Acesso em 06 de abril de 2020.

³¹ CORRALO, Giovanni da Silva. **A crise do federalismo fiscal brasileiro e o poder municipal**: a descentralização financeira e o consorciamento intermunicipal como alternativas viáveis. p. 181.

³² SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição. PEC 188/2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8035580&ts=1572998481684&disposition=inline>. Acesso em 05 de abril de 2020. p. 18.

³³Fonte: Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/11/11/pec-do-pacto-federativo-descentraliza-recursos-para-estados-e-municipios>. Acesso em 06 de abril de 2020.

para a despesa mínima nas áreas de saúde e educação³⁴.

Um dos principais objetivos da Proposta de Emenda à Constituição é a flexibilização das despesas, devolvendo ao parlamento o protagonismo sobre decisões orçamentárias da União, Estados e Municípios tanto dentro do exercício, desvinculando e desobrigando despesas, e ao longo do tempo através de desindexação³⁵.

Por fim, dos pontos que queremos destacar nesse aspecto envolvendo a PEC 188/2019, observa-se que também foram propostas algumas condicionantes e contrapartidas para o uso dos recursos, sendo necessário, se aprovada essa PEC, segui-las para a sustentabilidade do Pacto Federativo. A lógica dessas contrapartidas prevê que os recursos transferidos pela União precisam substituir pleitos de Estados e Municípios por mais recursos, uma vez que esses novos recursos já estão sendo transferidos dentro do novo pacto federativo, ou seja, não há recursos para fazer a transferência mais de uma vez³⁶.

Sendo assim, é possível entender que a ideia do governo com a PEC 188/2019 se mostra interessante no sentido de que se quer que a União, os Estados e os Municípios não gastem mais do que ganham. Para isso também prevê o fim dos habituais “socorros” muitas vezes prestados pela União aos Estados e Municípios. A principal justificativa da PEC 188/2019 é no sentido de que é necessário diminuir o tamanho da máquina pública e tornar os Municípios mais eficientes.

Entretanto, também há algumas incongruências que merecem ser mais debatidas como, por exemplo, no caso da possibilidade de incorporação de municípios com menos de 5.000 habitantes por algum dos municípios limítrofes pois, neste caso, o aumento da população desses municípios que abarcarem os municípios menores não está claro se haverá aumento no repasse do fundo com base nesse aumento populacional.

No que tange à possibilidade de incorporação desses municípios com população inferior aos 5.000 habitantes por municípios limítrofes é importante observar que trata-se de uma questão dúplice, pois mesmo sendo óbvia a redução de gastos com quadros legislativo e executivo próprios, também é importante observar que isso poderá influenciar para uma diminuição de recursos para as populações desses locais, visto que deixariam de ter esse quadro de representação própria.

Além disso, a PEC 188/2019, mesmo tendo muitas questões positivas, deixa uma sensação de que adere à ideia de que os Municípios pequenos nada ou muito pouco produzem e que é culpa desses pequenos municípios, e suas estruturas executivas e legislativas, pelos gastos que essas estruturas representam.

Apesar de no primeiro momento parecer uma ideia simpática no sentido da racionalização da máquina pública e da eliminação de sobreposições estruturais na administração pública, com a natural economia que isso representa, os municípios incorporados que desapareceriam, absorvidos por um maior deixariam suas populações mais distanciadas dos serviços públicos essenciais.

Outra questão que não está sendo levada em conta é a que diz respeito às diferenças demográficas e culturais existentes entre as regiões brasileiras, devendo-se observar tal questão num país tão vasto quanto o Brasil.

Todavia, tendo em vista tratar-se de uma Proposta de Emenda à Constituição, para que seja

³⁴ SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição. PEC 188/2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8035580&ts=1572998481684&disposition=inline>. Acesso em 05 de abril de 2020. p. 18-19.

³⁵ SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição. PEC 188/2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8035580&ts=1572998481684&disposition=inline>. Acesso em 05 de abril de 2020. p. 19.

³⁶ SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição. PEC 188/2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8035580&ts=1572998481684&disposition=inline>. Acesso em 05 de abril de 2020. p. 20.

aprovada nas casas congressuais, conforme preceitua o §2º do artigo 60 da CF, se faz necessária aprovação por três quintos dos votos, em dois turnos, em ambas as casas legislativas. Tudo isso nos leva a crer que dificilmente essa PEC seja aprovada, ao menos no que toca a já referida incorporação visto que os interesses dos próprios congressistas provavelmente não sejam no sentido de maior descentralização de recursos, vez que estes utilizam a distribuição desses recursos via emendas parlamentares como uma forma de atender politicamente as suas bases eleitorais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto neste estudo, o Estado Federal é uma criação política que se contrapõe ao Estado Unitário. O Estado Federal caracteriza-se pela distribuição do poder, pela descentralização das atividades políticas e legislativas entre os entes federados, enquanto que no Estado Unitário o poder político é centralizado.

A CF/88 representou um grande avanço em termos de direitos e garantias fundamentais mas também na ideia de implementação de um federalismo descentralizado, mesmo que na prática isso se mostre diferente, com a concentração na União e pouca autonomia para os Estados e Municípios.

O presente trabalho visou discutir a crise pela qual passa o federalismo brasileiro, no qual não basta a simples descentralização do poder, se fazendo necessária também uma maior descentralização dos recursos. Mas também não basta a simples descentralização financeira, pois é imprescindível que tenha um mínimo de garantia de um bom emprego a esses recursos.

Diante desse contexto atual e fortemente centralizado na União, foi apresentada Proposta de Emenda à Constituição (PEC 188/2019), que traz consigo a ideia principal de reestruturar o Pacto Federativo e dar os incentivos corretos para proporcionar uma boa gestão pública.

Dentre os pontos discutidos, percebe-se que a PEC 188/2019 apresenta algumas propostas que podem e devem ser mais debatidas, visto não cuidar-se apenas da repactuação diante da atual crise fiscal, mas também assegurar que os recursos cumpram sua real finalidade, qual seja, trazer mais benefícios para a população.

Dessa forma, podemos observar que a PEC 188/2019 apresenta aspectos interessantes, em especial no que tange propiciar uma maior autonomia aos municípios, descentralizando os recursos, e possibilitando uma melhor alocação dos mesmos respeitando a autonomia dos entes federados.

Assim, com Estados e Municípios possuindo uma maior possibilidade de gerenciamento de recursos financeiros e orçamentários, e da maior proximidade com a população e do maior controle social que isso significa, é possível esperar um maior controle da aplicação de tais recursos, com maior transparência, com a consequente diminuição dos casos de má-gestão de recursos públicos e mesmo da corrupção.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989774/cfi/6/34!/4/6/2/2@0:0>. Acesso em 05 de abril de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. As Competências Federativas e o Direito Econômico. In: BOLONHA, Carlos. LIZIERO,

Leonam. SEPULVEDA, Antônio (Orgs). **Federalismo**: desafios contemporâneos. Porto Alegre – RS: Editora Fi, 2019. p. 19-34.

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

CORRALO, Giovani da Silva. A crise do federalismo fiscal brasileiro e o poder municipal: a descentralização financeira e o consorciamento intermunicipal como alternativas viáveis. In: BOLONHA, Carlos. LIZIERO, Leonam. SEPULVEDA, Antônio (Orgs). **Federalismo**: desafios contemporâneos. Porto Alegre – RS: Editora Fi, 2019. p. 175-190.

FADEL, Alexandre Pinho. MAUÉS, Antônio Moreira. A repartição de competências legislativas no federalismo brasileiro: uma análise da jurisprudência do STF (2013-2017). In: BOLONHA, Carlos. LIZIERO, Leonam. SEPULVEDA, Antônio (Orgs). **Federalismo**: desafios contemporâneos. Porto Alegre – RS: Editora Fi, 2019. p. 35-52.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983048/cfi/6/32!/4/20/2@0:95.2>. Acesso em 03 de abril de 2020.

LIZIERO, Leonan Baesso da Silva Liziero. **Estado Federal no Brasil**: o federalismo na Constituinte de 1987/1988 e a descentralização pela assimetria. Dissertação (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Prefácio. In: BOLONHA, Carlos. LIZIERO, Leonam. SEPULVEDA, Antônio (Orgs). **Federalismo**: desafios contemporâneos. Porto Alegre – RS: Editora Fi, 2019. p. 9-14.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SENADO FEDERAL. **Pacto Federativo**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/pacto-federativo>. Acesso em 06 de abril de 2020.

SENADO FEDERAL. **PEC do Pacto Federativo descentraliza recursos para estados e municípios**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/11/11/pec-do-pacto-federativo-descentraliza-recursos-para-estados-e-municipios>. Acesso em 06 de abril de 2020.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição. PEC 188/2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8035580&ts=1572998481684&disposition=inline>. Acesso em 05 de abril de 2020.

A EDUCAÇÃO COMO FORMA DE GARANTIR O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS

Carla Della Latta¹

Renata Buziki Caragnatto²

INTRODUÇÃO

A discussão levantada destaca as questões educacionais voltadas a democracia sólida e duradoura, verificando como é possível mantê-la em uma sociedade com tanta desigualdade e disparidade social. O artigo fala da educação antes e após a previsão na constituição de 1988, dando alguns nortes de como ocorreu o seu surgimento e positividade.

A desigualdade na educação é sempre lamentada pelo estado e pela sociedade, o presente estudo busca verificar a importância de uma educação uniforme para as pessoas independente da classe social, voltada ao respeito e tolerância, bem como, busca verificar a importância do estado democrático de direito, e a ligação entre ambos. Porém, diferenças de acesso e de qualidade muitas vezes acabam sendo empecilhos que acabam freando que todos tenham acesso à educação, e tudo isso acaba por prejudicar a instabilidade da democracia.

A problemática apresentada busca saber se seria a educação de qualidade voltada a tolerância e ao respeito a pessoa humana a melhor forma de manter a democracia.

O objetivo geral do presente artigo é apresentar a educação como mecanismo mais importante para a manutenção de uma democracia sólida e duradoura. Aqui é citada uma ideia de que as pessoas quando educadas com qualidade passam a agir com maior criticidade, o que faz com que o sistema democrático consiga ouvir todas as classes sociais.

Ademais, aqui são trazidos como objetivos específicos, a análise da distribuição da educação com o passar dos anos, no sentido de verificar se a mesma está conseguindo alcançar todas as classes sociais, ainda, analisar-se-á os motivos de haver tanta desigualdade social e o quanto isso é capaz de afetar o processo democrático.

A abordagem é apresentada a partir da eleição de quatro tópicos, sendo o primeiro introdutório, o segundo traz o surgimento e positividade da educação na constituição brasileira, o terceiro fala sobre as classes sociais e a democracia fazendo um aparato de como aquela é prejudicada em um cenário com tantas injustiças como o atual. Por fim, o terceiro faz uma ligação entre a educação e a democracia, enxergando naquela a forma mais eficaz de se construir uma sociedade democrática solidificada.

O método adotado é o crítico bibliográfico, uma vez que são analisados autores que falam sobre o tema, e após, são evidenciados conceitos para uma compressão alargada sobre a educação no auxílio a democracia.

Por fim, partiu-se da hipótese de que a educação é o pilar central para a durabilidade de um sistema

¹ Advogada (OAB/RS 112.339). Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. E-mail: carladellalatta@hotmail.com.

² Advogada (OAB/RS 117.649). Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA. Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. E-mail: renatacaragnatto@hotmail.com.

democrático, ressaltando a relevância do estudo para avaliar como a educação destinada ao desenvolvimento humano, consegue ser instrumento para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

1. O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

Os debates sobre direitos humanos foram estimulados recentemente no Brasil, surgiram com força após as barbáries da segunda guerra mundial com os campos de extermínio e o terror das bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki, e principalmente após o terror vivido com o golpe de 1964. Foi na luta pela defesa de direitos civis e políticos após as torturas e mortes que os golpes de estado deixaram que organizações na busca por direitos e respeito a pessoa humana surgiram e ganharam força.³

Nacionalmente, a sociedade organizou-se para buscar o fim da censura, eleições diretas, e nesse meio todo, o tema de direitos humanos passou a fazer parte de lutas constantes. Nesse período surgiu a Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos (REBDH) a qual planejava meios de formação em cidadania e direitos humanos, nessa perspectiva a REBDH definia alguns princípios para educação em direitos humanos, sendo eles, o dever da educação ir além do saber formal da escola, respeitando sempre a multiplicidade do conhecimento, bem como, a educação como uma ação universal e permanente, a educação para formação de uma cultura de direitos humanos e por fim, o ato educativo construído a partir dos saberes de educadores e educandos.⁴

A rede brasileira foi a origem da discussão dos direitos humanos no sistema de ensino. Sua atuação junto aos movimentos sociais auxiliou no desenvolvimento da cidadania entendida como a educação para a democracia e os Direitos Humanos, a qual buscava que as pessoas se tornassem sujeitos mais ativos no processo de conhecimento, que a educação alcançasse a todos sem distinção de grupos sociais, dentre tantas outras coisas.

O direito a educação nasce como tarefa da Constituição de 1988, como fruto de longa história de batalhas e reivindicações. A lei é um ponto de partida, na medida em que os direitos são estabelecidos, o trabalho pela sua concretização assume outra forma, agora luta-se por algo que está legalizado.

Após a constituição de 1988 a educação passou a integrar o conjunto de direitos sociais, os quais são uma das dimensões dos direitos fundamentais do homem, nesse diapasão, o estado deve prestá-la a população pois esta é um serviço público que necessita ser ofertada.

Ainda na constituição de 1988, a educação aparece no título II que trata dos direitos e garantias fundamentais, logo, tem status de direito social-fundamental, nesse sentido, o Estado deve buscar sua máxima efetividade de forma justa e igualitária. Mais especificamente encontra-se no capítulo II, artigo 6º onde é destacado com exatidão no conteúdo relativo aos direitos sociais, o que ocorreu pela primeira vez na história constitucional. Percebe-se a importância que o legislador da época deu a educação, quando fez com que integrasse ao rol dos direitos fundamentais sociais.

No título VIII, capítulo III encontra-se especificada entre os artigos 205 aos 214. Sendo disposta como “direito de todos e dever do Estado e da família” onde o legislador diz que deve ser “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”⁵

³ COLLING, Ana Maria e outros. **Fundamentos para a educação em direitos humanos**. São Leopoldo: Sinodal, 2011, p. 11.

⁴ COLLING, Ana Maria e outros. **Fundamentos para a educação em direitos humanos**. p. 12.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

Pelo status constitucional a que foram integradas, todas as normas que tratam de educação e ensino, devem ser interpretadas no sentido de sua plena e efetiva realização, uma vez que o acesso ao ensino básico foi considerado obrigatório e gratuito, sendo direito público subjetivo, podendo ser exigido inclusive judicialmente quando não fornecido espontaneamente.⁶

Uma vez elevada a nível de direito fundamental do homem, entende-se que a mesma deve ser fornecida para todos, sendo abarcado pelo princípio da universalidade, desse modo, todas as pessoas têm direito a educação e o Estado e a família tem o dever de prestá-la.⁷

Até então, se percebe alguns atributos de extrema importância para o presente estudo, uma vez que o legislador trata da educação como requisito para o desenvolvimento da pessoa e, também como uma forma de preparo para cidadania, o que demonstra que ele vê na educação uma saída para o bem-estar social, e principalmente para a manutenção da democracia, objeto do presente artigo.

A priori é importante destacar que a educação é condição mínima para o desenvolvimento de um indivíduo, somente com a educação o indivíduo pode formar sua capacidade e desenvolver sua personalidade. Negar o ato educacional é ferir o mínimo existencial de uma vida digna ao indivíduo, bem como, ferir seu direito de personalidade, visto ser a educação um direito personalíssimo.

O Estado deve se aparelhar para fornecer os serviços educacionais, oferecendo ensino de acordo com os princípios previstos na Constituição, ampliando possibilidades para que todos possam exercer igualmente esse direito.⁸

Percebe-se a importância do direito à educação e de políticas públicas que a incentivem, até mesmo, pelo fato da constituição determinar tal incentivo, e nos últimos anos a sua importância vem crescendo significativamente com as mudanças globais e tecnológicas ocorrendo de forma rápida, muitas vezes não se consegue alcançar o que se espera dela, e nesse sentido, é dificultado o processo de evolução educacional das pessoas por conta da falta de agilidade por parte dos estados nesse crescimento tecnológico.

A educação como forma de ampliar o conhecimento faz com que os homens usem seu potencial inato, seja ele espiritual, intelectual ou físico. Estando catalogada entre os direitos humanos universais, se fazendo necessária para o completo desenvolvimento da personalidade humana, bem como às liberdades fundamentais, mas acima de tudo, a educação desenvolve o senso crítico das pessoas na defesa dos seus interesses pessoais, fazendo com que as classes menos privilegiadas tenham como buscar a diminuição de injustiças evitáveis, conseqüentemente a educação auxilia na manutenção e solidez do processo democrático.

2. A LIGAÇÃO ENTRE AS CLASSES SOCIAIS E A DEMOCRACIA

Existem autores que criticam a forma em que a democracia é feita, visto que a mesma limita a participação em processos eleitorais, onde ao certo entendem que deveria ocorrer o contrário, todas as pessoas deveriam ter opção de participação. A defesa de uma democracia de alta intensidade cita a necessidade de os cidadãos participarem de todos os processos, sejam eles relacionados a discussão de problemas e a tomada de decisões. De acordo com a pluralidade de classes sociais não existe um único

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª edição, São Paulo: Malheiros. 2011.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**.

modelo de democracia que seja capaz de atender tamanha diversidade.⁹

A democracia representativa, tal como a conhecemos atualmente, encontra-se sequestrada por interesses classistas. O sistema democrático encontra seus limites no desejo da ordem do capital de ampliar ou não os direitos a um número maior de pessoas. O momento atual é de refluxo dos direitos sociais e trabalhistas, já que as pressões por maior flexibilização legislativa encontram eco num cenário de crise do Capital.¹⁰

É fundamental que membros de várias classes e com diversas culturas participem e auxiliem no processo de decisão valorizando os meios em que pertencem, dessa forma haverá a possibilidade de transformação e visibilidade a alguns grupos sociais que muitas vezes são esquecidos. A democracia representativa é importante condição de enfrentamento de interesses individuais.¹¹

A partir disso consegue-se enxergar a importância da educação na efetivação da democratização voltada a visibilidade e a diminuição das desigualdades entre as classes sociais. Os sistemas educacionais são identificados como importantes para a democratização da sociedade, mas embora a educação promova na democratização o desenvolvimento social, dependendo da forma como é oferecida pelo estado ela também é capaz de distribuir as classes sociais. As diferenças econômicas existentes entre a população fazem com que exista essa disparidade social no sistema educacional.

Países onde a educação é privatizada e não ocorre investimento na educação pública ofertada pelo estado, acaba por criar uma coexistência entre a inclusão e a exclusão social através da forma como esta é prestada. Isso ocorre pela falta de incentivo, falta de vontade e muitas vezes pela necessidade que as pessoas têm de trabalhar no período em que deveriam estar na escola.

Tudo isso faz com que as classes inferiores sejam as mais afetadas pela falta de educação de qualidade, o que em muitos casos cria uma revolta contra o próprio sistema. A pobreza libera seu próprio elenco de recursos limitados e práticas opressoras, isso tudo acaba abafando a voz de muitos grupos sociais, o que prejudica muito o estado democrático de direito.

A igualdade educacional segundo Stromquist¹² refere-se essencialmente ao modo como um bem educacional é distribuído entre os membros da população. Nesse sentido, existem quatro dimensões que definem a igualdade educacional, sendo elas: a igualdade de acesso, entendida pelas matrículas, igualdade de obtenção, entendida pela sobrevivência, igualdade de produção, entendida pelo alcance do aprendizado, e por fim, a igualdade de resultados.

Pode-se dizer que o Brasil, após a Constituição de 1988, evoluiu significativamente em muitos desses aspectos, a igualdade de acesso é um deles, pois grande parte da população consegue ter acesso a escola, porém, o problema está abrigado nas demais dimensões. A impossibilidade de permanecer na escola é uma grande barreira para as classes mais baixas, uma vez que na maioria dos casos é muito mais importante que se esteja trabalhando e ajudando a colocar alimento dentro de casa do que na escola, o que torna a sobrevivência nela uma tarefa árdua.

A igualdade de produção é outra barreira que impede as classes inferiores, as quais não possuem uma vida que as possibilite produzir o mesmo que as classes mais altas, faltando alimentação, saneamento

⁹ MARCON, Telmo. Educação e democracia: formação política para a convivência em uma sociedade plural. **Roteiro**, Joaçaba, v. 40, n. 2, p. 377-394, jul./dez. 2015. Disponível em: www.editora.unoesc.edu.br. Acesso em: 10 nov. 2020. p. 384.

¹⁰ LAMAS, Fernando Gaudereto; OLIVEIRA, Ednéia Alves de. Revista: **Artigo Científico**. Democracia e luta de classes na atual ordem sócio metabólica do capital. R. Katál., Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 103-110, jan./abr. 2017. p. 108.

¹¹ MARCON, Telmo. **Educação e democracia**: formação política para a convivência em uma sociedade plural. p. 384

¹² STROMQUIST, Nelly P. A desigualdade como meio de vida: educação e classe social na América Latina. **Revistas Estudos**. Brasília, v. 85, n. 209/210/211, p. 11-28, jan./dez. 2004. Disponível em: https://www2.unifap.br/gpcem/files/2011/09/RBEP-a-desigualdade-como-meio-de-vida_Nelly-P.-Stromquist.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020. p. 13.

básico, saúde de qualidade, lazer, meios tecnológicos que auxiliem na conclusão de tarefas, dentre tantas outras coisas.

Tudo isso acaba por influenciar na igualdade de resultados, os quais são medidos e entregues de acordo com todo esse caminho percorrido anterior a eles, nesse sentido os resultados são entregues de acordo com as possibilidades que cada classe tem ao longo da vida. Tudo isso acaba influenciando significativamente no processo democrático, as pessoas com menos possibilidade de educação acabam por ter suas vozes de certa forma abafadas pelos abismos da desigualdade social.

Ainda, a desigualdade entre as classes sociais na educação, se mostra de forma gritante entre escolas públicas e particulares, uma vez que as classes sociais superiores frequentam escolas particulares, as quais conseguem ter junto dessas, tarefas mais extensas, inclusive pela maior disponibilidade para a elaboração, acesso a internet e a livros de alto padrão, dentro de ambientes como este que a desigualdade escolar nasce.¹³

A carência de educação afeta diretamente o sistema democrático, pois ante a falta de senso crítico as pessoas se tornam meros ouvintes de fácil manipulação, e isso é extremamente perigoso uma vez que qualquer discurso pode levar as pessoas a tomarem decisões importantes para o bem estar social de forma equivocada.

O saber é requisito para a anulação das desigualdades, primeiro passo e requisito essencial para que a democracia seja de fato efetiva. Esta é a forma de dar voz e vez a todos os tipos de classes sociais, desde as mais oprimidas as mais opressoras, por isso a importância de um sistema que visualize todos com amplitude e que ofereça poder de decisão de forma igualitária, e a educação é o meio mais importante para que se alcance uma democracia efetiva.

3. A EDUCAÇÃO COMO GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A educação viabiliza a construção da sociedade, e é por meio dela que os homens se tornam habilitados para viver em sociedade e defender os seus interesses e propósitos. As pessoas nascem incapazes para a vida em sociedade e com o passar dos anos e o conhecimento que vão adquirindo, é que as crianças passam de fato a fazer parte da natureza humana, e tudo isso prova que não é pelo nascimento que as pessoas se tornam humanas, mas pela educação.¹⁴

Após análise feita em 24 países Hadjar e Beck, concluem que a probabilidade de não votar é mais elevada em pessoas com um nível de educação mais baixo, um estudo em 39 países centrado em comportamentos de participação não-convencional (assinar uma petição, participar numa manifestação, dentre outras) revela que a educação é sempre um preditor significativo da participação da população, visto que os índices variam de acordo com o grau de escolaridade.¹⁵

Conforme dados supramencionados, percebe-se a importância que a educação faz na vida das pessoas, a qual pode ser vista como o fio condutor do respeito entre as nações e os diferentes grupos, a qual deve buscar sempre como principal objetivo o desenvolvimento da personalidade humana e o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais.¹⁶

¹³ STROMQUIST, Nelly P. **A desigualdade como meio de vida**: educação e classe social na América Latina. p. 15.

¹⁴ POMPEU, Gina Marcílio; CAMARA, Manuela Brito. Educação e democracia na perspectiva de Martha Nussbaum e a reforma da lei no 9.394/1996. **Revista direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)**. ISSN 2318-5732 – Vol. 5, n.1, 2017. Disponível em: www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index. Acesso em: 10 nov. 2020. p. 157.

¹⁵ RIBEIRO, Ana Bela; MENEZES, Isabel. **Educação e democracia**: potencialidades e riscos da parceria entre escolas e ong. N. 36, p. 68-83 (2015). Disponível em: [Interacções \(rcaap.pt\)](http://Interacções(rcaap.pt)). p. 69.

¹⁶ NUSSBAUM, Martha C. **Sin fines de lucro**: por qué la democracia necessita de las humanidades. Buenos Aires: Katz. 2010. p. 36.

Para Nussbaum¹⁷ para que um país desenvolva uma democracia dedicada a promover uma vida com oportunidades, que busque a felicidade para todos, os cidadãos devem possuir amplitude de reflexão sobre as questões políticas que afetam a nação, tendo possibilidade de analisá-la, argumentar e debater questões relevantes. Ainda, os cidadãos devem ter amplitude para reconhecer os direitos do outro, as distinções raciais, religiosas, de gênero e orientação sexual, contemplando com respeito e pensando sempre no bem comum da nação, entendendo que a própria nação faz parte de uma ordem mundial, entendendo que determinados tipos de questões requerem uma deliberação transnacional inteligente para soluções adequadas.

Todas essas questões servem como ponto de partida das necessidades que os seres humanos necessitam, para que haja uma sociedade democrática, com direitos e deveres dispostos de forma igualitária, e a melhor forma de fazer com que as pessoas entendam o sentido da igualdade é através de uma educação que além de propiciar a alfabetização, seja voltada a humanização das pessoas.

Quando se fala no processo de educação e democracia algumas coisas precisam ser notadas, a primeira delas é que a educação é para as pessoas, a priori, destinada as crianças e adolescentes, nesse diapasão antes de elaborar um plano para o futuro da educação é necessário visualizar que estão nas mãos dos jovens o futuro da democracia, nessas mesmas mãos está a conservação das instituições democráticas baseadas no respeito e proteção da lei, nesse sentido a educação deve ser voltada.¹⁸

A educação deve ser destinada as pessoas com o intuito de manter viva a democracia, para tanto deve ser voltada a disciplinas humanísticas desde cedo, mas principalmente nas universidades, com uma desenvoltura crítica fazendo com que os alunos reflitam e questionem as políticas dos seus estados, sendo cidadãos ativos, que não aceitam as ordens dos governantes sem ao menos questioná-las.¹⁹

A democracia no estado atual encontra-se fragilizada, a sociedade tem vivenciado cada vez mais discursos de ódio vindo de seus representantes políticos buscando a doutrinação, reprimindo muitas formas de pensar que não condigam com as suas, diante disso, nota-se quão importante é a educação voltada ao senso crítico das pessoas, fazendo-as pelos direitos que devem ser garantidos pela constituição.

A partir de todo exposto nota-se que a democracia está intimamente ligada a educação, nesse sentido é importante que haja a participação e a atuação de forma igualitária da população nas decisões do Estado, quando as pessoas tem ciência da importância do exercício da cidadania, é que é dada a democracia a relevância que merece ter, e tudo isso se faz possível através do processo de educação de qualidade, o qual desde cedo deve ser voltada as humanidades e a garantia das instituições democráticas. Ainda, a educação é a forma mais efetiva de contribuição para que manter viva a democracia que se encontra ameaçada pela crescente globalização econômica.²⁰

A educação pode favorecer a democracia e a participação cidadã através do desenvolvimento de projetos de aprendizagem ativa tanto no interior da escola, como na interface com a comunidade, é essencial que os jovens aprendam a democracia através das suas experiências cotidianas que pode incluir desde assembleias de escola, contato direto com decisões políticas e ativistas, a projetos de intervenção comunitária.

É preciso que haja cada vez mais uma cultura de escola participativa um espaço onde se ganhe o gosto pela política, ou seja, é preciso que a democracia seja vista visualizada na teoria e vivenciada na

¹⁷ NUSSBAUM, Martha C. **Sin fines de lucro**: por qué la democracia necessita de las humanidades. p. 48.

¹⁸ NUSSBAUM, Martha C. **Sin fines de lucro**: por qué la democracia necessita de las humanidades. p. 52.

¹⁹ NUSSBAUM, Martha C. **Sin fines de lucro**: por qué la democracia necessita de las humanidades. p. 48.

²⁰ POMPEU, Gina Marcilio; CAMARA, Manuela Brito. **Educação e democracia na perspectiva de Martha Nussbaum e a reforma da lei no 9.394/1996**. p. 158.

prática, crianças e adolescentes deve aprender desde cedo a repudiar injustiças sociais e buscar o máximo possível a diminuição das desigualdades.²¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A educação muito mais que o saber faz com que as pessoas desenvolvam habilidades, sendo uma das principais formas de redução das desigualdades sociais, ainda, a mesma permite que junto dessa diminuição de desigualdades, ocorra o desenvolvimento econômico do país, outrossim uma educação voltada a humanização das pessoas consegue ir muito além de desenvolvimentos e igualdade, ela atinge o convívio harmônico entre as pessoas, tornando a sociedade pacífica, e ensinando as pessoas o respeito as instituições de direito.

A educação de qualidade é o principal instituto que constitui o Estado Democrático de Direito, é importante que se desenvolva desde cedo o senso crítico de crianças e adolescentes, muito além da alfabetização se faz necessário um desenvolvimento crítico que instigue uma análise política e ideológica da sociedade.

A ausência de educação tira a dignidade da pessoa, e quando isso ocorre as pessoas são usadas para alcançar fins que não os privilegia. O indivíduo não educado acaba por não possuir o mesmo senso crítico de pessoas que tiveram uma boa carga educativa. O que faz com que inevitavelmente essas pessoas acatem com maior facilidade o que lhes é imposto.

O maior problema de tudo isso é que a partir do momento em que o estado não disponibiliza educação para as pessoas, estas ficam de certa forma impossibilitadas de utilizar dos recursos que a constituição garante, seja pela ignorância das suas disposições e até mesmo por entender que a sua participação não tem relevância social.

A educação é a forma mais significativa da participação cidadã na sociedade democrática, sendo importante que se desenvolva e aprofunde o senso geral de que a educação pública deve conduzir à liberdade e autonomia política dos indivíduos, colaborando na sua formação enquanto cidadãos, mas além disso, a educação voltada a sociedade democrática é capaz de buscar a diminuição das desigualdades sociais e a implementação de políticas que beneficiem os que tem menores condições de sobrevivência.

A democracia espera uma educação voltada a civilização das pessoas, de forma em que haja respeito pelo outro, e assim, as desigualdades sociais vão sendo reduzidas, manifestado na boa vontade de se consentir que outros partilhem mais igualmente do processo democrático como seres que tenham um adequado grau de criticidade para as decisões. A educação e a democracia andam lado a lado e para que se tenha uma democracia efetiva é extremamente necessário que as pessoas sejam educadas para tanto.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

COLLING, Ana Maria e outros. **Fundamentos para a educação em direitos humanos**. São Leopoldo: Sinodal, 2011.

LAMAS, Fernando Gaudereto; OLIVEIRA, Ednéia Alves de. Revista: **Artigo Científico**. Democracia e luta de classes na atual ordem sócio metabólica do capital. R. Katál., Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 103-110, jan./abr.

²¹ RIBEIRO, Ana Bela; MENEZES, Isabel. **Educação e democracia**: potencialidades e riscos da parceria entre escolas e ong. p. 71.

2017.

MARCON, Telmo. Educação e democracia: formação política para a convivência em uma sociedade plural. **Roteiro**, Joaçaba, v. 40, n. 2, p. 377-394, jul./dez. 2015. Disponível em: www.editora.unoesc.edu.br. Acesso em: 10 nov. 2020.

NUSSBAUM, Martha C. **Sin fines de lucro**: por qué la democracia necessita de las humanidades. Buenos Aires: Katz, 2010.

POMPEU, Gina Marcilio; CAMARA, Manuela Brito. Educação e democracia na perspectiva de Martha Nussbaum e a reforma da lei no 9.394/1996. **Revista direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)**. ISSN 2318-5732 – Vol. 5, n. 1, 2017. Disponível em: www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index. Acesso em: 10 nov. 2020.

RIBEIRO, Ana Bela; MENEZES, Isabel. **Educação e democracia**: potencialidades e riscos da parceria entre escolas e ong. N. 36, p. 68-83 (2015). Disponível em: [Interacções \(rcaap.pt\)](http://Interacções(rcaap.pt)).

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª edição, São Paulo: Malheiros, 2011.

STROMQUIST, Nelly P.A. desigualdade como meio de vida: educação e classe social na América Latina. **Revistas Estudos**. Brasília, v. 85, n. 209/210/211, p. 11-28, jan./dez. 2004. Disponível em: https://www2.unifap.br/gpcem/files/2011/09/RBEP-a-desigualdade-como-meio-de-vida_Nelly-P.-Stromquist.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

O PAPEL DA FORMAÇÃO DOS SUJEITOS PARA A MANUTENÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Mariana de Oliveira Guisso¹

INTRODUÇÃO

A condição de Estado Democrático de Direito se faz presente nas primeiras linhas de nossa Constituição. Enquanto documento de regência de um país, a Constituição traça o norte a ser seguido por todos aqueles que se incluem como seus cidadãos. Giddens fala que a condição de cidadania seria conferida aos sujeitos dentro de uma comunidade nacional ou política e que estes trazem consigo direitos e responsabilidades².

Os sujeitos dentro da construção social do cotidiano podem escutar inúmeras vezes termos os quais se refiram diretamente à condição de cidadania, democracia, direitos, deveres e conseqüentemente as leis que regem um país, porém nos serve de foco de reflexão a profundidade destes conceitos construídos e disseminados no imaginário social.

Devemos nos questionar se existe um entendimento prático destas terminologias no cotidiano e não apenas a transmissão por meio de um senso comum cidadão. Ao explorarmos essas questões esbarramos em outras que nos levam diretamente ao tema deste artigo, pois, percebe-se a fragilidade de conceituação da aplicabilidade prática, não tendo como possibilidade de reflexão a importância das características do Estado Democrático de Direito para a construção da vida social.

Partindo deste pressuposto, podemos nos remeter a alguns pontos específicos que serão abordados no decorrer deste artigo. Em um primeiro momento abordaremos a construção simbólica de democracia no imaginário social, perpassando sua construção histórica no Brasil que acaba por revelar sua fragilidade. Em um segundo momento, abordaremos a construção do entendimento do Estado Democrático de Direito e seus conceitos norteadores. Em por fim, abordaremos o papel da formação humana e seu papel edificante para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

1. O ESCLARECIMENTO SOCIAL DOS TERMOS

O conceito de democracia liga-se diretamente com a noção de tempo e espaço e conseqüentemente com a história do tempo presente. O conceito de democracia remonta etimologicamente ao significado de “Krátos” poder do povo “dêmos”, a terminologia da palavra surge com os gregos e permaneceu tendo este significado por séculos, e até hoje entendemos que a democracia refere-se à condição política na qual o povo se faz soberano.

Apesar deste entendimento geral do conceito de democracia, percebe-se que muitas mudanças aconteceram na forma como o povo pode exercer este poder de soberania ao longo dos séculos. Hoje falamos que os Estados democráticos em suma maioria se apresentam através da condição representativa

¹ Licenciada em Filosofia (2017) e Mestra em Educação (2019) pela Universidade de Passo Fundo. Graduada em Direito UPF. E-mail: mariana.guisso2@gmail.com.

² GIDDENS, Anthony. SUTTON, Phillip. **Conceitos essenciais da sociologia**. São Paulo: Editora UNESP DIGITAL, 2017.

e em poucas exceções faz-se possível à condição de exercício direto de decisão do povo, sendo que cada país ao adotar uma das terminologias as compreende e modifica de formas muito particulares.

Muitas configurações da democracia modificaram-se e na atualidade as nuances democráticas podem ser interpretadas de muitas formas, como aponta Bobbio:

No dia da eleição, ou seja do evento constitutivo da forma de governo representativo, não existe nenhum povo, na condição de ente coletivo: só há muitos indivíduos cujas determinações são contadas uma a uma, para então serem somadas. Uma democracia de eleitores, tal como ocorre na democracia representativa, não recebe sua legitimidade do povo que, como identidade coletiva, não existe fora de uma praça ou assembleia, mas sim da soma de indivíduos a quem se atribui a capacidade eletiva ponto de fato, na base da democracia representativa, ao contrário do que ocorre na democracia direta, não está soberania do povo, mas sim a dos cidadãos³.

Percebe-se assim, como a condição democrática da atualidade depende também do esclarecimento da cidadania, dos direitos e dos deveres, bem como de que ser cidadão é uma atitude prática dentro da sociedade. Nesta construção simbólica, podemos perceber que nos remetemos ao conceito de democracia em nosso cotidiano, na história do tempo presente onde existem teóricos que referem à fragilidade das democracias espalhadas pelo globo e como muitos destes fatores dependem da construção simbólica do conceito prático de democracia presente no imaginário social.

Dallari aponta que existem princípios que norteiam os Estados pelas perspectivas democráticas, seriam eles: a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade, e a igualdade de direitos, e assim, através destes ficariam explícitas a preocupação fundamental com a participação do povo, a expressão de sua vontade⁴.

Bobbio, indo de encontro à posição de Dallari cita que a condição democrática deve ser baseada em circunstâncias que propiciem a convivência entre os diferentes de forma pacífica, com o poder de tomar decisões coletivas. Esta ainda se entrelaçaria a efetivação de valores básicos como a não violência, o direito a vida, o sufrágio universal, negação de qualquer forma de discriminação e o direito à opinião.

A democracia envolveria ainda, fatores históricos, sociais, econômicos e políticos. Dentre os históricos Bobbio aponta para a necessidade de consideração da maior ou menor continuidade da tradição democrática dentro de um Estado. Os sociais dependem da heterogeneidade da composição social entre fatores étnicos e raciais. Os econômicos dizem respeito ao nível de desigualdade social, de onde pode decorrer segundo o autor a marginalização política das massas, o que pode acarretar em discrepância entre os direitos reconhecidos e aqueles que efetivamente são consolidados. Os fatores políticos fazem menção aos percentuais de representatividade e organização política dos grupos sociais para que possam influir na tomada de decisões⁵.

Torna-se complexo analisar a condição democrática de nosso país sob esses pontos norteadores, uma breve reconstrução histórica sobre a condição democrática no Brasil, irá conduzir a reflexão sobre a constituição da identidade democrática no imaginário social de nossos cidadãos. Essa reconstrução será fundamental para compreendermos o papel da educação para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Dentre os fatores históricos para entender o percurso da democracia no Estado brasileiro, se faz necessário discutir o caminho político até a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil.

³ BOBBIO, Norberto. **O Filósofo e a Política – Antologia**. Organização José Fernández Santillán. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 237.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁵ BOBBIO, Norberto. **O Filósofo e a Política – Antologia**.

Retomamos o período da Proclamação da República de 15 de novembro de 1889, que deu início a chamada “Primeira República”, ou “República Velha”, e se estendeu até 1930. Embora as eleições desse período ocorressem a cada 4 anos e tivessem votação popular, o regime de governo dominante foi a oligarquia, quando um grupo, no caso os coronéis, grandes latifundiários produtores de café, dominaram a política brasileira, com fraudes eleitorais, votos abertos, violência e grandes acordos para se manterem no poder, o que faz com que o regime de governo se mantivesse muito distante de uma democracia⁶.

Em 1930, após perder as eleições presidenciais, Getúlio Vargas, apoiado por um grupo de militares, assumiu o poder federal, através de um movimento que ficou conhecido por “Revolução de 1930” por alguns historiadores, e por “Golpe de 1930” por outros. A eleição de Getúlio Vargas ao poder marcou o fim da República Oligárquica. Embora o governo de Getúlio Vargas tenha estabelecido conquistas fundamentais na Constituição de 1934, como os direitos trabalhistas, o direito ao voto feminino, voto secreto, ensino primário obrigatório e gratuito, entre outros, não promoveu a democratização do país, passando de um governo provisório (1930-1934), para um governo constitucional (1934-1937) e por fim para a instauração de uma ditadura em 1937, conhecida como Estado Novo (1937 a 1945)⁷

Durante a ditadura do Estado Novo, o presidente criou órgãos de censura, provocou perseguição a inimigos, em um governo autoritário que persistiu até 1945, quando Vargas foi deposto por militares, e pela primeira vez, o Brasil teve a sua Experiência Democrática, entre os anos de 1945 a 1964. Durante esse período, ocorreram eleições periódicas, com voto secreto, interdependência entre os poderes, e após mais de 400 anos de história política administrativa no Brasil, o Estado brasileiro teve a sua primeira experiência de democracia. O período democrático veio a ser interrompido após 19 anos, com um golpe civil-militar em 1964, promovido pelas Forças Armadas, com o apoio de setores da classe média, da imprensa e da Igreja Católica.

A ditadura militar persistiu por 21 anos no Brasil, com 5 presidentes militares, com ampla violação dos direitos humanos, com sequestros, torturas e mortes, votações indiretas para membros do executivo, desestruturando as instituições democráticas que há pouco tempo haviam sido criadas. A ditadura persistiu até o ano de 1985, com a saída dos militares do poder e a eleição indireta de um civil, Tancredo Neves. Em 1988, o processo de redemocratização consolidou-se com a elaboração e aprovação da nova Constituição, seguido por eleições diretas, restabelecendo a democracia no Estado brasileiro, como possuímos até a atualidade⁸.

Toda essa discussão a respeito da história política do Brasil foi necessária para pensarmos como a democracia brasileira é recente e foi interrompida diversas vezes ao longo do tempo. As consequências dos sucessivos golpes que atacaram o processo democrático e o rito constitucional fragilizaram o aspecto da cidadania entre a população, a qual na maior parte da história brasileira foi governada por representantes que não escolheu, que foram impostos de uma forma autoritária, e que na maioria das vezes governaram da mesma forma.

Pensando no período de organização política e administrativa do Brasil, cerca de 490 anos (1530 a 2020), podemos dizer que em apenas 54 anos o país contou com um processo democrático de fato. É exatamente por essas razões que a defesa das instituições, da interdependência dos poderes, do fortalecimento do processo eleitoral, para fortalecer e consolidar a democracia no Brasil se faz tão importante para o desenvolvimento de um Estado que seja capaz de assegurar condições dignas de vida a todos os seus cidadãos.

⁶ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2004.

⁷ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**.

⁸ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**.

Ao observar a trajetória do Estado brasileiro até a conquista da democracia em 1945, e da redemocratização em 1985, compreendemos que o caminho para o desenvolvimento do país passa necessariamente pela defesa das instituições, do Estado Democrático de Direito e da educação como meio para o alcance desses objetivos, como discutiremos a seguir.

Pela reconstrução fica claro como foi construída a identidade da democracia no nosso imaginário social, mesmo nos momentos de “auge” ela esteve ameaçada por “forças” não democráticas que partem de fontes de poder com capacidade de influência, corrupção, e condicionamento do discurso público. Além do fator da descontinuidade dentro da história caso fossemos investigar encontraríamos as vulnerabilidades as quais Bobbio aponta como fatores importantes para analisar a democracia como citado acima. Mas ao mesmo tempo o autor no prefácio da obra *O Futuro da Democracia*, esperançosamente nos apresenta:

O fim da democracia, no entanto, é apenas uma conjectura, exatamente como a ideia oposta. Não tenho argumentos racionais suficientes fundados para defender a primeira hipótese mais do que na segunda. Porém, se sigo não a minha frágil faculdade de compreender nem a minha ainda mais frágil faculdade de prever, mas a minha forte faculdade desejar e, apesar de tudo de esperar, não tenho qualquer dúvida quanto a resposta⁹.

Compreendemos que a manutenção da democracia submete-se ao entendimento do povo sobre esta, e assim sendo, faz-se necessária a criação de espaços para que a compreensão da condição democrática seja possível de forma ativa através da política, da cidadania, da efetivação dos direitos fundamentais e compreensão politico-jurídica da condição de membro ativo do Estado. É de conhecimento social que a velha noção corrente de um “poder do povo” enquanto poder nas mãos do povo é passível de interpretações, porém a democracia e especificamente o Estado Democrático de Direito sustentam-se pela legitimidade atribuída pelo povo.

3. A COMPREENSÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito deve ser entendido como aquele que visa garantir o respeito às liberdades civis, contemplando, portanto, o respeito aos Direitos Humanos e as garantias fundamentais, através de mecanismos de proteção jurídica. Esta premissa encontra-se presente na Constituição Federal de 1988. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela União Indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se um Estado Democrático de Direito [...]”¹⁰

A condição de cidadania no Estado Democrático de Direito envolve uma complexa categoria de conhecimentos para que de fato saibamos definir e categorizar se as decisões tomadas sob a égide da constituição vão de fato ao encontro dos interesses dos cidadãos.

O Estado Democrático de Direito une duas formas de Estado: O Estado Democrático com o Estado de Direito, mas não apenas isso. Segundo Silva, ele oferece uma perspectiva revolucionária ao modificar o *status quo* ao qualificar o Estado como democrático:

A nossa constituição emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o “democrático” qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também, sobre a ordem jurídica. O Direito, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá de ajustar-se ao interesse coletivo. [...] A democracia que o

⁹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. 14 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 11.

¹⁰ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1988, p. 32.

Estado democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º. II), em que o poder emana do povo, deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício¹¹.

A denominação do Estado Democrático de Direito dentro da interpretação da Constituição Federal de 1988 busca a justiça social, preza pela dignidade da pessoa humana e abre espaço para efetivação dos direitos sociais. Como apontamos no tópico anterior, essas três premissas vão de encontro aos fatores necessários para a manutenção da condição democrática, pois a democracia torna-se frágil quando não existe o reconhecimento e a efetivação da justiça social, da dignidade humana e dos direitos sociais.

Segundo Silva, os princípios que regem o Estado Democrático de Direito são:

- a) Princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre da jurisdição constitucional;
- b) Princípio democrático que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º);
- c) sistema de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais (Títulos 11, VII e VIII);
- d) princípio da justiça social, referido no art. 176, caput, no art. 198, como princípio da ordem econômica e da ordem social;
- e) princípio da igualdade (art. 5º, caput, e inciso I);
- f) princípio da divisão de poderes (art. 2º) e da independência do juiz (art. 100);
- g) princípio da legalidade (art. 5º, 11);
- h) princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI a LXXIII)¹².

A principal tarefa do Estado Democrático de Direito residiria em conseguir superar as desigualdades sociais, conseguir instaurar o regime democrático ocasionando a justiça social. Ao percebermos a complexidade do Estado Democrático de Direito percebemos a importância da Constituição neste processo, para que de fato, possa haver uma regulação do poder e que este se volte aos princípios democráticos para o povo.

Deve ser ressaltado que o princípio democrático é mais amplo do que meramente o sufrágio universal, e a mera participação na escolha dos governantes. A soberania popular que impõe a participação efetiva dos cidadãos no que é público, nas decisões que são tomadas, na construção de espaços de

¹¹ SILVA, José Afonso. **O estado democrático de direito**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 30, dez. 1988, p. 22.

¹² SILVA, José Afonso. **O estado democrático de direito**. p. 24-25.

cidadania efetiva e não simplesmente na constituição das instituições representativas, através de plebiscitos, referendos e iniciativa popular.

A efetivação plena do Estado Democrático de Direito passa necessariamente pelo entendimento de conceitos como a democracia, participação, cidadania, direitos fundamentais, direitos humanos, Constituição Federal e não menos importante do que é realmente um Estado Democrático de Direito.

Um cidadão que não possui a compreensão de seus direitos e deveres, dos conceitos básicos que regem o Estado, certamente não consegue participar da vida política de forma não procedimental. A participação tem sido vista como uma obrigação formal e até porque não dizer incomoda para muitos. Ou seja, a implicação dos fundamentos que regem o Estado Democrático de Direito em toda sua complexidade não atinge as massas, ele fica restrito a grupos que dominam as relações de poder, fragilizando as relações democráticas e consequentemente gerando questionamentos sobre o Estado Democrático de Direito.

Um aspecto de extrema relevância no Estado Democrático de Direito são os Direitos Humanos, e neste ponto pergunta-se quantos cidadãos sabem do que trata este documento em sua integralidade, e já tiveram a oportunidade de compreendê-lo de forma ampla, para além das barreiras impostas no senso comum? Ao discutirmos sobre o esclarecimento dos termos percebemos que ou há de fato a efetivação de todos os princípios que constituem essa complexidade do Estado Democrático de Direito ou dizemos que o mesmo é incompleto.

Podemos considerar neste ponto pelas características apresentadas sobre as condições necessárias a manutenção da democracia, pela reconstrução histórica da democracia no Brasil, e igualmente pela descrição dos princípios do Estado Democrático de Direito que o conhecimento sobre estes fatores implicam na condição de cidadania efetiva. Conforme explicita Paulo Freire *“se a educação sozinha, não transforma a sociedade, sem ela tampouco a sociedade muda.”*¹³ Portanto a democracia e o Estado Democrático de Direito precisam dos cidadãos, desta voz que emana no povo, se não existir um povo que saiba dessa necessidade, dessa finalidade e destas premissas, não haverá voz para os sustentar. As vozes poderão vir a silenciar, como em tantos momentos já vistos ao longo de tempos obscuros para a história da humanidade.

4. A FORMAÇÃO DOS SUJEITOS PARA A MANUTENÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O direito a educação é parte integrante da nossa Constituição Federal, constituindo um Direito Social de todo cidadão e complementado pelo artigo Art. 205 CF: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”¹⁴.

O que seria uma educação que é capaz de preparar para o exercício da cidadania e que visa o desenvolvimento pleno da pessoa? Será que essa educação também não iria de encontro ao problema deste artigo: A manutenção do Estado de Direito não estaria necessariamente ligada a uma formação que preze pela cidadania efetiva e o entendimento de que as relações democráticas precisam manter determinadas características, extrapolando dizeres teóricos e/ou do senso comum, e sendo parte de atitudes práticas?

Nosso entendimento sobre o campo educacional demonstra que para a educação dar conta destas

¹³ FREIRE, P. **Pedagogia da indignação**: cartas pedagógicas e outros escritos. Apresentação de Ana Maria Araújo Freire. Carta-prefácio de Balduino A. Andreola. São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 67.

¹⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1988, p. 135.

tarefas ela deve prezar por uma formação humana, cidadã e democrática. Muitas vezes a educação fica esquecida quando a Ciência Política, o Direito e outras pautas tomam a cena, mas é necessário lembrar que a sociedade é formada por sujeitos. Sujeitos que talvez não dominem os procedimentos técnicos, mas que acabam sendo facilmente convencidos de uma suposta ineficiência das bases democráticas, e da condição de cidadania que ocasiona uma descrença no Estado Democrático de Direito.

Como aponta Nussbaum:

Toda democracia moderna é também uma sociedade a qual as pessoas se diferenciam bastante segundo um número de parâmetros, entre eles religião, etnia, riqueza e classe, incapacidade física, gênero e sexualidade e na qual todos os eleitores fazem escolhas que têm um impacto significativo na vida das pessoas que discordam deles. Um modo de avaliar qualquer sistema educacional é perguntar quão bem ele prepara os jovens para viver em uma organização social e política com essas características. Sem o apoio de cidadãos adequadamente educados, nenhuma democracia consegue se manter estável¹⁵.

A condição democrática por si demanda uma série de requisitos como já citados e que preparam os sujeitos para a vivência de um mundo plural, e diverso. É necessário que a educação seja capaz de promover espaços e projetos que contribuam para a compreensão da condição democrática e como ela afeta nossa noção de cidadania.

Os direitos, deveres e demais implicações fundamentais para a cidadania encontram-se em nossa Constituição, podemos nos questionar: Se este não é um texto que deve ser trabalhado para efetivar a proposição do art. 205 da constituição? Caso nossa resposta for afirmativa, devemos nos perguntar ainda quantas das escolas do país trabalham com este documento? Os estudantes possuem um conhecimento mesmo que básico de seus artigos? Conhecem ou desconhecem o que são direitos fundamentais, direitos sociais, Direitos Humanos?

Bobbio nos diz que a educação para a cidadania é uma promessa não cumprida. Muitas vezes o poder prefere a apatia, pois, a mesma é conveniente, na apatia da participação os sujeitos abrem mão do direito a participação política e sem que percebam acabam por abrir mão das perspectivas democráticas em troca de interesses pessoais¹⁶.

A apatia que é fortemente “incentivada” pela visão negativa na cena social despolitiza os sujeitos e acaba por fragilizar ainda mais a democracia e conseqüentemente o Estado Democrático de Direito.

Segundo Nussbaum:

Em uma democracia, a pessoa adequada para se ter é aquela que está preparada para acompanhar uma argumentação em vez de números, o tipo de pessoa que enfrentaria a pressão para que dissesse algo falso ou precipitado¹⁷.

A descrição de Nussbaum aponta para o lado oposto a apatia, ou seja, a condição democrática depende de uma formação contrária a apatia. A autora cita que gostamos dos princípios que são base da democracia e ganham extrema relevância em nosso Estado Democrático de Direito, mas que na efetividade a educação precisa ser mais incisiva na construção de uma formação verdadeiramente democrática, pois, apenas discursos não são capazes de mudar a realidade social. Segundo a autora, “as democracias possuem uma grande capacidade racional e criadora. Elas também estão sujeitas a alguns erros de análise e, ao

¹⁵ NUSSBAUM, Martha. **Sem fins lucrativos**: Por que a democracia precisa das humanidades. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 10.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo.

¹⁷ NUSSBAUM, Martha. **Sem fins lucrativos**: Por que a democracia precisa das humanidades. p. 51.

provincianismo, à precipitação, à omissão, ao egoísmo e a estreiteza do espírito”¹⁸.

A educação enquanto instituição que potencializa a condição humana deve prezar pela criação de espaços de experiência democrática. Estes espaços devem fomentar o conhecimento prático dos códigos que regem a experiência cidadã, além de oferecer aos estudantes à compreensão dos termos essenciais da perspectiva democrática bem como impulsionar o imaginário para as implicações de se viver em uma sociedade antidemocrática, criando espaço para reflexões sobre o tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos perceber ao longo deste artigo que ao considerar a manutenção do Estado Democrático de Direito não é possível analisar apenas uma das variáveis da realidade. Ele deve ser compreendido como aquele que visa garantir o respeito às liberdades civis, respeitando os Direitos Humanos, e que tem o poder de operacionalizar estes processos através de mecanismos jurídicos.

Um dos conceitos que deve ser considerado como vimos é a construção do conceito de democracia dentro do imaginário social. Em nosso país vimos que ele é marcado pela descontinuidade, pelas constantes ameaças e pela descrença devido à corrupção e deturpação do poder.

Esta análise demonstra que o verdadeiro entendimento de termos como a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade, e a igualdade de direitos, a participação, a cidadania, a responsabilidade com relação a direitos e deveres deve ultrapassar o senso comum, tendo a educação um papel indispensável neste processo.

A educação é um espaço formativo por excelência que deve realizar seu papel de formação cidadã, caso contrário além de violar as premissas constitucionais, acaba por corroborar no enfraquecimento do Estado Democrático de Direito. A educação deve, portanto fomentar a efetivação de valores básicos como a não violência, o direito a vida, o sufrágio universal, negação de qualquer forma de discriminação e o direito à opinião. Além de propiciar o entendimento teórico e prático de documentos que são indispensáveis para que a passividade de lugar a condição de cidadãos ativos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **O Filósofo e a Política – Antologia**. Organização José Fernández Santillán. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 14 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 13.ed. Rio de Janeiro: Elsevier.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁸ NUSSBAUM, Martha. **Sem fins lucrativos**: Por que a democracia precisa das humanidades. p. 143.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREIRE, P. **Pedagogia da indignação**: cartas pedagógicas e outros escritos. Apresentação de Ana Maria Araújo Freire. Carta-prefácio de Balduino A. Andreola. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça**: Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NUSSBAUM, Martha. **Sem fins lucrativos**: Por que a democracia precisa das humanidades. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

SILVA, Enio Moraes. O Estado Democrático de Direito. **Revista de informação legislativa**. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005

SILVA, José Afonso. **O estado democrático de direito**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 30, dez. 1988.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

UMA ANÁLISE DA IMPOSSIBILIDADE DE RECOLHIMENTO E COMPLEMENTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA POR DEPENDENTE “POST MORTEM” DO CONTRIBUINTE SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Marcelo Michel Portella¹

INTRODUÇÃO

Dentre os três pilares da Seguridade Social, sendo eles, previdência, assistência social e saúde; a previdência social é a única dependente de contribuição direta, por parte dos beneficiários. Dessa forma, somente os cidadãos contribuintes gozam dos benefícios e proteção da previdência social. O Estado, como organizador desse sistema, visando atender os princípios relativos à universalidade, à equidade, ao custeio dentre outros; desenvolve políticas públicas. Podendo citar, entre elas, a criação de formas diferenciadas de efetivar os recolhimentos previdenciários. No entanto, em algumas situações surge a necessidade, futura, de complementação para validar os recolhimentos; situações que podem gerar alguns conflitos e transtornos para o contribuinte ou dependente.

Constata-se, que essa situação torna mais gravosa, principalmente no encaminhamento da pensão por morte previdenciária, pois nesse caso é negado a regularização dos recolhimentos pelos dependentes, seja um pagamento em atraso pelo exercício de atividade obrigatória que não houve recolhimento em época própria, ou uma complementação para o recolhimento que não atingiu o mínimo exigido, ou uma complementação para alíquota maior, visto não enquadramento do segurado na alíquota reduzida.

Neste contexto, por ser a pensão por morte previdenciária um dos benefícios mais importantes da previdência social, visto permite ao dependente; muitas vezes em situação de vulnerabilidade social, pela perda do ente familiar que provinha o sustento da família; a garantia de seu sustento, até que por si possa provê-lo; é significativo o estudo quanto as discussões acerca da (im)possibilidade de regularizar ou complementar às contribuições previdenciárias “post mortem” do contribuinte.

A Constituição como norma fundamental, que impera com supremacia, requer interpretação sistemática do todo da constituição sob o postulado da unidade material do ordenamento jurídico brasileiro. Também, quando da prestação jurisdicional, a interpretação do texto legal deve resultar de uma análise social de seus efeitos, garantindo os preceitos constitucionais referentes à valorização do trabalho e existência digna.

1. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

O trabalho de interpretação jurídica representa revelar o sentido e alcance das normas jurídicas nas relações sociais, como refere Humberto Ávila, “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”.² Revelar o sentido é

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (1991); Advogado, Especialista em Direito Previdenciário pela IMED Passo Fundo (2008); Conselheiro da OAB/RS - Subseção de Passo Fundo desde 2013, Professor da Graduação em Direito da Faculdade Anhanguera de Passo Fundo desde 2012, Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo; e-mail 25532@upf.br.

² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22.

descobrir sua finalidade, expor os valores consagrados e protegidos pelo legislador; revelar o alcance é demarcar limites da incidência da norma jurídica sobre os fatos sociais.³

De plano, a interpretação jurídica deve ser realizada no contexto das características históricas, políticas, ideológicas e culturais onde se apresenta a norma jurídica. Esta inserção no contexto obriga a atenção ao texto tido por norma fundamental do ordenamento – a Constituição – que exige uma interpretação sistemática do texto constitucional em confronto com a realidade sócio-político-econômica para atingimento de plena eficácia dos direitos e bens constitucionalmente protegidos.⁴

A hermenêutica constitucional é construída sobre os pilares mestres que sustentam a Constituição: os princípios constitucionais. São os princípios que fazem a distinção entre hermenêutica geral e hermenêutica constitucional.

A supremacia da Constituição Federal decorre do que a doutrina denomina de supremacia formal conseqüente das limitações ao Poder Constituinte Derivado (art. 60 e §§) e no controle de constitucionalidade (art. 102, I, a; III, a, b e c; §§ 1º e 2º; art. 103, § 2º e art. 34, VII)⁵ exigindo, que todas as normas que integram o ordenamento jurídico brasileiro somente serão válidas se estiverem em conformarem com a Constituição Federal. É nesta realidade que verifica-se a tarefa da hermenêutica constitucional.

Os bens e direitos constitucionalmente protegidos podem envolver-se numa relação de conflito ou colisão com outros bens e direitos igualmente protegidos. Para dirimir o conflito, necessária a tarefa do intérprete constitucional.

A norma jurídica possibilita campo para interpretações, havendo distinção conforme o sujeito que se propõe à tarefa. Denomina, Kelsen de interpretação autêntica aquela realizada por um órgão jurídico que vai aplicar o Direito; e interpretação não autêntica a que é realizada pelos indivíduos, pessoas privadas que devem observar o Direito e praticar a conduta que evita a sanção, como também pela ciência jurídica que, necessariamente, para descrever um Direito positivo, tem de interpretar as normas que o compõem.⁶

As teses da hermenêutica filosófica romperam com o positivismo kelseniano restando observada a necessidade de contextualizar o sentido que se extrai da norma fundamental no seio da sociedade em que está inserida. Desenvolve-se a teoria do direito anglo-saxônica, através de Herbert Hart.

A hermenêutica constitucional encontra na obra de Hart a fundamentação de que o direito é instituição sócio-cultural, onde as regras de direito no sistema jurídico devem atender validamente a necessidade de sua aplicação perante a situação concreta que se apresenta, e, verificado pelo juiz a impossibilidade de aplicação da regra na forma proposta, usará do poder discricionário para dirimir os conflitos, criando a decisão fonte para o direito. Concebe-se, hermeneuticamente, que o sistema jurídico possui normas com textura aberta justamente para possibilitar ao aplicador a compreensão do direito como um todo integrado, onde a falta de regramento conduzirá a aplicação analógica de regras e princípios desse mesmo sistema jurídico.

Verifica-se ser necessária a interpretação constitucional inserida na sociedade. Elementos materiais expressam-se em normas (princípios e regras) que compõem um núcleo constitucional protegido da atividade do legislador. E, nessa seara encontra-se o pensamento de Ronald Dworkin, que demonstra que em circunstâncias específicas o julgador ao decidir o direito e a obrigação jurídica utiliza padrões gerais

³ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 257.

⁴ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 149.

⁵ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 47-63.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 388.

(*standards*) que não funcionam como regras, mas como princípios, política e moral.

Para Häberle é tarefa do Estado garantir a prestação dos direitos fundamentais, valendo-se da cooperação para buscar a efetivação dos preceitos constitucionais, na busca de soluções para problemas jurídicos.⁷ A conclusão é de que na interpretação das normas e princípios; bem como, de sua eventual colisão, deve ocorrer a ponderação pelo justo, na busca de viabilizar sua correta aplicação em busca da realização da justiça social, baseada na igualdade e solidariedade coletiva, considerando nas decisões jurídicas a interpretação da norma ponderada pela sua interação social e econômica.⁸

Segundo Carbonell, o neoconstitucionalismo trabalha a integração do texto constitucional com as teorias constitucionais e modelos judiciais, relacionando o constitucionalismo com a democracia e a organização política. Reporta que o ordenamento jurídico posto por uma Constituição acaba por engessar a lei, a doutrina e jurisprudência. Como alternativa, o neoconstitucionalismo busca analisar de forma sistêmica as características do Estado Constitucional de Direito, interpretando as transformações impostas pela constitucionalização do ordenamento jurídico na interpretação do direito.⁹

A hermenêutica constitucional possui objeto de estudo diferenciado da hermenêutica geral. Como já referido, a interpretação constitucional possui peculiaridade própria que decorre da natureza de suas normas, as quais distinguem-se do regramento infraconstitucional. Reporta-se, aqui, à supremacia da Constituição sobre o regramento infraconstitucional que conduz à verificação de validade e conformidade do sentido destas normas àquela, como diz Luís Roberto Barroso “confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento”;¹⁰ e, à natureza das normas constitucionais, que são dotadas de vagueza, de “textura aberta” onde os operadores do direito (Legislativo e Judiciário) concretizam o direito diante das realidades que se apresentam.

A democracia deve atender o sentimento popular de forma pacífica e sem contradições, onde numa sociedade aberta a democracia não se limita somente a uma forma de governo, mas sim a forma de entender a sociedade, e elucidar o futuro coletivo. O reconhecimento de direitos políticos fundamentais deve garantir a livre manifestação, reconhecido a existência de bens comuns e universais, os quais são insubstituíveis, tornando o bem-estar social indispensável para garantir a extensão dos direitos sócias à todos, garantindo uma vida digna.¹¹

A rígida constitucionalização dos direitos fundamentais, ao impor proibições e obrigações às autoridades públicas, também enxertou na democracia uma dimensão substancial relacionada com o que não pode ser ou deve ser decidido por qualquer maioria, acrescida à dimensão política tradicional, conseqüentemente, a relação entre política e direito altera-se. Nas palavras de Ferrajoli, “Não é mais a lei que deve permanecer subordinada à política como seu instrumento, mas a política torna-se um instrumento da ação da lei, sujeita aos vínculos que lhe são impostos pelos princípios constitucionais”.¹²

No Estado Democrático de Direito a interpretação das leis materiais deve resultar no atendimento de necessidades coletivas e na promoção e efetivação dos direitos fundamentais, não só sob a observância do princípio da legalidade, como também de todos os princípios constitucionais. A força normativa dos

⁷ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 48.

⁸FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo: una conversación**. Madri: Editorial Trotta, 2012. p.33

⁹ CARBONELL, Miguel (organizador). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003. p.26.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 107.

¹¹ SUBIRATS, Joan. **Otra sociedade, Outra política? De “no nos representan” a la democracia de lo común**. Barcelona: Icaria Editorial, 2011.p. 19.

¹²FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes. Las crisis de la democracia constitucional**. Madri: Minima Trotta, 2011.

princípios aliada aos direitos e garantias fundamentais, positivados no Estado Democrático de Direito Brasileiro requer o atento exercício da jurisdição constitucional com o objetivo de garantir o atingimento dos direitos fundamentais em prol dos tutelados. Também não se pode negar que a atividade judicante deve atender ao pacto político-social de forma a substancializar a cidadania, a dignidade humana e a redução das desigualdades sociais e econômicas.

2. DO RECOLHIMENTO EM ATRASO E DA COMPLEMENTAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

As contribuições previdenciárias, a princípio, devem ser realizadas em época própria, contudo o contribuinte pode passar por situações que o impeça de realizar o efetivo recolhimento em dia, isto é, em época própria. Em relação a essas eventualidades, a mesma permite que seja realizado recolhimento em atraso, claro que com incidência de juros e ou multa conforme o caso.

A concessão de prestações previdenciárias que estejam vinculadas à comprovação de períodos, que envolva o exercício de atividade obrigatória/remunerada, será exigida do contribuinte individual, a qualquer tempo, o recolhimento das contribuições, correspondentes ao período, independentemente da decadência, de acordo com art. 348 § 1 do Decreto 3.048 de 1999.

Essa arrecadação e o recolhimento das contribuições obedecerão às determinações do art. 216 §§ 7 a 14 do Decreto 3.048 de 1999. Para períodos alcançados pela decadência, que é de cinco anos, aplica-se os dispostos §§7 e 14 do art. 216 do Decreto 3.048 de 1999.

Para apuração e constituição dos créditos não alcançados pela decadência, será utilizado a receita mensal que o contribuinte obteve nas competências que deseja realizar a contribuição, aplicando alíquota de 20%, 11% ou 5% correspondente a qual estava recolhendo. O valor apurado terá incidência de juros e multa, esses acréscimos legais corresponderão à legislação vigente em cada competência a que se referirem art. 239 Decreto 3.048 de 1999.

No caso do segurado facultativo, aquele que não exerce atividade remunerada que o enquadre como obrigatório, conforme o art. 11 § 4 Decreto 3.048 de 1999, sua filiação representa ato volitivo, gerando efeito somente a partir da inscrição e do primeiro recolhimento sem atraso, não podendo retroagir e não permitindo o pagamento de contribuições relativas a competências anteriores à data da inscrição¹³.

Após a inscrição, o segurado facultativo somente poderá recolher contribuições em atraso quando não tiver ocorrido perda da qualidade de segurado, que ocorre seis meses após a cessação das contribuições como dispõe o art. 13, inciso VI do mesmo decreto. Contudo o valor apurado também terá incidência de juros e multa, e esses acréscimos legais corresponderá a legislação vigente em cada competência.

De acordo como o art. 21 da Lei 8.212 de 1991, “a alíquota de contribuição dos segurados contribuinte individual e facultativo será de vinte por cento sobre o respectivo salário-de-contribuição”.

No entanto, observando a determinação do constituinte no art. 201 §§ 12 e 13 da CRFB de 1988, que expõe a necessidade de criação de sistema especial para a inclusão de indivíduos baixa renda na proteção previdenciária.

¹³DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leonardo Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 3ª edição. – Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/undefined/>. Acesso em: 11 dez. 2019. p..444

O legislador com a Lei Complementar 123 de 2006 e com Lei 12.470 de 2011 alterou a Lei 8212 de 1991, permitindo ao indivíduo, que optar pela exclusão do direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a recolher no sistema especial com alíquota reduzida de 11% ou 5%. Essas alíquotas de contribuição incidem sobre o limite mínimo mensal do salário de contribuição, sendo de 11% para contribuinte individual que trabalhe por conta própria, sem relação de trabalho com empresa ou equiparado e para o facultativo; ou de 5% para o microempreendedor individual ou o facultativo de baixa renda.

Todavia, caso esse contribuinte, queira contar o tempo de contribuição recolhida nessas alíquotas reduzidas, para fins de obtenção da aposentadoria por tempo de contribuição ou da contagem recíproca do tempo de contribuição, deverá complementar a contribuição mensal mediante recolhimento, sobre o valor correspondente ao limite mínimo mensal do salário-de-contribuição em vigor na competência a ser complementada, da diferença entre o percentual pago (5% ou 11%) e o de 20% (vinte por cento) acrescido dos juros moratórios, art. 21 § 3 da Lei 8.212 de 1991.

Essa complementação poderá ser exigida a qualquer tempo, sob pena de indeferimento ou cancelamento do benefício, art. 199 A § 3 do Decreto 3.048 de 1999.

Salienta-se que existe outra particularidade que envolve a necessidade de complementação e está relacionado ao contribuinte facultativo na qualidade de baixa renda. Considera-se contribuinte baixa renda, a pessoa que pertença à família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – CadÚnico; que a renda mensal familiar seja de até 2 (dois) salários mínimos, art. 21 § 4 da Lei 8.212 de 1991; que seu exercício seja exclusivo de trabalho doméstico no âmbito de sua própria residência; não possuir renda própria, que envolveria todo e qualquer rendimento (alugueis, pensões alimentícias, pensões previdenciárias etc.)¹⁴. Salvo se a renda for proveniente exclusivamente, de auxílios assistenciais de natureza eventual e temporária e de valores oriundos de programas sociais de transferência de renda (BRASIL, 1991).

Os recolhimentos na alíquota de 5% em relação ao contribuinte de baixa renda, passam por um procedimento de validação. O processo de validação considera vários fatores entre eles, o cadastro no CadÚnico, e atualizações, no mesmo, a cada dois anos no mínimo, renda individual e renda familiar. No entanto, caso os recolhimentos sejam invalidados, o contribuinte tem a opção de realizar a complementação, para alíquota de 11% ou 20%, com acréscimo de juros monetários.

Percebe-se uma preocupação em incluir todos os cidadãos na proteção previdenciária, visando à preservação da dignidade humana em casos de infortúnios, no entanto, sua participação é de caráter contributivo, pois existe a necessidade de garantir a custeio do sistema, que é obrigação do Estado e de toda a sociedade, regido pelo princípio de solidariedade. Verifica-se que o preceito de custeio do regime geral de previdência social é complexo, e além da preocupação com as formas de obtenção de recursos, há também a preocupação em evitar fraudes ao sistema.

Frente ao dependente essa relação jurídica somente se formaliza, quando não houver mais possibilidade de se instalar a relação jurídica com o segurado, exemplos pela morte ou reclusão do segurado. “Não existe hipótese legal de cobertura previdenciária ao dependente e ao segurado, simultaneamente”. Sendo assim, sua inscrição dar-se-á por ocasião do requerimento do benefício a que tiver direito art. 17 da Lei 8213 de 1991¹⁵.

¹⁴ MATTOS, Fernanda Gomes; PEREIRA, Juliana Nunes; MIRANDA, Hozana Patrícia Oliveira. Acesso aos Benefícios Previdenciários para Pessoas Baixa renda Dedicadas ao Trabalho Doméstico Não Remunerado: intuições preliminares. In: VII JORNADA INTERNACIONAL POLÍTICAS PÚBLICAS. 2015, São Luiz. *Anais[...]*São Luiz 2015. Disponível em: <https://docplayer.com.br/17454828-Acesso-aos-beneficios-previdenciarios-para-pessoas-baixa-renda-dedicadas-ao-trabalho-domestico-nao-remunerado-intuicoes-preliminares.html> Acesso: 11 nov. 2019

¹⁵ SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. p.196

Entretanto, não está fincada na noção de risco, mas, sim, na de necessidade social, porque os benefícios não têm natureza de indenização; destina-se à redução das desigualdades sociais e regionais, visando prover os mínimos vitais, sendo um dos instrumentos de preservação da dignidade da pessoa humana¹⁶.

A previdência social desde sempre demonstra preocupação com os dependentes dos trabalhadores, sendo a pensão um dos benefícios mais antigos da seguridade social. Com essa prestação, pensão por morte previdenciária, o risco social a ser coberto é a subsistência dos dependentes do segurado do Regime Geral da Previdência Social; dependentes esses arrolados no art. 16 da Lei 8.213 de 1991¹⁷.

A prestação de pensão por morte está prevista no art. 74 ao 79 da Lei 8.213 de 1991 e regulamentado no art. 105 a 115 do Decreto 3.048 de 1999, sendo devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não.

3. DA (IM)POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DA CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS “POST MORTEM” DO CONTRIBUINTE

A medida provisória nº 871/2019, convertida na Lei nº 13.846/2019, Programa Especial para Análise de Benefícios acrescentou o § 7º ao art. 17 da Lei nº 8.213/91, com o seguinte teor: “Não será admitida a inscrição post mortem de segurado contribuinte individual e de segurado facultativo”. Ainda, o tema representativo da controvérsia nº 26 da TNU dispõe ser descabida a pretensão de regularização ‘post mortem’ do recolhimento das contribuições previdenciárias devidas pelo segurado contribuinte individual exercente de atividade informal, salvo quando devam ser arrecadadas por empresa tomadora de serviços.

Assim, não haveria possibilidade do dependente alterar a condição do instituidor, realizando recolhimento em atraso, mesmo sendo o instituidor um contribuinte individual que exercia atividade obrigatória inscrito na previdência social, mas que na data do óbito já havia transcorrido o período de graça, e não ostentava mais da qualidade de segurado para fins de proteção previdenciária¹⁸.

Em sentido diverso julgados defendem que os dependentes do segurado do contribuinte individual podem, para fins de recebimento da pensão, efetuar o pagamento das contribuições em mora do segurado contribuinte individual ou complementar o recolhimento, desde que demonstrado o exercício de atividade laboral no período anterior ao óbito. Pois, configura-se no cumprimento de obrigação tributária preexistente, a qual não foi satisfeita pelo devedor em razão de seu falecimento, o que eram os precedentes jurisprudenciais (v.g. TRF da 4ª Região, AC 5000354-43.2010.404.7209, 5ª Turma, Rel. Des. Federal Rogério Favreto, de 9.8.2012).

Ainda, o ente Estatal envolvido tem o dever de cobrar, exigir e fiscalizar essas contribuições. De tal modo, o INSS tem o dever-poder de buscar as contribuições, podendo fazer jus as prerrogativas do poder de polícia, sendo que o dependente não é responsável solidário pelo débito do instituidor com RGPS por falta de previsão expressa da legislação, no entanto não há impedimento que a Receita Federal do Brasil efetue a cobrança de quem for responsável pelas contribuições devidas pelos contribuintes falecidos observados os critérios da legislação em vigor.¹⁹

¹⁶ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. p. 36-45

¹⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de & LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. p.868

¹⁸ DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leonardo Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. p. 307-308

¹⁹ MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Parecer/conjur/mps/nº 616/2010, de 23 de dezembro de 2010**, Brasília, DF, dez. 2010. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/491816/RESPOSTA_PEDIDO_parecer%20616-2010.pdf Acesso em: 20 de fev.2019.

É o que dispõe o art. 181 C *caput* e parágrafo único Decreto 3.048 de 1999 que objetiva a cobrança e o pagamento da dívida objeto das contribuições devidas pelos contribuintes falecidos. Na hipótese de ter sido feita a partilha da herança sem a liquidação das contribuições devidas pelo segurado falecido, respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.

Os defensores da impossibilidade do pagamento refletem que o recolhimento deve ser realizado pelo segurado para que depois seja utilizado pelos dependentes, apoiando principalmente no princípio do equilíbrio financeiro e atuarial; da solidariedade e filiação obrigatória. Entretanto, os que defendem a possibilidade alegam que o contribuinte individual tem sua filiação previdenciária desde o primeiro dia de atividade laborativa, independentemente de ter havido contribuição, e que estaria inadimplente, sendo assim, seria devido o pagamento, baseando, sobretudo no princípio da filiação obrigatória, e da classificação constitucional da contribuição previdenciária como tributo.

No entanto, outra problemática que envolve o segurado facultativo e o contribuinte individual em relação a recolhimentos "*post mortem*" do contribuinte, não está no recolhimento em atraso, mas sim na complementação.

Como visto, complementação poderá ser necessária quando o recolhimento não alcançar o valor mínimo, que é o salário mínimo nacional ou quando o contribuinte não preencher os requisitos necessário para validação dos recolhimentos no Plano Baixa Renda.

No entanto, a grande crítica está, conforme Cordeiro²⁰, na situação de invalidação de recolhimentos nos casos da Pensão por Morte, pois com o falecimento do contribuinte seus dependentes não são autorizados a fazerem a complementação dos recolhimentos não validados pelo INSS, do Plano Baixa Renda para o Plano Simplificado ou Plano Completo para fazerem jus a este benefício; sendo uma afronta grande ao direito do contribuinte e seus dependentes, visto que a análise de validação somente ocorre no ato do pedido de alguma prestação previdenciária.

Salienta-se que a criação do regime especial de contribuição, plano baixa renda teve como objetivo a inclusão dos indivíduos baixa renda na proteção previdenciária, no entanto o procedimento de validação dessas contribuições, que deveria ser automática, mas até o momento é realizada de forma manual no momento que o beneficiário solicita uma prestação, dificulta a efetiva inclusão dos indivíduos de baixa renda na proteção previdenciária, principalmente a respeito da prestação de pensão por morte.

Destaca-se que a lei, norteadora dessa questão, não é clara nem precisa; o que leva a necessidade da hermenêutica jurídica; registrando assim, de lado a preocupação em evitar fraudes e garantir o princípio da solidariedade com a obrigatoriedade da contribuição, pois caso contrário aumentaria as fraudes e enfraqueceria esses princípios; do outro lado a preocupação está envolta ao desrespeito ao direito fundamental do indivíduo, ferindo o princípio da compulsoriedade da contribuição e da filiação obrigatória e automática.

O artigo 170 da Constituição Federal refere que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o intuito de assegurar a existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social. Existindo a possibilidade legal do recolhimento de contribuições em atraso; bem como, de complementação dos valores a serem recolhidos para que o segurado tenha acesso aos demais benefícios previdenciários, a vedação da realização dos referidos recolhimentos ou complementação pelos dependentes, garantindo a percepção da pensão por morte, além das demais ponderações apresentadas no presente estudo, afrontam as disposições constitucionais referentes à ordem social, em especial quanto a valorização do trabalho humano e a existência digna.

²⁰ CORDEIRO, Talita Teobaldo Cintra. **Conquistas e limites no acesso das mulheres à previdência social após a constituição federal de 1988**. p. 320

O Estado em sua atuação, para atender as necessidades da população administrativamente se socorre da desconcentração e descentralização, pelo que não se pode negar a existência de um direito administrativo econômico, que nos termos constitucionais lhe impõe a responsabilidade por fomentar o bem-estar social e assegurar a implementação dos direitos sociais para que todos vivam de forma digna.

Assim, a interpretação das disposições legais, em especial a que dispõe que o recolhimento em atraso das contribuições ou complementação somente poderá ser realizado pelo próprio contribuinte deve ser interpretada em conformidade com os preceitos constitucionais, atenta a valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana, em conformidade com os ditames da ordem econômica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação a (im)possibilidade de complementação dos recolhimentos “*post mortem*” do contribuinte individual ou facultativo, pelos dependentes, identificou-se que apesar de serem situações distintas da que envolvem o recolhimento em atraso, por ter parte do recolhimento realizado em época própria, o entendimento administrativo do INSS nas análises dos processos de benefícios, vai ao encontro com os preceitos constitucionais.

A hermenêutica constitucional procede ao estudo sistemático de princípios e regras que norteiam o ordenamento jurídico, pois o Direito não se implementa na norma positiva, mas no seio da sociedade, onde fatores sociais, e políticos requerem adaptação constante do texto à realidade.

A Previdência Social, um dos pilares da Seguridade Social, visa garantir ao segurado e dependente as condições mínimas de sobrevivência, frente a situações de infortúnios, pelo que a negativa de acesso à pensão por morte decorrente da impossibilidade de recolhimento e complementação pelo dependente *post mortem* do contribuinte acarreta um custo social, pois coloca-o ao desabrigo da proteção previdenciária e em situação de vulnerabilidade, comprometendo sua existência digna.

Não trazendo a legislação vigente posicionamento claro sobre o problema proposto, o que leva a necessidade de interpretação em conformidade com a hermenêutica constitucional, considerando ainda os custos da decisão a ser pronunciada analisado sob a ótica dos direitos sociais, conclui-se que o contribuinte individual segurado obrigatório com filiação automática, que em vida estava exercendo atividade remunerada, e sendo as contribuições uma forma de tributos, passíveis de serem exigidas pela Receita Federal do Brasil a quem for responsável pelas contribuições devidas pelo contribuinte falecido, sendo possível que os dependentes realizem a complementação “*post mortem*” comprovando a atividade laborativa remunerada e o recolhimento em alíquota reduzida para implementar acesso a integralidade do benefícios, em especial a pensão por morte.

Do ponto de vista constitucional, a atividade judicante deve atender ao pacto político-social de forma a substancializar a cidadania, a dignidade humana e a redução das desigualdades sociais e econômicas. A força normativa dos princípios aliada aos direitos e garantias fundamentais, positivados no Estado Democrático de Direito Brasileiro requer o atento exercício da jurisdição constitucional com o objetivo de garantir o atingimento dos direitos fundamentais em prol dos tutelados.

Assim, no Estado Democrático de Direito a interpretação das leis materiais deve resultar no atendimento de necessidades coletivas e na promoção e efetivação dos direitos fundamentais, não só sob a observância do princípio da legalidade, como também de todos os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. 2.

tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240, p. 1-42, abr./jun., 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BIANCHI, Janaina Jardim Sacchi. A possibilidade da regularização das contribuições “post mortem” do contribuinte individual para a concessão de pensão por morte. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 151, ago 2016. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17603. Acesso em: 02 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Decreto Lei n.º 5.452, de 1º de Maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **Decreto Lei n.º 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n 5172, de 25 de outubro de 1996**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 02 dez. 2019.

BRASIL. **Lei n 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 23 dez. 2019.

BRASIL. **Lei n 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213compilado.htm. Acesso em: 23 dez. 2019.

BRASIL. **Lei n 12.470, de 31 de agosto de 2011**. Altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda; altera os arts. 16, 72 e 77 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, para incluir o filho ou o irmão que tenha deficiência intelectual ou mental como dependente e determinar o pagamento do salário-maternidade devido à empregada do microempreendedor individual diretamente pela Previdência Social; altera os arts. 20 e 21 e acrescenta o art. 21-A à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência; e acrescenta os §§ 4º e 5º ao art. 968 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para estabelecer trâmite especial e simplificado para o processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12470.htm. Acesso em: 23 dez. 2019.

BRASIL. **Lei n 13.846, de 18 de junho de 2019**. Conversão da Medida Provisória nº 871, de 2019. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade; altera as Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 7.783, de 28 de junho de 1989, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 9.620, de 2 de abril de 1998, 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.796, de 5 de maio de 1999, 10.855, de 1º de abril de 2004, 10.876, de 2 de junho de 2004, 10.887, de 18 de junho de 2004, 11.481, de 31 de maio de 2007, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; e revoga dispositivo da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e a Lei nº 11.720, de 20 de junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13846.htm. Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL.. **Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 23 dez. 2019.

BRASIL. **Instrução Normativa INSS/PRES n. 77**. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/43/2006/123.htm>. Acesso em: 20. nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no agravo em recurso especial: resp 535706. Sp 2014/0150590-6**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJ: 23/10/2018. Jurisprudência/STJ - Acórdãos. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> . Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial: resp 1347337 / rs -2012/0207949-8**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJ: 27/06/2017. Jurisprudência/STJ - Acórdãos. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial: resp 1582774 sp 2016/0032572-1**. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 15/03/2016. Jurisprudência/STJ - Acórdãos. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> . Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 52**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=52&PHPSESSID=216le9k0vomdoo1nd1jr6uuih6> Acesso em: 10 jun. 2019.

CARBONELL, Miguel (organizador). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de & LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 20ª edição. - Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1367p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/undefined/> Acesso em: 23 dez. 2019.

CORDEIRO, Talita Teobaldo Cintra. Conquistas e limites no acesso das mulheres à previdência social após a constituição federal de 1988: análise da proteção social para donas de casa de baixa renda. 2014. 434 f. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade de Brasília (PPGPS/UnB). Brasília, 2014.434p.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leonardo Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 3ª edição. – Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/undefined/>. Acesso em: 11 dez. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo: una conversación**. Madri: Editorial Trotta, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Poderes salvajes. Las crisis de la democracia constitucional. Madri: Minima Trotta, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 5.tir [2003].

MATTOS, Fernanda Gomes; PEREIRA, Juliana Nunes; MIRANDA, Hozana Patrícia Oliveira. Acesso aos Benefícios Previdenciários para Pessoas Baixa renda Dedicadas ao Trabalho Doméstico Não Remunerado: intuições preliminares. In: VII JORNADA INTERNACIONAL POLÍTICAS PÚBLICAS. 2015, São Luiz. **Anais[...]**.São Luiz 2015. Disponível em: <https://docplayer.com.br/17454828-Acesso-aos-beneficios-previdenciarios-para-pessoas-baixa-renda-dedicadas-ao-trabalho-domestico-nao-remunerado-intuicoes-preliminares.html> Acesso: 11nov. 2019.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Parecer/conjur/mps/nº 616/2010, de 23 de dezembro de 2010**, Brasília, DF, dez. 2010. Disponível em:http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/491816/RESPOSTA_PEDIDO_parecer%20616-2010.pdf Acesso em: 20 de fev. 2019.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5.ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. [1ª ed., 1952]

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 7ª edição: São Paulo. Saraiva, 2017. 812 p. Disponível em: http://arquivos.editoraferreira.com.br/amostras/Amostra_Manual_Prev_14ed.pdf Acesso em: 27 nov. 2019.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SUBIRATS, Joan. Otra sociedade, Outra política? De “no nos representan” a la democracia de lo común. Barcelona: Icaria Editorial, 2011.

PROVIMENTO N. 188/2018 DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL: REGULAMENTAÇÃO, INEFICÁCIA E INCONSTITUCIONALIDADE

Bruna Carolina Paludo¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a constitucionalidade do Provimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) n.º 188/2018, que regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

Inicialmente, o artigo divide-se em três etapas; a primeira pondera sobre a fase pré-processual no Brasil, dispondo acerca do inquérito policial (IP); a segunda etapa conceitua a investigação criminal, abarcando um parecer acerca do papel do Ministério Público no referido procedimento, vez que ele é o fiscal da lei e autor da ação penal. Ainda, averigua-se o procedimento pré-processual utilizado pelos Estados Unidos da América (EUA) e Itália, onde há um papel proativo por parte do Advogado na fase preliminar.

Finalizando, se expõe os principais conceitos acerca da Investigação Defensiva, passando para descrição e análise do Provimento do Conselho Federal da OAB n.º 188/2018, conforme disposições constitucionais e legais vigentes no Brasil. Ademais, o procedimento utilizado no artigo foi o método indutivo baseado na pesquisa bibliográfica.

1. FASE PRÉ-PROCESSUAL – INQUÉRITO POLICIAL

No Brasil não há uma denominação exata, prevista em lei, para a atividade prévia ao processo, fato que levou os legisladores e doutrinadores a utilizarem inúmeras terminologias. Segundo Lopes Jr², no nosso país a fase pré-processual denomina-se inquérito policial, atendendo basicamente ao órgão encarregado da atividade.

O inquérito policial é um conjunto de atos realizados com a finalidade de apurar a autoria e materialidade de uma infração penal³. Corresponde ao conjunto de diligências que se destinam a investigar a existência de um crime, definir os seus agentes, localizar e levantar provas. O inquérito, portanto, não convém para apurar culpa, mas sim, a veracidade de um fato que possui aparente tipificação penal.

Nessa senda, ele é marcado pelo sigilo, necessário para a melhor explanação do fato, também exigido pelo interesse da sociedade. Brasileiro⁴ salienta que a importância da preservação desse sigilo se destaca pela previsão de tipos penais pertinentes a sua quebra, citando como exemplo os crimes de violação de sigilo funcional – artigo 325 do Código Penal (CP), e o delito do artigo 10 da Lei nº 9.296/96.

¹ Aluna da graduação do curso de Direito na Universidade de Passo Fundo – UPF - Passo Fundo – Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: brunap31@hotmail.com

² LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 87.

³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 74.

⁴ BRASILEIRO. Renato. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 177.

Todavia, a Lei 13.245/16 alterou significativamente dois incisos do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil no que tange o sigilo absoluto do IP, assegurando aos advogados o direito de examinar, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, podendo copiar peças e tomar apontamentos; e de assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, podendo inclusive, apresentar razões e quesitos.

Dispõe ainda que a inobservância aos direitos estabelecidos, o fornecimento incompleto ou de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa. Entretanto, Hireche⁵ afirma que essa positivação no Estatuto da OAB, por si só, não possui a força para a mudança político-social necessária, sendo *mister* que os atores do processo contemplem essa mudança estrutural e de pensamento.

Ademais, diante do sistema acusatório que adotamos, o Ministério Público possui a função institucional de promover a ação penal pública. Assim, quando há apenas mera investigação de fatos, o indiciado não precisaria se defender, de modo que no Inquérito Policial, de regra, não incide o preceito constitucional do artigo 5º, inciso LV. Dessa forma, leciona Rangel:

O operador do direito percebe que se tratando de um procedimento, e não um processo, administrativo com o escopo de apurar a prática de um fato, não há que se falar em aplicar o princípio do contraditório, pois o indiciado não está sendo acusado de nada, mas sendo objeto de investigação com todos os direitos previstos na Constituição⁶.

No entanto, após a introdução da Lei 13.245/16, a Doutrina se divide quanto ao assunto. As investigações preliminares estão sujeitas ao contraditório diferido e à ampla defesa, ainda que com uma abrangência mais limitada que aquela da fase processual⁷. Isso não apenas por conta das mudanças introduzidas pela nova lei, mas também por uma interpretação não restritiva do artigo 5º, LV e LXIII da CRFB.

Há de se pensar que o exercício do direito de defesa nas investigações preliminares poderia funcionar como empecilho à eficácia das investigações. Contudo, a finalidade delas não é apenas a obtenção de elementos de informação para que o MP ingresse em juízo. Visam também evitar a instauração de um processo penal infundado. Logo, o exercício do direito de defesa na investigação preliminar depõe a favor dessa suposta eficiência, evitando que possíveis inocentes sejam processados criminalmente.

2. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

O termo investigação deriva dos vocabulários latinos *investigatio* e *investigare*, e no sentido gramatical, entende-se como a pesquisa de vestígios e indícios relativos a certos fatos para esclarecer ou descobrir alguma coisa.

⁵ HIRECHE, Gamil Föppel El. **Alteração no Estatuto da OAB e os direitos (já) existentes dos advogados**. Do direito do cidadão a acesso a autos de procedimento investigatório. Migalhas, 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/232577/alteracao-no-estatuto-da-oab-e-os-direitos-ja-existent-dos-advogados-do-direito-do-cidadao-a-acesso-a-autos-de-procedimento-investigatorio>. Acesso em: 30 mai. 2020.

⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 2019, p. 81.

⁷ BRASILEIRO. Renato. **Manual de processo penal**. 2016, p. 181.

A CRFB traz em seu artigo 5º importantes garantias, dentre elas, o inciso XXXV preceituando que “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito”⁸. Assim, é imperativo ao Estado apreciar infrações à lei, tornando-o um ente soberano, titular do poder e direito de punir, respeitando e a garantindo o devido processo legal⁹.

Nessa senda, o *Parquet*, como já explanado, é o titular da ação penal, deste modo, incumbe a ele o ônus da produção probatória. Na opinião de Mendroni¹⁰, a compleição do Ministério Público é um enriquecimento do próprio sistema acusatório visando apagar os traços inquisitivos, com a imparcialidade total da figura do Juiz, e garantir a efetividade da *Persecutio Criminis*.

Muitos doutrinadores apontam a falta de imparcialidade do órgão acusador como sendo a fragilidade da figura do agente ministerial. O artigo 129 da Constituição da República Federativa do Brasil assegura as funções do órgão referido, no entanto, o rol lá expresso não é taxativo. Moraes assevera que:

Importante ressaltar, novamente, que o rol (do art. 129) constitucional é exemplificativo, possibilitando ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade constitucional, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.¹¹

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) a norma constitucional não contemplou a possibilidade de o *parquet* realizar e presidir o IP. Não cabendo, portanto, aos seus membros inquirirem diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime, mas requisitar diligências nesse sentido à autoridade policial¹²

Entretanto, há posicionamentos favoráveis a essa possibilidade, diante de cada caso concreto, como no *Habeas Corpus* (HC) nº 84.548/SP, onde se questionou a validade do aditamento à denúncia com base nos depoimentos de testemunhas e de coacusados colhidos pelo Ministério Público, em especial na ampliação da tipificação do artigo 121, *caput* para o 121, § 2º, I e IV, ambos do Código Penal.

Com o aditamento, as conclusões do Ministério Público divergiram das da Polícia. Em sede liminar, o Relator Marco Aurélio concedeu a ordem para trancar a ação penal, reputando como inválida a investigação realizada pelo Ministério Público. No voto da Ministra Rosa Weber, ela cita inúmeros precedentes que reconhecem a validade de atos de investigação realizados diretamente pelo Ministério Público, como o HC 93.930/RJ, HC 91.661/PE, HC 94.173/BA.

Weber traz também precedentes no sentido da possibilidade de o MP oferecer denúncia com base em elementos de informação colhidos em inquéritos civis públicos, os quais são conduzidos pela própria instituição, como no HC 84.367. Conclui assim, que o Ministério Público pode sim praticar atos de investigação. Dispõe que:

Uma atuação supletiva ou mesmo principal do Ministério Público para apurar certos crimes pode se mostrar necessária, e é basicamente o que se verificou no caso em questão. Reconhecer o poder de

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 de out. 2019.

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume I. 32ª ed. São Paulo: Saraiva 2010, p. 239.

¹⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 68.

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 625.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.326**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102770&pgl=1&pgF=100000>. Acesso em: 12 mai. 2020.

investigação do Ministério Público, ênfase, em nada afeta as atribuições da Polícia Judiciária e não representa nenhuma diminuição do papel relevantíssimo por ela exercido¹³.

Lopes Jr.¹⁴ defende que é uma afronta ao princípio da celeridade processual o MP poder requisitar diligências perante a Autoridade Policial, não podendo esta descumpri-las, mas não poder as realizar ele mesmo. Do mesmo modo, ele tem o condão de requisitar diretamente as provas documentais, periciais, etc., mas lhe é vedado a colheita da prova oral, a qual em termos de sentença, é fundamental. Concluindo que a figura do promotor investigador se faz totalmente possível na medida em que a instrução preliminar se torna uma medida preparatória para o exercício da ação penal.

Rangel¹⁵ defende que se o agente ministerial pode iniciar uma ação penal, ele também poderia realizar as investigações criminais necessárias para facilitar o curso da mesma. Justifica o autor que “quem pode o mais, pode o menos”. Já Mendroni¹⁶ acredita que o trabalho conjunto do MP e da autoridade policial acompanhando os depoimentos das testemunhas, vítimas e acusados possibilitaria uma maior elucidação dos fatos, e evitaria o temor perante a autoridade policial, viabilizando que os depoimentos prestados em Delegacia fossem mais vezes confirmados em Juízo.

Entretanto, há quem defenda que quando o Ministério Público preside a instrução preliminar, a atividade investigatória penderia para a acusação, podendo causar prejuízo para o acusado e sua defesa. Machado¹⁷ explana que “se determinado ordenamento jurídico prevê a investigação criminal pelo órgão acusatório, torna-se imprescindível conferir igual oportunidade ao imputado, sob pena de causar desequilíbrio em um processo penal de partes”. Assim, mesmo que o MP possa apenas requisitar diligências, sendo a Polícia a autoridade responsável exclusivamente pela instrução/investigação preliminar, se faz *mister* que a parte defensiva tenha poderes similares que a parte acusatória.

Nessa senda, entrando no ramo do Direito Comparado, denota-se que nos EUA o procedimento de investigação criminal começa com o recebimento da notícia do crime pela polícia. Caso o acusado seja detido, ele é encaminhado para uma audiência perante o Juiz – *Initial Appearance*, semelhante à Audiência de Custódia, que objetiva certificar que a pessoa detida é aquela cuja foi emitida a ordem de prisão¹⁸.

Silva¹⁹ preceitua que essa primeira audiência é de suma importância para a defesa, pois mesmo as provas sendo originalmente da acusação, é conferido igual direito à defesa, podendo realizar atividade probatória, e também ter acesso ao material do promotor. Do mesmo modo, se a Defesa possuir provas diligenciadas através de agências privadas, deve dar conhecimento a acusação com antecedência.

Outrossim, nesse sistema jurídico o órgão ministerial possui maior discricionariedade para determinar que o processo seja instaurado ou para negociar com a defesa, através de acordo, o qual é realizado entre a acusação e o imputado, onde ele assume a responsabilidade pelo fato criminoso, tendo parte das acusações retiradas ou a pena reduzida.

No tocante à atuação da defesa durante a fase de investigação – *the duty to disclosure*, por ser uma das características mais marcantes do sistema processual norte-americano, guardando relação direta com a

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.548/SP. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>. Acesso em: 12 mai. 2020.

¹⁴ LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 2014, p. 164.

¹⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2019, p. 604.

¹⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. 2013, p. 261.

¹⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009, p. 30.

¹⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. 2013, p. 221.

¹⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. 2019, p. 204.

repartição do ônus e da produção da prova, Silva preceitua que:

Dentro da perspectiva de um sistema adversarial, em que a iniciativa da condição do processo fica a cargo das partes, assumindo o juiz uma postura neutra, o ordenamento jurídico se preocupa com a existência de uma regra de transparência na revelação das provas que as partes dispõem a fim de se alcançar a verdade no processo. Assim a justificativa da introdução da *Discovery* no processo norte-americano se pautava no estímulo das partes à solução consensual do litígio²⁰

O *Discovery* é um procedimento probatório extrajudicial para compartilhamento de informações. Não constitui, de modo geral, um direito assegurado na Constituição norte-americana. “De acordo com as normas processuais de cada Estado que recebem tratamentos jurídicos diversos, as partes fornecerão todas as provas de que dispõe inclusive tomando depoimentos pessoais, sem a interveniência do Poder Judiciário”²¹.

O objetivo da *Discovery* é que se evite a surpresa dentro do processo, sendo dever do defensor postular ao MP para que viabilize todos os elementos que possui, devendo este, lhe entregar dentro de um período adequado para que seja possível analisar tudo, e posteriormente utilizar.

Há entendimento da Suprema Corte que esse compartilhamento de informações não é preclusivo, podendo no momento em que a defesa tiver conhecimento sobre determinado elemento, postula-lo tanto ao MP, quanto à Polícia Judiciária. Além disso, o pedido formulado não pode ser genérico. Ainda, mesmo que o *Discovery* seja um instrumento *Inter partes*, permite-se que o júízo possa negar, restringir ou deferir a realização de atos.

A Regra 16 da *Federal Rules of Criminal Procedure*²² garante que o MP permita a defesa tirar cópias dos documentos e objetos em seu poder, dentro de um limite de tempo razoável. Ademais, a doutrina explana que os depoimentos de testemunhas colhidos pelo órgão acusatório não devem ser partilhados na fase da *Discovery*, justificando que visa proteger a integridade física da testemunha. Entretanto, alguns Estados admitem que a defesa tenha acesso a esses depoimentos, desde que se demonstre uma necessidade específica, e que o seu não acesso acarrete prejuízo ao acusado.

A Regra 16 também estabelece que a defesa deve compartilhar seu material, tendo em vista o objetivo de equilíbrio processual. No entanto, essa provocação inicial deve partir da Defesa, não sendo possível que o MP realize a solicitação sem a defesa ter feito antes.

Dentro do rol de informações passíveis de compartilhamento pela defesa, cita-se livros, papéis, documentos, dados fotográficos, objetos, edifícios ou locais que estejam em poder, ou controle da defesa; o acesso a relatórios de exames ou perícias de avaliações físicas e psíquicas; um resumo das declarações prestadas por testemunha especialista ou indicação da opinião externada e o respectivo embasamento, além de dados a respeito da sua qualificação.

No tocante a investigação defensiva na Itália, tal instituto foi regulamentado por meio da Lei 397 de 7 de dezembro de 2000, que alterou significativamente alguns artigos do *Codice di Procedura Penale*, de setembro de 1988²³.

Um ponto importante de diferenciação no sistema italiano, é que na fase pré-processual, *indagini preliminari*, o Promotor dispõe do controle total da investigação, sendo integrado ao Poder Judiciário, com

²⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. 2019, p. 299.

²¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. 2019, p. 300.

²² **Rule 16** - Discovery and Inspection. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_16. Acesso: 22 mai. 2020.

²³ **Disposizioni in materia di indagini difensive**. Disponível em: <https://www.camera.it/parlam/leggi/00397l.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

as mesmas garantias da magistratura²⁴. Há de se destacar que o contexto jurídico na Itália nunca foi aberto a efetivação da Investigação Defensiva. A própria magistratura desaceitava essa iniciativa investigativa do defensor, por entender que a sua atividade caracterizaria uma invasão no espaço do inquirido, e que um tema de tamanha envergadura causaria um forte impacto na tradição daquele sistema jurídico.

Outrossim, Silva²⁵ ensina que essa investigação pode se realizar de duas formas: de modo antecipado, mediante apresentação dos elementos colhidos pela defesa por ocasião da prolação de uma decisão que dependa da interveniência das partes; ou de modo preventivo, cabendo à defesa formar os autos da investigação e depositá-los em juízo.

As diligências realizadas pela defesa são documentadas no *Fascicolo del Difensore*, regulado pelo artigo 391-octies. O processo é formado e mantido no escritório do juiz, podendo o promotor visualizar e extrair cópias da documentação. Após o encerramento das investigações preliminares, o arquivo do defensor é incluído aos autos do inquirido policial, formando-se um único instrumento.

A doutrina italiana tem entendido que a investigação defensiva deve ser apresentada antes da realização da audiência preliminar, até como uma forma de assegurar o contraditório e o jogo limpo entre as partes. Outro ponto importante dos ditames italianos é o artigo 334-bis do CPP, que preceitua que o defensor está isento do dever legal de informar às autoridades sobre a existência de infração penal da qual tenha tomado conhecimento no curso da investigação.

Ademais, o direito penal material italiano também foi atingido pela investigação defensiva, tornando crime a conduta de prestar declarações falsas ao defensor (artigo 371-ter). Trata-se de crime contra a administração da justiça, cuja pena pode alcançar até quatro anos. Além disso, a doutrina italiana entende que a legislação ao empregar a expressão “identificar elementos de prova a favor do próprio assistido”, representou não ser apenas do acusado, podendo a investigação ser em favor dos demais sujeitos processuais, como a própria vítima²⁶.

No que tange à obtenção de documentos, dispõe o artigo 391-quater do CPP italiano que o defensor pode solicitar diretamente à administração pública, desde que seja relacionado com a investigação. Em havendo recusa ou lentidão na entrega, a defesa pode requerer ao MP que proceda à apreensão do documento (sequestro), nos termos dos artigos 367 e 368, ficando a cargo do órgão exarar parecer negativo ou positivo, e submeter a pretensão ao juízo da investigação preliminar

De maneira geral, o que a doutrina italiana procura concretizar é que se dê o mesmo valor probatório às fontes de prova apresentadas pelo MP e pela defesa, quando acostados nos autos. Elenca Silva²⁷ que talvez o grande mérito da investigação defensiva italiana seja o seu potencial de estimular a lealdade no processo penal, esperando uma figura proativa do profissional em qualquer fase do processo, ao passo que um dos problemas talvez seja o fato de os juízes não conferirem certa credibilidade, por não garantirem que as informações sejam autênticas. “Da experiência italiana se percebe que o problema da investigação defensiva reside, em grande parte, na falta de estímulo dos advogados em conduzir atividade de identificação de fontes de prova”²⁸.

²⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. 2013, p. 238.

²⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 2019, p. 230.

²⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 2019, p. 253.

²⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 2019, p. 269.

²⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 2019, p. 271.

3. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Os princípios do Contraditório, Ampla Defesa e da Igualdade representam os elementos-chave para o embasamento da investigação criminal defensiva. Uma vez reconhecido o poder do Ministério Público de realizar diligências no inquérito policial, bem como praticar atos de investigação posteriormente a conclusão do IP, em igual medida deve ser dado tal poder a Defesa do investigado, ou até mesmo ao Assistente à Acusação, representando a vítima, vez que a investigação policial é acusatória, e em certos aspectos, restringe a participação da defesa.

A inclusão desse procedimento tem como base o artigo 5º, LV da CRFB, e o artigo 8, II, “c” e “f” da Convenção Americana de Direitos Humanos. A defesa deve, assim, usufruir de instrumentos de ação, visto que normas constitucionais garantem o direito ao devido processo legal. Baldan afirma que:

Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na ante judicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente a coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para o pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial²⁹.

A investigação defensiva se caracteriza então, por ser um procedimento proativo de agir na tutela dos interesses do cliente (seja o ofendido ou o investigado), não só na questão da apresentação de argumentos, mas também na procura de provas. A defesa efetua diligências com a finalidade de identificar elementos que possam beneficiar a sua posição na relação processual.

Em 11 de dezembro de 2018, foi publicado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições conferidas pelo artigo 54, V, da Lei 8.906/94, o Provimento n.º 188/2018, que dispõe sobre o exercício da investigação defensiva, dando prerrogativas para o advogado realizar diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Assim, dentro de sete artigos se dispõe acerca do conceito, etapas de desenvolvimento, finalidade, diligências, os direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas, publicidade do resultado da investigação, e sobre as autoridades censurarem ou impedirem tal procedimento. Como se denota, o provimento em questão instituiu uma investigação coexistente a realizada pelas autoridades policiais, elaborando normas processuais que contradizem as já existentes no Código de Processo Penal.

Nessa senda, a Ordem dos Advogados do Brasil não possui legitimidade para criar normas jurídicas com força vinculante para autoridades públicas, como preceitua o artigo 22, inciso I, combinado com o artigo 24, inciso XI, ambos da CRFB. Evidente, assim, a inconstitucionalidade formal do aludido provimento, pelo seu vício de forma, que é oriundo de uma autarquia que não tem autorização constitucional para editar normas processuais ou procedimentais. Ademais, o provimento é bem simplificado, tendo um texto curto de apenas sete artigos, elencando tão-somente atos processuais dos quais a defesa pode se utilizar.

O provimento permite que o advogado requisite documentos e produza provas sem nenhum amparo em norma constitucional ou legal. O poder de requisição das autoridades policiais deriva da CRFB e do CPP. Assim, não é possível que um particular exija que um funcionário público pratique um ato.

Ademais, pouco adianta regulamentar o tema em questão, se a autarquia profissional, com mais de um milhão e duzentos mil advogados inscritos, não fiscaliza e disponibiliza um amparo técnico adequado. O

²⁹ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 64. 253-273 Jan/fev. 2007, p. 269.

provimento aprovado pelo Conselho Federal da OAB não dispôs sobre a responsabilidade da autarquia perante os advogados. Assim, considerando a falta de legislação sobre o tema, este ato administrativo é incapaz de dispor sobre um assunto de tal envergadura.

É natural que então, haja uma devida regulamentação sobre o tema no ordenamento jurídico Brasileiro. Seguindo nas ideias de Baldan, Silva e Bulhões, essa regulamentação inicial deveria prever, em tese, o reconhecimento da atividade, bem como os momentos em que ela pode ser feita, estabelecer limites e comportamentos para a realização de diligências, o grau de publicidade da investigação, os limites da sua utilização, a possibilidade dessa investigação se dar em favor da vítima, e o amparo judicial quando houver empecilhos no seu exercício.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse artigo se propôs, como objetivo geral, a apresentar o campo da investigação defensiva, com seus nortes e vantagens, averiguando a regulamentação, ineficácia e constitucionalidade do Provimento n.º 188/2018 da OAB, que instituiu diretrizes para o fomento da Investigação Defensiva no Brasil. Nessa senda, analisou-se o Inquérito Policial, bem como os atos de investigação realizados nos EUA e Itália.

Outrossim, demonstrou-se que atualmente há uma nítida desigualdade processual entre os polos da balança das partes. Nessa senda, o Provimento n.º 188/2018 tentou dar ao advogado uma espécie de paridade, abarcando a possibilidade de ele capitanear uma investigação, buscar elementos probantes, colher depoimentos, ter acesso a determinadas informações salutaras, etc. A ideia principal é que se possa antecipar algumas cartas defensivas, tentando romper a postura passiva da defesa – a qual, de regra, espera a manifestação da acusação.

Entretanto, essa regulamentação é ineficaz e inconstitucional. Inicialmente peca a OAB em querer positivizar um tema de tamanha envergadura com apenas um provimento de sete artigos. Dentre esses sete artigos, nem sequer regulamentou diretrizes para a atuação da defesa – como delimitação de uma capacitação técnica, não estipulou e limitou modos de agir, e não especificou obrigações éticas do advogado perante a própria Instituição. Assim como o Delegado de Polícia instaura um IP através de portaria, o advogado também precisaria fazer por meio de um documento – com número de inquérito, número de processo, nomes das partes, peticionando diretamente na OAB para submeter aquilo a um protocolo. Ademais, há uma nítida inconstitucionalidade formal, vez que a OAB não possui legitimidade para criar normas jurídicas com força vinculante para autoridades públicas.

À vista disso, é possível concluir que é necessária não apenas a alteração da legislação dentro do próprio Código de Processo Penal, ou subsidiariamente no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Uma vez positivada a investigação defensiva, possivelmente surgirão problemas de eficácia, principalmente no que tange a solicitação de informações de órgãos públicos e privados, ou de cooperação mútua na relação Polícia, Ministério Público e Defesa. É de suma importância que o procedimento seja pautado em cima da legalidade e da ética.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 15, n. 64. 253-273 Jan/fev. 2007.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 de out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.548/SP**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.326**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102770&pgl=1&pgF=100000>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASILEIRO. Renato. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

BULHÕES, Gabriel. **Manual Prático de Investigação Defensiva**. Florianópolis: EMais, 2019.

CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro. **Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial**. Conjur, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>. Acesso em: 30 mai. 2020.

Convenção Americana de Direitos Humanos. **22 de novembro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso: 10 abr. 2020.

isposizioni in materia di indagini difensive. Disponível em: <https://www.camera.it/parlam/leggi/003971.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

FILHO, Mário Leite de Barros. **O contraditório mitigado no inquérito policial**. Jus, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23054/o-contraditorio-mitigado-no-inquerito-policial>. Acesso em: 30 mai. 2020.

HIRECHE, Gamil Föppel El. **Alteração no Estatuto da OAB e os direitos (já) existentes dos advogados**. Do direito do cidadão a acesso a autos de procedimento investigatório. Migalhas, 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/232577/alteracao-no-estatuto-da-oab-e-os-direitos-ja-existent-dos-advogados-do-direito-do-cidadao-a-acesso-a-autos-de-procedimento-investigatorio>. Acesso em: 30 mai. 2020.

Libro V - Indagini preliminari e udienza preliminare. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2013/12/19/investigazioni-difensive>. Acesso em: 26 mai. 2020.

LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: visão crítica. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Rule 16 - Discovery and Inspection. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_16.

Acesso: 22 mai. 2020.

SILVA, César Dario Mariano Da. **Breves considerações sobre as recentes alterações do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.** Carta Forense, 2016. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/breves-consideracoes-sobre-as-recentes-alteracoes-do-estatuto-da-ordem-dos-advogados-do-brasil/16223>. Acesso em: 30 mai. 2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves Silva. **Investigação criminal direta pela defesa.** Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

STELLA, MARINA. **Os reflexos da ampliação das prerrogativas do advogado no inquérito policial com a Lei 13.245/16:** o que pesa sobre o caráter inquisitivo da investigação. Jus, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68449/os-reflexos-da-ampliacao-das-prerrogativas-do-advogado-no-inquerito-policial-com-a-lei-13-245-16-o-que-pesa-sobre-o-carater-inquisitivo-da-investigacao>. Acesso em: 30 mai. 2020

ARTIGOS GT 6 – DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

A CHINA COMO POSSÍVEL IMPÉRIO NA IDADE DA TÉCNICA: ENTRE DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E CONTROLE SOCIAL

Leura Dalla Riva¹

Eduardo Schneider Lersch²

INTRODUÇÃO

A partir da modernidade ocidental, ganhou cada vez mais espaço a chamada racionalidade técnica e científica. O desenvolvimento tecnológico impulsionado por essa racionalidade chegou a um grande marco na metade do século XX quando a humanidade desenvolveu armas capazes de gerar sua extinção em massa. As invenções nucleares, portanto, deram origem a chamada “Idade da técnica”, na qual o homem teria se tornado mero aparato da técnica, como se observa dos eventos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, sobretudo no que diz respeito a Auschwitz e Hiroshima.

Nas últimas décadas, contudo, o mundo tem observado o crescimento exponencial chinês frente a um leve declínio dos países ocidentais que dominaram o cenário internacional desde o início da modernidade. Fala-se, assim que, em termos globais, não existiria mais apenas uma superpotência atualmente. Curiosamente, China e Estados Unidos da América possuem modelos muito distintos de desenvolvimento. Os orientais, contudo, parecem comprovar que as políticas neoliberais não são a única alternativa viável em termos de economia. A China vivencia uma experiência única ao combinar um modelo de Estado diverso do tradicionalmente Estado-nação ocidental com as políticas do Partido Comunista que, dentre os diversos fatores nos quais a China vem crescendo, optou por investir muito no setor tecnológico e de controle social.

Nesse contexto, o objetivo central do presente artigo é refletir acerca do aumento do controle social na China por meio do desenvolvimento tecnológico a partir das obras de Umberto Galimberti, Antonio Negri e Michael Hardt. Nesse sentido, questiona em que medida: a China pode ser considerada um novo Império na Idade da Técnica?

Para responder ao problema proposto adota o trinômio da metodologia: abordagem, procedimento e técnica. Como abordagem foi escolhido método dedutivo, pois partindo das categorias desenvolvidas pelo marco teórico citado, analisa o contexto de controle social chinês neste século XXI. A título de procedimento, trata-se de uma pesquisa bibliográfica. As técnicas, por sua vez, foram resumos e fichamentos. Debate-se inicialmente a idade da técnica para, em seguida, apresentar a noção de estado de exceção e império, bem como a transformação da noção de guerra e de controle social neste século XXI, aprofundando, por fim, a análise sobre o Sistema de Controle Social chinês.

¹ Doutoranda em Direito Comparado e Processos de Integração (UNICAMPANIA, Itália). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em Direito Ambiental e sustentabilidade (FAEL). Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação (CONSTINTER). E-mail: leura-d@hotmail.com

² Pós-graduando em Direito Material e Processual Penal (Uniasselvi). Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação (CONSTINTER). Email: eduardoschneiderl@hotmail.com.

1. A IDADE DA TÉCNICA: A SUPERIORIDADE DOS APARATOS SOBRE A TERRA

Conforme a humanidade foi desenvolvendo seus conhecimentos, adotaram-se procedimentos e regras sociais a fim de organizar a vida em sociedade e a própria produção desse conhecimento. Sobretudo a partir da modernidade, com a consagração do “pensamento racional” e científico, a humanidade passou a enfrentar uma série de novas técnicas e tecnologias que aceleraram ainda mais o processo de crescimento. Trata-se da chamada “Idade da técnica” que será abordada neste capítulo a partir do pensamento de Umberto Galimberti.

Inicialmente, mostra-se relevante apresentar o conceito de técnica. Como bem destaca Umberto Galimberti³, a palavra técnica no sentido empregado pelo autor não pode ser confundida como sinônimo de “máquina” ou tecnologia, mas designa uma racionalidade consistente em alcançar os máximos objetivos com o mínimo dos meios. Para Galimberti, a época a partir da qual passou a reinar essa racionalidade é chamada Idade da Técnica. Trata-se de um momento de transição no qual, segundo o autor, a humanidade teria excluído tudo aquilo que não parte de uma visão calculista ou utilitarista do mundo, de modo que os demais valores se perdem e resta somente o valor da utilidade. Destarte, o ser humano usa instrumentos técnicos, mas não tem condições de possuir suas técnicas, ou seja, “a técnica já superou a capacidade individual de conhecimento”⁴.

A idade da técnica pode ser considerado o destino das sociedades avançadas. Essa racionalidade ou idade da técnica teria surgido, de acordo com Galimberti⁵, no ocidente a partir do nascimento da ciência e da técnica impulsionadas pela cultura judaico-cristã que teria vencido a cultura grega, sendo então a ciência e a técnica manifestações desse domínio. Fala-se que a racionalidade técnica deriva da cultura judaico-cristã porque os gregos viviam em harmonia com a natureza enquanto a bíblia cristã claramente estabelece o homem como ser superior aos demais, imagem de deus. Ademais, “Como o Ocidente é cristão, também os ateus são cristãos, os agnósticos são cristãos, porque o cristianismo não é somente uma religião, é uma cultura”.

Todo o desenvolvimento da humanidade teria sido permeado por essa racionalidade técnica. Frisa-se aqui que a origem da modernidade é classicamente interpretada como ocorrida em um certo “lugar” e “tempo”, comumente definidos como a Europa dos séculos XV a XVII (movimento que coincidiu com o Renascimento, a Reforma luterana e a Revolução científica do século XVII, os quais culminam na Revolução política burguesa inglesa, norte-americana ou francesa). Todavia, para autores como Dussel, essa visão deve ser refutada por apresentar uma construção histórica “iluminada” acerca da origem da modernidade a partir de um ponto de vista fechado, eurocêntrico e autocentrado, ideologizado a partir da centralidade do Norte da Europa desde o século XVIII, lógica que se impõe até os dias atuais⁶.

Na idade da técnica de Galimberti o homem teria passado de sujeito dominador a objeto. Tendo sempre sido pensado como padrão do universo (um padrão branco, europeu e masculino) que baseou a essência do humanismo e da técnica, esta última quando se desenvolveu e difundiu a cultura utilitarista, reduziu o homem a um mero operador, nesse sentido “A técnica é mais feroz que a moral, porque se a eficiência e a produtividade não são respeitadas, se está fora do sistema técnico e, automaticamente, do sistema social”⁷.

³ GALIMBERTI, Umberto. *O Ser Humano na Era da Técnica*. Cadernos IHU Ideias. Ano 13, nº 218, vol. 13, 2015, p. 01.

⁴ GALIMBERTI, Umberto. *O Ser Humano na Era da Técnica*. p. 01-02.

⁵ GALIMBERTI, Umberto. *O Ser Humano na Era da Técnica*. p. 02.

⁶ DUSSEL, Enrique. Meditações anti-cartesianas sobre a origem do anti-discurso filosófico da modernidade. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Org.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 284-285.

⁷ GALIMBERTI, Umberto. *O Ser Humano na Era da Técnica*. p. 03-04.

Além disso, segundo Galimberti, a humanidade não tem uma moral à altura da Idade da Técnica, pois nela não importa o objetivo por que se faz determinada ação, mas apenas as consequências dessas ações. O problema é que as consequências da ciência e da técnica não são previsíveis⁸. A técnica não possui objetivos, não tem como objetivo o bem-estar da humanidade, mas apenas seu próprio desenvolvimento, o que torna o futuro ainda mais imprevisível. Não há hoje um pensamento alternativo à técnica, isto é, eu não seja calculista ou utilitarista. Não há oposição entre homens e máquinas, pois os homens desejam a técnica mesmo que tenham medo dela⁹.

O nazismo é visto por Galimberti como a consumação da Idade da técnica, pois tal experiência totalitária inventou o modelo da técnica, de acordo com o qual “as pessoas não são responsáveis por suas ações, mas devem dar conta da responsabilidade à empresa onde trabalham, aos equipamentos, mas não pelo que se faz”. Assim, a responsabilidade se limita aos superiores, de modo que os indivíduos não são mais responsáveis pelo conteúdo de suas ações, mas apenas pela boa execução de suas ações, de modo que “O bem e o mal se tornam o bem feito e o mal feito”. A técnica, portanto, reduz a responsabilidade humana e o trabalho se tornou uma coisa neutra em relação ao conteúdo¹⁰.

Em que pese o alerta de Galimberti¹¹ para que não se confunda técnica com tecnologia, esta foi a grande propulsora da Idade da Técnica, como já visto, o desenvolvimento tecnológico torna a Segunda Guerra Mundial foi o grande marco da era técnica, não só em razão da criação de armas de aniquilação em massa, mas também pelas questões relacionadas ao próprio humanismo, pois os indivíduos se transformaram em meras ferramentas de biopoder. Destarte, a idade da técnica se caracteriza pelo fato de que o homem foi absorvido pela técnica. O homem passa a ser então mero representante deste aparato técnico. Isso porque, segundo o autor, “o homem se salva na vida privada. [...] porque nos outros momentos ele é um funcionário do aparato”. Está terminando, portanto, a época marcada pela primazia do homem sobre a terra que agora tem que lidar com “a superioridade dos aparatos sobre a terra, da racionalidade elementar, o máximo dos objetivos e uso mínimo dos meios”. Nesse contexto, Galimberti destaca que “Não podem mais nascer homens que salvem ou destruam um país”, concluindo-se, portanto, que o próprio modelo de conflito em os homens se alterou através da técnica.

É nesse sentido que a Idade da Técnica também pode ser relacionada com a banalização do mal, tão bem destacada por Hannah Arendt¹². Ao analisar o julgamento de Nuremberg, a filósofa demonstra como o mal se tornou algo banalizado, um simples cumprimento de ordens superiores, durante a Alemanha nazista, evidenciando que os indivíduos teriam se transformado em meras ferramentas técnicas.

O capítulo seguinte realizará uma breve análise acerca da noção de guerra e de Império de Antônio Negri e Michael Hardt para contextualizar e introduzir a China como possível novo Império na idade da técnica que será abordada no último capítulo.

⁸ A tecnociência opera a partir da seguinte lógica: “deve-se estudar certo aminoácido por 20 anos”; “estude esta proteína por dez anos”. Se perguntássemos qual é o objetivo, o cientista responderia “não sei” [...] se com o resultado desses conhecimentos tivermos uma vantagem para a humanidade, ok, mas este não é o objetivo e sim o resultado final de uma série de procedimentos.

⁹ GALIMBERTI, Umberto. **O Ser Humano na Era da Técnica**. p.04.

¹⁰ GALIMBERTI, Umberto. **O Ser Humano na Era da Técnica**. p.04-06.

¹¹ GALIMBERTI, Umberto. **O Ser Humano na Era da Técnica**. p. 14.

¹² ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

2. A NOÇÃO DE IMPÉRIO A PARTIR DE HARDT E NEGRI: UM OLHAR A SOBRE O CONTEXTO NORTE-AMERICANO

Para compreender a noção de “império” apresentada por Michael Hardt e Antônio Negri, mostra-se necessário entender o que torna um país uma potência internacional. Por isso, a seguir serão abordadas questões como a excepcionalidade americana em termos de política internacional e como essa se impõe de maneira hegemônica aos demais Estados, sendo poucos os que possuem poder militar e econômico semelhante. A partir desse contexto, será possível pensar acerca do enquadramento da China como um possível novo Império. Para analisarem o estado permanente de guerra que caracteriza o contexto norte-americano, Negri e Hardt partem de duas questões: a noção de estado de exceção e a excepcionalidade norte-americana.

Quanto ao primeiro aspecto, os autores destacam que a guerra era um limitado estado de exceção. O pensamento moderno é marcado assim pela tentativa de separação da guerra e da política. Contudo, a guerra constitui um dos instrumentos disponíveis pelo Estado em âmbito de política internacional, sendo tradicionalmente exterior aos conflitos internos de determinado Estado. Essa tentativa de isolamento da guerra em territórios nacionais se torna cada vez mais inviável em razão das guerras civis globais, tendo em vista que “a soberania do Estado nação está em declínio”¹³. Além disso, a partir dos atentados de 11 de setembro, ocorridos nos Estados Unidos da América (EUA), inaugurou-se uma nova era da guerra, de modo que esta, com aparência religiosa, transformou-se num fenômeno e condição geral, pois a violência está pronta para ser usada em qualquer lugar. Trata-se do estado generalizado de guerra global.

A guerra tradicionalmente foi vista como um conflito entre entidades políticas soberanas, ou seja, a Estados, ao menos na era moderna. Neste século XXI, todavia, como destacam Negri e Hardt, a guerra se tornou algo global, geral e interminável. As guerras civis, por sua vez, tradicionalmente conflitos entre entidades soberanas e não-soberanas dentro de um mesmo território soberano, passam a englobar o ambiente global, como no caso dos atuais conflitos no Oriente Médio. Esses conflitos existem hoje em um sistema imperial global, segundo Hardt e Negri, condicionando-o e sendo por ele condicionado, de modo que o direito internacional tradicional não se mostra mais eficaz ao remediar esse tipo de conflito. A guerra se tornou a regra “com a suspensão do império internacional do direito e sem uma distinção clara entre a manutenção da paz e os atos de guerra”, de modo que “o estado de exceção se tornou permanente e generalizado; a exceção transformou-se na regra, permeando tanto as relações internacionais quanto o espaço interno”¹⁴.

O segundo aspecto importante para entender o atual estado generalizado de guerra diz respeito à excepcionalidade americana, característica deveras ambígua, pois ao mesmo tempo em que designa que os EUA, desde sua origem, seriam um paradigma da virtude republicana no mundo, também representa a exceção norte-americana diante da lei, tendo em vista que citado Estado se exime cada vez mais de acordos internacionais, sobretudo no que se refere ao meio ambiente e direitos humanos. Essa excepcionalidade americana diz respeito ao fato de serem uma grande potência mundial capaz de impor aos demais Estados dois pesos e duas medidas, pois seu poderia excepcional faz com que domine a ordem global. A conexão do conceito de estado de exceção com esse excepcionalismo norte-americano explica, para Negri e Hardt¹⁵ as alterações sofridas recentemente no conceito tradicional de guerra.

Em síntese, a guerra se transforma na matriz geral de todas as relações de poder e dominação, haja

¹³ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 26

¹⁴ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. p. 21.

¹⁵ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. p. 28-29.

ou não derramamento de sangue. Trata-se, portanto, de um regime de biopoder, “uma forma de governo destinada não apenas a controlar a população, mas produzir e a reproduzir todos os aspectos da vida social”. Assim, “a vida cotidiana e o funcionamento normal do poder passaram a ser permeados pela ameaça da violência da guerra”¹⁶.

O discurso metafórico da guerra, alertam Hardt e Negri¹⁷ é utilizado como estratégia para mobilizar as forças sociais em torno de um objetivo ou inimigo (geralmente abstrato) comum, como ocorreu nos EUA com a guerra contra as drogas e com a guerra contra o terrorismo após 11/01/2001. Surgem daí as guerras reais contra inimigos indefinidos, tornando seus limites também indeterminados, em termos espaciais e temporais, sendo contínuo e ininterrupto o uso do poder e da violência a fim de atingir o “objetivo comum”. Como esse tipo de guerra não tem fim, torna-se diária, de modo que a própria atividade policial passa a ser identificada com a guerra, de modo que as relações internacionais e a política interna se tornam cada vez mais parecidas.

Essa fusão entre a guerra e a atividade policial representa, ainda para os citados autores, um verdadeiro obstáculo para todas as forças de transformação social. Por outro lado, sendo o inimigo abstrato e indeterminado, a formação de alianças também se torna ilimitada, de modo que toda a humanidade pode se unir em contra um conceito abstrato comum, como no caso da “guerra contra o terrorismo”¹⁸.

Aliás, o conceito de terrorismo é recente, tendo se transformado num conceito político que remete a três fenômenos: a) “A revolta ou rebelião contra um governo legítimo”; b) “o exercício da violência política por parte de um governo, violando direitos humanos”; e c) “a prática da guerra em violação das regras de combate, inclusive com ataques a civis”. O problema, contudo, é que essas definições variam de acordo com aquele que as estejam definindo, pois, “dependendo de quem defina esses elementos, naturalmente, até mesmo os Estados Unidos poderiam ser considerados um Estado terrorista”¹⁹.

Essa guerra permanente é, portanto, uma forma biopolítica de produção social que estrutura o mundo contemporâneo. A guerra não é mais apenas um elemento da vida social, mas ela domina a vida, sendo este um regime de biopoder²⁰. Destacam-se aqui os episódios ocorridos no final da Segunda Guerra Mundial quando os EUA, em que pese estarem em clara vantagem no final do conflito, lançaram duas bombas atômicas sobre cidades japonesas (Hiroshima e Nagasaki). O fato, contudo, parece ser historicamente menos criticado do que o comportamento dos alemães e japoneses, confirmando que conceitos abstratos como “terrorismo” mudam de significado a depender de quem é o sujeito e de quem é o objeto.

Importante ressaltar ainda que o poder biopolítico das armas nucleares, assim como da tortura, não pode eliminar a vida, pois o poder soberano se sustenta da vida dos indivíduos, sua capacidade de produção e consumo. Assim, devem ser mantidas e utilizadas como ameaça ou em casos excepcionais. Observa-se assim o caráter construtivo do biopoder, pois “a guerra global não só deve trazer a morte como também produzir e regular a vida”²¹. Um exemplo desse caráter ativo da guerra é a transformação da política de “defesa” para “segurança” promovida pelos EUA a partir de 2001, fato que significou uma séria de atividades “preventivas” no sentido de impedir novos ataques terroristas. Esse conceito de segurança é,

¹⁶ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. p. 34.

¹⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. p. 31.

¹⁸ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. p. 39.

¹⁹ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. p. 38.

²⁰ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. p. 39.

²¹ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. p. 42.

portanto, uma forma de biopoder, pois exige o constante controle do ambiente por meio de ações militares e/ou policiais. Aliás, “a atual tendência para justificar ataques e guerras preventivos em nome da segurança solapa abertamente a soberania nacional, tornando cada vez mais irrelevantes as fronteiras nacionais”. Destarte, “a guerra imperial tem a função de moldar o ambiente político global, tornando-se assim uma forma de biopoder no sentido positivo e produtivo”²².

Os autores falam em “império”, portanto, no sentido de que a excepcionalidade americana é imposta em termos de política internacional de maneira hegemônica aos demais Estados, sendo poucos os que possuem poder militar e econômico semelhante. Ademais, em que pese Hardt e Negri terem fundamentado o atual estado de guerra global na excepcionalidade norte-americana, neste início de século XXI, os EUA passaram a lidar com uma nova concorrência em termos de “império”, notadamente pelo crescimento exponencial da China. Assim, se o conceito de guerra sofreu modificação com o desenvolvimento das armas de aniquilação em massa a ponto de criar um estado permanente de guerra, o desenvolvimento tecnológico chinês pode revelar uma nova mudança nesse conceito, como se discutirá a seguir.

3. CHINA E CONTROLE SOCIAL: UM POSSÍVEL NOVO IMPÉRIO?

Conforme já abordado anteriormente, a técnica é diferente de tecnologia, pois se caracteriza em um tipo de racionalidade. Todavia, foi o desenvolvimento tecnológico um dos principais fatores que levou à idade da técnica que tem como um de seus grandes marcos a Segunda Guerra Mundial e o desenvolvimento de armas de destruição em massa. Isso porque com a invenção de armas nucleares, primeiramente pelo governo norte-americano, a racionalidade técnica parece ter dominado completamente o ser humano, de modo que não importa para que motivo se desenvolve determinada tecnologia, pois importa apenas que ela seja desenvolvida.

A partir desses eventos, observou-se que os EUA foram se tornando um grande “império” global capaz de impor suas vontades aos demais Estados, sobretudo em razão de seu excepcional poderio econômico e militar. Nesse contexto, utilizando-se de estratégias biopolíticas e de sua excepcionalidade, as políticas norte-americanas levaram a transformação da própria noção de defesa em segurança e a comunicação dos âmbitos militar e policial, interno e externo.

Contudo, não obstante o movimento já observado, neste século XXI a noção de guerra passa novamente por mudanças. Além da existência de armas de destruição em massa, a humanidade se depara com as chamadas cyber guerras e novas formas de controle social baseadas em tecnologias cada vez mais avançadas, como é o caso da China. Os EUA, portanto, passam a encarar um novo concorrente em termos de potência mundial.

As novas formas de controle social por meio de tecnologia de ponta, a China aparece como grande destaque mundial, não apenas por seu alto desenvolvimento tecnológico, mas sobretudo pela forma como vem utilizando tal aparato. As novas modalidades de controle podem ser verificadas notadamente pelo sistema digitalizado de Crédito Social desenvolvido pelo governo chinês em parceria com empresas privadas, implementado e testado em várias modalidades para recompensar e punir o comportamento social dos cidadãos chineses, de modo que “aqueles que não conseguem uma pontuação satisfatória podem sofrer restrições em todas as áreas da vida”²³.

²² HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. p. 43-48.

²³ POHLMANN, Markus. George Orwell na China: digitalização como meio de controle social total. **Jota**, 07 out. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/george-orwell-na-china-digitalizacao-como-meio-de-controle-social-total-07102019. Acesso em 19 jan. 2020.

De acordo com os planos do Conselho de Estado Chinês publicados em 2014 o sistema de crédito social deve funcionar de modo a todos os ministérios e governos locais desenvolverem mecanismos de avaliação para promover “honestidade nos assuntos governamentais, integridade comercial, integridade social e credibilidade judicial”²⁴. O governo Chinês pretende implementar de forma completa o sistema proposto pelo então presidente Xi Jinping até 2020 e deve funcionar como “uma espécie de ranking de confiança do governo no cidadão. O comportamento de cada um dos quase 1,4 bilhão de chineses será monitorado e pontuado”²⁵.

O sistema implementado pela cidade de Rongcheng, na província de Shandong, foi reconhecido pelo governo central e, a partir de 2014, classificou seus cidadãos em cinco níveis: A+, A, B, C e D, de modo que: “Os cidadãos com mais de 1000 pontos pertencem ao nível A+. Os cidadãos com pontuação somente entre 600-849 são classificados como C. Se você tiver 599 pontos ou menos, você termina no nível D”. Os cidadãos de níveis mais elevados (A+ e A) possuem muito mais liberdades e possibilidades que os de nível inferior (C e D) que podem ter graves e numerosas restrições durante um período de dois e cinco anos. Além disso as restrições podem afetar a obtenção de empregos, empréstimos, aluguéis e compras²⁶. Nesse sentido:

Cidadãos que levarem multas de trânsito, desrespeitarem ordens judiciais, fumarem em locais proibidos, acumularem dívidas, recusarem ingressar no serviço militar obrigatório ou postarem notícias falsas online, entre tantos outros critérios, podem ter seus créditos reduzidos. [...] As punições para aqueles que acumularem uma pontuação baixa vão de restrições na compra de passagens de avião e trem ao bloqueio de acesso a linhas de crédito. Alguns também podem ser impedidos de matricular seus filhos em escolas melhores e de concorrer a postos de trabalho em órgãos públicos ou em determinadas companhias²⁷.

Os empresários, por exemplo, que não tiverem pontuação adequada, podem ter seus contratos rescindidos ou futuras contratações restringidas [...] De acordo com o Supremo Tribunal da China, 8,42 milhões de devedores foram proibidos de utilizar aeronaves até ao final de setembro de 2017 [...] Ao mesmo tempo, a partir de julho de 2019, também serão atribuídos ou deduzidos pontos de crédito social para a separação de lixo em Xangai²⁸.

O controle social digitalizado na China também engloba, por óbvio, a atividade policial. A partir de 2017 foram instaladas webcams de reconhecimento facial de pedestres em diversos centros urbanos, monitorando, por exemplo, os pedestres que atravessam o semáforo vermelho. Em caso de infração, os identificados têm sua imagem publicada imediatamente em telões na rua²⁹. A atividade judicial também está incorporando as novas tecnologias. Desde janeiro de 2019 o Supremo Tribunal da Província de Hebei

²⁴ POHLMANN, Markus. **George Orwell na China**: digitalização como meio de controle social total.

²⁵ BRAUN, Julia. Na China, atos dos cidadãos valerão pontos e limitarão seus projetos. **Veja**. 15 nov. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/na-china-atos-dos-cidadaos-valerao-pontos-e-limitarao-seus-projetos/> Acesso em 07 dez. 2020.

²⁶ Há sistemas implementados, todavia, como o da cidade de Xuzhou, que tem sido fortemente criticada pela mídia chinesa e não foram reconhecidos pelo governo central. O sistema funciona da seguinte maneira: “[...] se o cidadão não toma conta de seus pais, que estão em uma situação que requer cuidado, ele recebe uma dedução de 50 pontos. Aqueles que participam de protestos também tem 50 pontos deduzidos. Quem acusar injustamente alguém na Internet ou por SMS perderá 100 pontos – uma espécie de carta branca para os funcionários que decidem sobre a pontuação. Se o cidadão ajudar uma senhora idosa a atravessar a rua, ele recebe 10 pontos. Se ele receber um louvor ou honra estatal, tem 100 pontos creditados”. POHLMANN, Markus. **George Orwell na China**: digitalização como meio de controle social total.

²⁷ BRAUN, Julia. **Na China, atos dos cidadãos valerão pontos e limitarão seus projetos**.

²⁸ POHLMANN, Markus. **George Orwell na China**: digitalização como meio de controle social total.

²⁹ HOW China tracks everyone. 2019. 1 vídeo (12:55 min). Youtube. Publicado pelo canal: **VICE on HBO**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CLo3e1Pak-Y>. Acesso em 19 jan. 2020.

oferece um aplicativo de julgamento no Wechat para localizar “pessoas desonestas” (Laolai³⁰). Até maio de 2019, cerca de 14 milhões de pessoas haviam sido listadas como “pessoas desonestas”³¹.

Todo esse desenvolvimento tecnológico tem tornado a China, historicamente conhecida por sua fabricação de imitações de produtos ocidentais, uma nova potência mundial capaz de permanecer em conflito comercial com os EUA. Tendo suportado por mais de dois anos a guerra tarifária contra os norte-americanos, a China parece ter demonstrado a solidez de seu crescimento. Ainda que o crescimento em ambos os países tenha diminuído, mostra-se evidente que os EUA têm sofrido ao enfrentar a concorrência chinesa. Em termos de tecnologia, por exemplo, “Washington colocou a empresa chinesa de telecomunicações Huawei e dezenas de outras empresas chinesas em uma ‘lista de restrições’, impedindo as empresas americanas de fazer negócios com elas”. No mesmo sentido, “Pequim criou uma lista semelhante em retaliação”³².

Aliás, os EUA não acreditavam que o crescimento chinês pudesse ocorrer tão rapidamente. Em discurso proferido por Barack Obama a ideia de declínio americano é completamente afastada pelo então presidente norte-americano. Donald Trump, por sua vez, reconhecendo o declínio americano tenta desesperadamente frear o crescimento chinês através da citada guerra tarifária, sobretudo no que diz respeito ao desenvolvimento do setor tecnológico³³.

Para Martin Jacques, contudo, o crescimento chinês não pode ser analisado a partir de conceitos ocidentais como de “potência mundial”. A China hoje é, para o autor, não buscou se adaptar ao sistema internacional projetado essencialmente pelos Estados Unidos desde 1945, mas “passou a se tornar proativa em relação à natureza e ao formato da ordem internacional” sendo hoje um “líder em tecnologia, de economia forte e ainda capaz de ditar regras no cenário geopolítico”. Além disso:

A China é bem diferente do Ocidente, portanto será um tipo de potência bem diferente, por exemplo, dos Estados Unidos ou, antes disso, da Inglaterra [...] “A China é a expressão mais importante de um fenômeno mais amplo, que é o crescimento em importância dos países em desenvolvimento, que formam o lar de aproximadamente 85% da população ao redor mundo”³⁴.

Jacques entende que o domínio ocidental sobre a economia, a política e a cultura mundial nos últimos 200 anos está claramente chegando ao fim diante da ascensão chinesa, pois “O centro de gravidade da economia global está mudando em direção ao Oriente. É difícil imaginar que alguma coisa vá deter esse movimento, talvez uma guerra nuclear”. O jornalista ainda destaca que, ao contrário dos EUA, a China não tem histórico de emprego de poder militar, de modo que sua influência enquanto nova potência mundial

³⁰ “A designação de “pessoa desonesta” ou “laolai” refere-se a pessoas que 1) não desejam cumprir uma decisão judicial (em sua grande maioria, pagar seus débitos); 2) obstruem a execução de decisão judicial através de falsificação, violência, ameaça ou 3) através de ações falsas, falsas arbitragens, desvios não autorizados e ocultação de propriedade; 4) violam o regulamento das declarações e relatórios de renda e propriedade; 5) violam o regulamento da restrição ao consumo por parte de devedores; 6) obstruem a execução de um acordo de transação sem justificação legítima”. POHLMANN, Markus. **George Orwell na China: digitalização como meio de controle social total.**

³¹ Além disso, alguns tribunais utilizam uma espécie de toque especial para celulares de pessoas devedoras, emitindo um anúncio com antecedência a qualquer chamada telefônica proveniente de um laolai, “declarando que a pessoa chamando é uma pessoa desonesta, com um pedido para que o receptor da chamada incentive o devedor a cumprir seu dever imediatamente”. POHLMANN, Markus. **George Orwell na China: digitalização como meio de controle social total.**

³² FENG, Zhaoyin. EUA e China assinam acordo após 2 anos de guerra comercial: o que mudou ao longo da disputa? **BBC Chinese Service.** Washington, 15 jan. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51119805>. Acesso em 19 jan. 2020.

³³ SANTOS, João Vitor Santos; MACHADO, Ricardo. Com as lentes do Ocidente, a China é invisível. Entrevistado: Martin Jacques. In: REVISTA DO INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. China Nova Potência Mundial: contradições e lógicas que vêm transformando o país. São Leopoldo: UNISINOS, n. 528, Ano XVIII, 17 set. 2018, p. 28-34. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao528.pdf>. Acesso em 23 jan. 2020, p. 33

³⁴ SANTOS, João Vitor Santos; MACHADO, Ricardo. **Com as lentes do Ocidente, a China é invisível.** p. 28.

serial mais em termos econômicos e culturais, diferenciando-se nesse sentido das potências ocidentais que historicamente se envolvem em questões políticas e militares em termos globais: “O mercado chinês já é do mesmo tamanho que o mercado americano. Em 2030, o mercado chinês provavelmente terá o dobro do tamanho do mercado americano”³⁵.

Para Elias Jabbour³⁶, a China cresceu porque reorganizou seus interesses estratégicos de curto, médio e longo prazos, bem como graças ao comando do Estado pelo Partido Comunista, o que detém grandes bancos e 149 conglomerados empresariais estatais. A mais importante contribuição chinesa para o resto do mundo, para Jabbour, é a demonstração de que o modelo neoliberal não é a única alternativa viável em termos de economia. Assim, a China, portanto, seria um novo “império” em termos globais, mas em muito diverso da noção de “império” aplicada aos EUA, pois:

A China não exporta guerras, não exporta receitas econômicas destruidoras como as patrocinadas pelos Estados Unidos (neoliberalismo), não exporta fome. Sua dinâmica de desenvolvimento é oposta ao do verdadeiro imperialismo (Estados Unidos). Chamar a China de imperialista é como colocar um sinal de igualdade entre ela e os Estados Unidos³⁷

Como ressalta Gabriele Battaglia, a China não substituirá os Estados Unidos em termos de nova superpotência global, pois o mundo pareceria estar rumando para uma configuração mais multipolar “no qual ninguém poderá se dar ao luxo de impor uma agenda própria ou exportar uma ideologia própria, vendendo-a como universal”. É nesse sentido que, ainda que tenha se tornado um verdadeiro “império” econômico capaz de competir com os EUA neste século XXI, em muito dele difere por ser uma “civilização introvertida”. Dentre as principais questões a serem enfrentadas pela China atualmente se encontra a capacidade de manter seu crescimento das últimas décadas que se baseou, em grande parte, em seu imenso contingente populacional e num exército de trabalhadores com baixos salários. Mesmo diante de políticas autoritárias como o Sistema de Controle Social elaborado pelo Presidente Xi Jinping, para Battaglia, “enquanto o Partido for capaz de movimentar o motor do desenvolvimento, haverá casos isolados de explosão de raiva mais do que de rebelião, que podem ser contidos”³⁸.

Tendo em vista, portanto, que a China enquanto império, em que pese não pareça impor sua ideologia como algo universal, pode, de grande maneira, influenciar cultural e economicamente outros Estados, sobretudo no que diz respeito ao desenvolvimento de tecnologias utilizadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo central do presente artigo foi refletir acerca do aumento do controle social na China por meio do desenvolvimento tecnológico a partir das obras de Umberto Galimberti, Antonio Negri e Michael Hardt. Nesse sentido, questionou-se em que medida a China pode ser considerada um novo

³⁵ SANTOS, João Vitor Santos; MACHADO, Ricardo. **Com as lentes do Ocidente, a China é invisível**. p. 33.

³⁶ SANTOS, João Vitor Santos; MACHADO, Ricardo. **Com as lentes do Ocidente, a China é invisível**. p. 28.

³⁷ MACHADO, Ricardo. Da união do privado com o Estado, uma outra ideia de império. Entrevistado: Elias Jabbour. In: REVISTA DO INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. China Nova Potência Mundial: contradições e lógicas que vêm transformando o país. São Leopoldo: UNISINOS, n. 528, Ano XVIII, 17 set. 2018, p. 38-40. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao528.pdf>. Acesso em 23 jan. 2020, p. 38.

³⁸ NECCHI, Vitor. As lógicas de uma civilização introvertida, mas conectada com o mundo. Entrevistada: Gabriele Battaglia. In: REVISTA DO INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. China Nova Potência Mundial: contradições e lógicas que vêm transformando o país. São Leopoldo: UNISINOS, n. 528, Ano XVIII, 17 set. 2018, p. 35-37. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao528.pdf>. Acesso em 23 jan. 2020, p. 36.

Império na Idade da Técnica.

Concluiu-se que a China pode ser um possível novo “império”, mas em muito difere dos EUA. Contudo, em que pese não pareça impor sua ideologia como algo universal, pode, de grande maneira, influenciar cultural e economicamente outros Estados, sobretudo no que diz respeito ao desenvolvimento de tecnologias utilizadas, por exemplo, para controle social digitalizado o que cria novos desafios aos países ocidentais, especialmente no que toca à proteção de garantias e direitos individuais frente ao controle estatal “em prol da segurança”.

Ademais, o Sistema de Controle Social digitalizado implantado pela China faz questionar também até que ponto o desenvolvimento tecnológico por si só estaria consagrando, agora no oriente, o domínio do homem pela técnica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BRAUN, Julia. Na China, atos dos cidadãos valerão pontos e limitarão seus projetos. **Veja**. 15 nov. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/na-china-atos-dos-cidadaos-valerao-pontos-e-limitarao-seus-projetos/> Acesso em 07 dez. 2020

DUSSEL, Enrique. Meditações anti-cartesianas sobre a origem do anti-discurso filosófico da modernidade. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 284-285

FENG, Zhaoyin. EUA e China assinam acordo após 2 anos de guerra comercial: o que mudou ao longo da disputa? **BBC Chinese Service**. Washington, 15 jan. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51119805>. Acesso em 19 jan. 2020.

GALIMBERTI, Umberto. **O Ser Humano na Era da Técnica**. Cadernos IHU Ideias. Ano 13, nº 218, vol. 13, 2015.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HOW China tracks everyone. 2019. 1 vídeo (12:55 min). Youtube. Publicado pelo canal: **VICE on HBO**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CLo3e1Pak-Y>. Acesso em 19 jan. 2020.

MACHADO, Ricardo. Da união do privado com o Estado, uma outra ideia de império. Entrevistado: Elias Jabbour. In: REVISTA DO INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. China Nova Potência Mundial: contradições e lógicas que vêm transformando o país. São Leopoldo: UNISINOS, n. 528, Ano XVIII, 17 set. 2018, p. 38-40. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao528.pdf>. Acesso em 23 jan. 2020.

NECCHI, Vitor. As lógicas de uma civilização introvertida, mas conectada com o mundo. Entrevistada: Gabriele Battaglia. In: REVISTA DO INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. China Nova Potência Mundial: contradições e lógicas que vêm transformando o país. São Leopoldo: UNISINOS, n. 528, Ano XVIII, 17 set. 2018, p. 35-37. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao528.pdf>. Acesso em 23 jan. 2020.

POHLMANN, Markus. George Orwell na China: digitalização como meio de controle social total. **Jota**, 07 out. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/george-orwell-na-china-digitalizacao-como-meio-de-controle-social-total-07102019. Acesso em 19 jan. 2020.

SANTOS, João Vitor Santos; MACHADO, Ricardo. Com as lentes do Ocidente, a China é invisível. Entrevistado: Martin Jacques. In: REVISTA DO INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. China Nova Potência Mundial: contradições e lógicas que vêm transformando o país. São Leopoldo: UNISINOS, n. 528, Ano XVIII, 17 set. 2018, p. 28-34. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao528.pdf>. Acesso em 23 jan. 2020.

SPARK, Holger. Mossad's Miracle Weapon: Stuxnet Virus Opens New Era of Cyber War. **Spiegel International**. 08 ago. 2011. Disponível em: <https://www.spiegel.de/international/world/mossad-s-miracle-weapon-stuxnet-virus-opens-new-era-of-cyber-war-a-778912.html>. Acesso em 19 jan. 2020.

REFLEXÕES ACERCA DO ISOLAMENTO SOCIAL E OS IMPACTOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO MUNDO GLOBALIZADO: REQUESTIONAMENTO, VALORIZAÇÃO DAS RELAÇÕES HUMANAS E MUDANÇA DE PARADIGMA

Estéfani Luise Teixeira Fernandes¹

INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva analisar o isolamento social e as relações familiares, demonstrando o aumento significativo do uso das tecnologias de informação e comunicação – TICs e o aparecimento das doenças psíquicas. Mediante isso, apresentam-se reflexões cabíveis, analisando a obra *O Tempo do Direito*, de François Ost, com o objetivo de tutelar os direitos e garantias fundamentais, como o direito à saúde, e diminuir ou eliminar o aumento de determinadas doenças psiquiátricas pelo excessivo uso das tecnologias de comunicação e informação – TICs, e fazendo um questionamento sobre a utilização destas tecnologias de forma a propiciar uma ressignificação no cenário atual, ainda mais em um mundo pós-pandemia.

Nessa esteira, devido ao aumento das doenças psiquiátricas nesse período, as entidades governamentais e privadas apresentaram campanhas de suma importância para pessoas que precisam de amparo psicológico e psiquiátrico. Tais campanhas contribuem para buscar o respeito constitucional, legal e moral do direito fundamental à saúde no que concerne à faceta da promoção à saúde. Nesse sentido, repensa-se esse processo de globalização e o avanço tecnológico que causam o adoecimento da sociedade, ao que se reflete se não chegamos no momento de realizar um questionamento, isto é, um desligamento do futuro para efetivar uma ruptura das experiências passadas assim, mantendo a promessa de repensar as relações humanas ao se instituir um novo futuro. Com essa premissa, esta pesquisa busca versar sobre os três modelos elencados na obra de François Ost à vista disso: em primeiro plano o questionamento, depois a valorização das relações humanas em grupo e, por fim, a mudança de paradigma.

Em termos metodológicos, utilizou-se a abordagem indutiva combinada com a pesquisa bibliográfica. Ademais, como métodos de procedimento, empregam-se o comparativo e o funcionalista, objetivando pesquisar o instituto do direito e a imposição da aplicação das leis de proteção em prol da promoção da saúde. O método de interpretação jurídica é sociológico.

Espera-se, com este artigo, contribuir para a conscientização do uso demasiado das tecnologias de informação e comunicação (TICs) enquanto inconcebível realidade do aumento significativo de doenças de cunho psicológico no período de isolamento social, especialmente tutelando direitos constitucionais à saúde e, com isso, protegendo a população. Por fim, busca-se fazer uma reflexão sobre a utilização exagerada das redes sociais e seus impactos na saúde das pessoas, propiciando melhor qualidade de vida nesse período de enfrentamento. É o que passa a analisar nas linhas que seguem.

1. ISOLAMENTO SOCIAL E RELAÇÕES FAMILIARES

O mundo passa por grandes incertezas e desafios, principalmente quando se trata de isolamento social e relações familiares. A pandemia do novo coronavírus a causar a COVID-19 mudou culturalmente as

¹ Mestranda em Direito pela UPF. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela PUCRS. Advogada.

relações humanas. Em nossos lares, estamos vivendo diversos personagens: relações interpessoais, de relacionamentos sociais e laborais, ao que se misturam de forma vertiginosa às relações de lazer, de trabalho e familiares.

Em tempos de pandemia, faz-se necessário adaptar-se às novas formas de trabalho para se manter no mercado. Dessa forma, no atual contexto, “[...] a tecnologia atrela-se ao trabalho para facilitar e otimizar o fazer humano”², além de conciliar os cuidados domésticos – tais como cuidar da casa e dos filhos e demais tarefas. De forma repentina, reestruturamos a maneira como vivemos em sociedade, criando hábitos, até então pouco difundidos, tendo como foco a preservação tanto individual quanto coletiva. Necessitamos observar atentamente às recomendações das entidades médicas e governamentais acerca das medidas preventivas ao vírus, pois estas são necessárias à efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana, notadamente a saúde, a vida e a integridade física e psíquica.

Nesse ponto, estamos presenciando um desenfreado progresso de doenças psiquiátricas como ansiedade, estresse, *burnout*, depressão, pânico, suicídio, entre outras. O mundo não estava preparado para essa crise emocional, econômica e social. Saímos da zona de conforto da certeza e entramos em um estado de descrença e alerta constante.

No contexto brasileiro, percebemos uma transformação estrutural, organizacional e cultural nas relações humanas e familiares devido ao confinamento. Com efeito, a rotina de ir ao trabalho e retornar para casa diariamente se extinguiu, pois nos dias de isolamento o *home office* é a tendência. O espaço laboral entrecruza-se com as atividades familiares e de descontração, ocasionando conflitos advindos da convivência familiar constante. Cabe mencionar que a falta da privacidade e intimidade dos integrantes da casa geram conflitos internos e externos, redundando em divergências entre pessoas que compartilham o lar.

Antes do auge da pandemia, a nossa casa era vista, na maioria dos casos, como abrigo, local onde encontrávamos calma e tranquilidade e onde preservávamos nossa privacidade. Entretanto, com a adoção das medidas restritivas impostas devido à disseminação da doença, o confinamento em casa na maior parte do tempo veio a transformar esse ambiente acolhedor em um meio potencialmente conflitante, o que abalou a harmonia familiar. O que era um ambiente saudável veio a se tornar muitas vezes insalubre, maximizando o uso desenfreado das TICs. A falta de convívio com outras pessoas, livre circulação em lugares por onde antes andávamos livremente acabou por expor em índices ainda mais elevados da utilização das redes sociais como forma de escape, causando uma dependência aos *apps* e exposição diária das suas rotinas particulares no *Instagram*, *Facebook*, *Twitter*, entre outros.

Destarte, o isolamento social representa uma hiperconectividade, exacerbando comportamentos nocivos que resultam em dependência psicológica nociva aos seres humanos. Em razão disso, percebe-se a necessidade de os usuários imporem medidas mais contundentes em prol da sua saúde física e psíquica.

Em outras palavras, o isolamento social apresenta um significativo aumento da falta de interação humana, exacerbando comportamentos nocivos e que resultam em graves doenças psicológicas. Em razão disso, percebe-se a necessidade de se impor medidas preventivas e protetivas mais contundentes em prol da saúde física e psíquica das pessoas, tratando-se de um problema global de saúde pública.

Ante o exposto, percorrido o sinuoso terreno do isolamento social e relações familiares dentre os quais o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana é uma imposição legal constitucional, torna-se necessário o próximo item, no qual se analisa a sociedade moderna e as principais doenças atreladas ao uso contínuo das tecnologias de informação e comunicação, bem como os seus desdobramentos. É o que passa a analisar nas linhas que seguem.

² FINCATO, Denise Pires. Trabalho e tecnologia: reflexões. In: FINCATO, Denise Pires; MATTE, Maurício, GUIMARÃES, Cíntia. **Direito e tecnologia: reflexões sociojurídicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 9.

2. A SOCIEDADE MODERNA: TECNOLOGIA E ADOECIMENTO

A evolução tecnológica é marcada por rupturas e mudanças de paradigmas, com desdobramentos no mundo social, jurídico e econômico. No contexto histórico, constata-se que variados paradigmas evoluíram ou se adaptaram, de forma que o desenvolvimento na história mudou vertiginosamente a cultura e estrutura econômica das sociedades.

A globalização impulsiona um crescimento exponencial sem precedentes das TICs, as quais oferecem oportunidades de rupturas culturais e técnicas, fazendo-se necessária uma adequação a esse novo cenário. Embora não seja a primeira, atualmente vive-se uma revolução tecnológica na qual há uma adesão em massa e seus efeitos são globais.³ Nesta esteira, Eric Schmidt e Jared Cohen expõem:

[...] Na primeira década do século XXI, o número de pessoas conectadas à internet em todo o mundo aumentou de 365 milhões para mais de dois bilhões. No mesmo período a quantidade de usuários de telefones celulares subiu de 750 milhões para bem mais de cinco bilhões (e atualmente já ultrapassou a marca de seis bilhões). Tais tecnologias se espalham pelos pontos mais distantes do planeta e, em algumas partes do mundo, em ritmo cada vez mais acelerado. Até 2025, a maior parte da população mundial terá saído, em uma geração da quase total falta de acesso as informações não filtradas para o domínio de toda a informação do mundo através de um aparelho que caiba na palma de sua mão. Se o ritmo atual da inovação tecnológica for mantido, a maior população da terra, estimada em oito bilhões de pessoas, estará on-line.⁴

Por sua vez, o filósofo Domenico De Masi revela que a globalização não é um fenômeno, e afirma que isto representa apenas o êxito mais elaborado de uma eterna tendência humana de explorar e depois colonizar todo o território que ainda exista até fazer do mundo um único vilarejo sob controle.⁵

É notório que estamos em um intenso avanço tecnológico e, com isso, o mercado de trabalho precisa adequar-se a esse novo ambiente, que pode ser a casa, um aeroporto, o trajeto, ou qualquer lugar onde se possa estar conectado, ou seja, em quase todos os cantos do mundo. Com esse advento tecnológico, surge a necessidade de novas formas de se trabalhar, essas que fazem o homem trabalhar mais e mais rápido e é nesse cenário que surgem as novas formas de se trabalhar. Nesse ponto, Wolfgang Hoffmann-Riem

[...] a questão da importância da inovação tem sido comumente levantada somente em termos de inovações tecnológicas, em que ela é igualmente essencial. Contudo, para a viabilidade futura das sociedades, não são apenas importantes inovações tecnológicas que são significativas, mas também inovações sociais.⁶

No contexto brasileiro, a Constituição de 1988 estabelece direitos e garantias fundamentais basilares aos cidadãos, bem como o respeito aos direitos humanos e sociais. Dentre estes, no *caput* do art.

³SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. **A nova era digital**: como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013. p. 12.

⁴SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. **A nova era digital**. p. 12.

⁵DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003. p. 186.

⁶HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito, inovação e tecnologia**. São Paulo: Saraiva, [201-]. (Edição Kindle). p. 285-286.

196⁷ se encerra que deva haver a proteção, a promoção e a recuperação da saúde, dispositivo que é direito de todos e dever do Estado.

A expressão “promoção” tem por objetivo dar melhor qualidade de vida ao paciente por intermédio de ações que visem estabelecer as conjunções de vida e saúde dos indivíduos. Assim, oferta-se o mínimo existencial que não poderá reduzir-se ao mínimo vital, que propicie somente a existência física, mas sim que assegurará uma vida efetivamente saudável⁸. Nesse contexto, a Constituição de 1988, além de estabelecer no art. 6º que o direito à saúde é um dos direitos sociais⁹, apresenta uma ordem social com vasto universo de normas que destinam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade.

Nesse sentido, a proposição de políticas públicas que sejam inovadoras, eficazes e eficientes é crucial à prestação de serviços de saúde, que respeitem a dignidade da população, especialmente da carente, principal usuária do Sistema Único de Saúde (SUS). Sobreleva mencionar que referido desiderato encontra-se em consonância com o atual contexto econômico, político e social da alcunhada sociedade pós-moderna que detém recursos tecnológicos – ou potencialmente os detêm – para resolver problemas de cunho social e global. Assim, reconhece-se a imposição essencial da observância aos direitos e garantias fundamentais e, primordialmente, ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Em nosso país, ainda se tem uma situação muito precária, notoriamente no setor da saúde pública pela influência direta na gênese das patologias com maior prevalência. As políticas públicas atuais não são capazes de reverter esse quadro, contudo, um conjunto de políticas sociais, pode contribuir significativamente para a promoção da cidadania de uma parcela expressiva da população brasileira¹⁰.

Em tempos de isolamento social aumentou o uso das TICs, mas falta investimento suficiente em inovações sociais. Nesse contexto, as relações misturam-se e o ser humano trabalha cada vez mais, sem fiscalização. Com efeito, há um aumento das doenças devido ao *home office* e seu crescente uso das tecnologias, bem como a solidão. Em razão disso, com o distanciamento social vieram os adoecimentos tais como: depressão, ansiedade, *burnout*, estresse, suicídio, pânico, entre outras doenças graves. A mudança propiciada pela tecnologia impactou a medicina, as formas de se trabalhar e as relações humanas como um todo.

Nessa esteira, em primeiro plano, é importante definir o que é saúde. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), trata-se de “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”.¹¹ Além disso, para termos trabalhadores saudáveis, também se faz necessário um meio ambiente saudável e equilibrado, constituindo um direito trabalhista e fundamental, pois está ligado à qualidade de vida da pessoa.

O isolamento social desestruturou o mundo de forma repentina: ao mesmo em que as pessoas estão hiperconectadas, também estão solitárias, sendo avatares em um mundo virtual, por vezes, irreal e

⁷Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

⁸CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 10.354.

⁹Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹⁰PUSTAI, Odalci José; FALK, João Werner. Capítulo 2 – o sistema de saúde no Brasil. In: DUNCAN, Bruce B. *et al.* (Org.). **Medicina ambulatorial: condutas de atenção primária baseadas em evidências**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 18.

¹¹DIREITO à saúde, cobertura universal e integralidade possível. [S.l., 201-]. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encontro_internacional_saude/documentos/textos_referencia/00_palavra_dos_organizadores.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

manipulado pela indústria da *Internet*. A ONU alerta que a pandemia pode desencadear diversas doenças mentais, ocasionando um colapso na saúde psicológica das pessoas, conforme demonstrado em estudo a mostrar que “72% dos respondentes sentiram necessidade de pedir ajuda em relação ao bem-estar físico e mental durante a quarentena”¹² entre adolescentes e jovens brasileiros.

Portanto, o processo célere e sem precedentes das tecnologias no período do distanciamento social, somado às questões pessoais de cada cidadão, proporciona a cada dia doenças de ordem psíquica entre trabalhadores, estudantes, homens, mulheres, independentemente de classe social ou quaisquer tipos de distinção.

Ademais, no mundo pós-pandemia, a tendência é permanecermos em tempos de acesso instantâneo às TICs, seja para trabalho, estudo ou distração, ao que possivelmente as novas modalidades de trabalho e de se autopromover permanecerá. Sendo assim, portanto, passamos a analisar no próximo item se está na hora de um questionamento, de valores humanos (interações em grupo) e de mudanças de paradigmas, conforme estudado na obra *O Tempo do Direito*, de François Ost.

3. OS TRÊS MODELOS PARA UM FUTURO: QUESTIONAMENTO, VALORIZAÇÃO DAS RELAÇÕES HUMANAS E MUDANÇA DE PARADIGMA

A obra *O Tempo do Direito*, de François Ost, revela que, apesar da desarmonia na relação entre o tempo e o direito, é a relação da sociedade com o tempo que está em curso, configurando-se como verdadeiro desafio para a democracia. O filósofo aduz que o direito liga o futuro, sustentando que a modernidade jurídica gira em torno da promessa. Em vista disso, justifica que o futuro, ao qual o direito realiza a sua promessa é um futuro ideal, em constante reestruturações.

Diante disso, faz-se o questionamento (revisão), desliga-se o futuro, com fim democrático, intitulado de *agitato*. O tempo do questionamento na obra supracitada é a ação de desligar o futuro, objetivando realizar as revisões necessárias para que na hora da mudança as promessas sobrevivam.

Em tempos de sociedade hiperconectada por diversas plataformas a estimularem cada vez mais o mercado econômico da *Internet*, desenvolve-se o crescimento das doenças psíquicas devido à utilização massiva das TICs. Igualmente, pelo distanciamento social ocasionado pelo COVID-19, faz-se necessário uma revisão da utilização da tecnologia no presente momento e posteriormente à pandemia, tendo em vista o descontrole que ocorre pelo desenvolvimento desenfreado do mercado econômico tecnológico e, por vezes, há procura de uma vida com mais diversão ofertada pela inteligência artificial. Logo, ocorrendo graves violações dos direitos fundamentais da pessoa humana, essencialmente ao direito à saúde.

A sociedade está adoecendo com o momento atual de solidão e o avanço tecnológico célere e sem precedentes. Nas redes sociais, acontece de forma instantânea, as relações humanas são perfeitas, a vida profissional e pessoal dos internautas não tem momentos de desarmonia. Estamos vivendo na era da artificialidade, do lúdico, da perfeição que jamais existirá, da desconexão e com isso nossa saúde mental e emocional é prejudicada. Sobreleva mencionar, portanto, a necessidade do direito à desconexão, pois conforme já comentado o trabalho em excesso, estar o tempo inteiro conectado e disponível, pode contribuir em doenças como *burnout*, estresse, síndrome do esgotamento humano, exaustão, que, por sua vez, pode levar o funcionário até à morte.

O novo mundo conectado integralmente deve ser revisado para fazer-se uma ressignificação.

¹²ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UNICEF: 72% dos adolescentes sentiram necessidade de apoio psicológico na pandemia, diz enquête. Brasília, 30 set. 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/93365-unicef-72-dos-adolescentes-sentiram-necessidade-de-apoio-psicologico-na-pandemia-diz-enquete>. Acesso em: 30 out. 2020.

Posteriormente à pandemia, será saudável para as pessoas manter o ritmo e acelerar cada vez mais pela exigência do mercado econômico? Com efeito, faz-se necessário refletir sobre as relações e interações humanas, pois as atividades intensas estão atrelando a pessoa a um novo membro – celular e computador, principalmente – que as mantém em plantão constante.

Portanto, deve-se repensar os questionamentos apontados e suas consequências e ponderar. Assim, não tutelando os direitos mínimos elencados na Constituição de 1988, possivelmente a sociedade deve realizar uma mudança de paradigma. Caso contrário, os números de mortos por doenças relacionadas ao trabalho exaustivo e ao isolamento irá aumentar de vertiginosamente. Percebe-se que as relações sociais, de lazer, família, trabalho misturam-se e não conseguimos desfrutar de uma vida digna e saudável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização das tecnologias de informação e comunicação otimizou o trabalho humano, modificando as formas de se trabalhar. O próprio contexto das atividades diárias da vida humana passa por profundas transformações e adaptações com o uso de TICs, de forma que os *smartphones*, *tablets* e *notebooks* praticamente tornaram-se um novo membro humano, sendo utilizado de forma contínua ao longo do dia. Estar conectado em tempo integral praticamente passa a ser a nova normalidade da sociedade moderna, assim entrelaçando-se as relações de lazer, família, trabalho e modificando o pensar e o viver a vida.

No cenário do isolamento social, a situação apenas agravou: anteriormente ainda se tinha interações com diversas pessoas e um pouco de desconexão. Entretanto, os trabalhadores, estudantes, donas de casa, a população que tem condições de permanecer em isolamento sofre ainda mais com as possíveis doenças que poderão vir a contrair com a hiperconexão. A população diante da crise econômica proporcionada pela pandemia teve que se reinventar por intermédio das redes sociais para conseguir manter um salário ou os que desejam aumentar.

Nessa envergadura, faz-se vital observar a necessidade de proteção do direito à desconexão, ou seja, os indivíduos precisam se desconectar para manter a sua saúde, tal como, em um trabalho presencial tem-se limitações de horas de labor. Atualmente existe uma urgência de desconexão para preservação da saúde física, mental das pessoas e se mantermos o ritmo de tempo conectados no espaço virtual vai resultar e graves problemas de saúde. É preciso proteger e preservar o indivíduo desse avanço sem precedentes da tecnologia, precisa-se de limites e fiscalização, mesmo que não há um local fixo de trabalho tendo em vista que, todo ser humano precisa de um determinado horário de sono, descanso, lazer e interação humana. Assim, respeitando os artigos dispostos na Constituição de 1988, essencialmente dignidade da pessoa humana, direito a um ambiente saudável e equilibrado, proteção e promoção à saúde, lazer, entre outros. Todavia, diante da sociedade atual, com a inserção das TICs aos hábitos e rotinas, há uma evidente tendência ao colapso e modificação das relações de modo geral.

Em razão disso, portanto, o presente *paper* teve por escopo estudar o impacto das TICs bem como o presente momento do distanciamento social e o mundo pós coronavírus com isso, fazer uma reflexão sobre a obra *O Tempo do Direito*, de François Ost, que objetiva romper o paradigma da promessa e apresenta os três modelos para promover um futuro digno, sendo eles o requestionamento, a valorização das relações humanas em grupo e a mudança de paradigma.

Diante do exposto, torna-se vital em tempos de pandemia aprovar medidas facilitadoras para o acesso à saúde, abrangendo o maior número de indivíduos, fiscalização do trabalho humano, revisar a utilização de formar intensa das TICs. Com efeito, faz-se necessário repensar o quanto do seu tempo está sendo utilizando em um aparato tecnológico, se está sendo algum tipo de convivência familiar, analisar se

ocorre a diariamente a fusão das relações: lazer, trabalho, família. Atentar-se aos sintomas de tristeza profunda, exaustão, tendências suicidas, comportamentos agressivos e procurar ajuda de um profissional capacitado e habilitado ou pedir ajuda para um amigo, parente, vizinho.

Por todas as razões explicitadas, é de fundamental importância a presente pesquisa, tanto para o meio social, quanto para o jurídico e o acadêmico. Por fim, sendo o meio acadêmico o ambiente no qual devam ser discutidas e arejadas, transformadas e reconstruídas as ideias, em tempos de revolução tecnológica e informacional, distanciamento social, dano existencial, doenças psíquicas, a pesquisa encontra campo fértil ao seu desenvolvimento, pois representa tema atual e, mais do que isso, pouco explorado, mormente no que diz respeito às novas tecnologias, tempos de distanciamento social e doenças ocasionadas por essa fusão.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 abr. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003.

DIREITO à saúde, cobertura universal e integralidade possível. [S.l., 201-]. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encontro_internacional_saude/documentos/textos_referencia/00_palavra_dos_organizadores.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

FINCATO, Denise Pires. Trabalho e tecnologia: reflexões. *In*: FINCATO, Denise Pires; MATTE, Maurício, GUIMARÃES, Cíntia. **Direito e tecnologia**: reflexões sociojurídicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito, inovação e tecnologia**. São Paulo: Saraiva, [201-]. (Edição Kindle).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNICEF**: 72% dos adolescentes sentiram necessidade de apoio psicológico na pandemia, diz enquête. Brasília, 30 set. 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/93365-unicef-72-dos-adolescentes-sentiram-necessidade-de-apoio-psicologico-na-pandemia-diz-enquete>. Acesso em: 30 out. 2020.

PUSTAI, Odalci José; FALK, João Werner. Capítulo 2 – o sistema de saúde no Brasil. *In*: DUNCAN, Bruce B. *et al.* (Org.). **Medicina ambulatorial**: condutas de atenção primária baseadas em evidências. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2013.

SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. **A nova era digital**: como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013.

INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS COMO FERRAMENTAS EFICAZES PARA APLICAÇÃO DA TELEMEDICINA NO BRASIL

Vitória Piucco¹

Estéfani Luise Fernandes Teixeira²

Liton Lanes Pilau Sobrinho³

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, bem como o respeito aos direitos humanos e sociais, especialmente nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal. Como garantia desse direito, foi regulamentado a portaria nº. 467, no qual autoriza o uso da telemedicina no sistema de saúde brasileiro, enquanto perdurar o estado de emergência em âmbito nacional.

Torna-se vital em tempos de pandemia aprovar medidas que facilitem o acesso à saúde, para que seja atingido o maior número de pessoas possível. Dessa forma, a telemedicina se torna extremamente importante, pois atinge principalmente os pacientes, no qual necessitam do Sistema Único de Saúde (SUS), desde que fique sob a responsabilidade do poder público desenvolver políticas para garantir tal direito aos cidadãos e beneficiar a comunidade em geral.

Ou seja, como a propagação do vírus e sendo extremamente alta sua disseminação, onde o pega principalmente por meio do contato, com a Telemedicina e aplicativos inerentes, seria possível atendimento à distância, não colocando em risco paciente e médicos. Podendo liberar assim, a grande demanda de leitos nos hospitais. Além disso, otimiza os custos na área da saúde, uma vez que diversas demandas estruturais serão poupadas.

Tendo em vista os benefícios da regulamentação temporária da Telemedicina, seria um teste para a aplicação pós covid-19 como ferramenta eficaz. Preservando assim os direitos e garantias fundamentais basilares expressos em nossa Constituição Federal.

1. O DIREITO A SAÚDE EXPRESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos e garantias fundamentais estão expressos no ordenamento jurídico brasileiro, reconhecendo a imposição essencial da observância ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, a Constituição Federal de 1988, estabelece direitos e garantias fundamentais basilares aos cidadãos, bem como o respeito aos direitos humanos e sociais, sendo a primeira a consagrar o princípio da prevalência dos direitos humanos.

¹ Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Bolsista PROBIC/FAPERGS. E-mail: viipiucco@gmail.com.

² Estéfani Luise Fernandes Teixeira. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestranda pela Universidade de Passo Fundo e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: estefani.f.teixeira@gmail.com

³ Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo.

O princípio da dignidade da pessoa humana está disposto no artigo 1º, inciso III da CF. Esse princípio tem representatividade no cenário constitucional e internacional e está relacionado diretamente aos direitos da pessoa humana e direitos e garantias fundamentais.

Nas palavras de José Afonso da Silva:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo- constitucional e não qualquer ideia apriorista do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa das direitas pessoas tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trata de garantir as bases da existência humana⁴.

O Princípio da Dignidade de Pessoa Humana, no setor da saúde, mais especificamente no SUS, tem a função de proteger a pessoa que se encontra em posição de vulnerabilidade no setor de direitos e garantias.

Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), em jurisprudência afirma que “o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental, que assiste a saúde de todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”⁵.

Além disso, a Carta de 1988 estabelece em seu art. 6º⁶ e art. 196⁷, que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, apresentando um vasto universo de normas que destinam programas, tarefas e diretrizes a serem propostos pelo Estado e pela sociedade, sendo a saúde, um dever do Estado.

De acordo com o professor Liton Lanes Pilau Sobrinho “a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 6º, traz o direito à saúde como um direito fundamental social complementado especialmente pelo artigo 196º, no qual garante “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Complementando que “esses dispositivos a saúde foi, portanto, um direito fundamental constitucionalmente consagrado como um direito público subjetivo, ficando sob a responsabilidade do poder público desenvolver políticas para garantir tal direito aos cidadãos brasileiros.”⁸

Salienta ainda que se faça necessária a “participação da sociedade civil organizada mediante representações em classes e a participação ativa da mídia como expoente das necessidades coletivas de saúde, bem como a atuação consciente do Poder Judiciário como elementos valiosos para a permanente (re) construção da saúde pública.”⁹.

A estrutura da saúde no Brasil é constituída em pública, privada e suplementar, os quais os pacientes podem usufruir mediante a facilidade de acesso ou a possibilidade de pagamento. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 não se limitou a prever a criação de uma estrutura para garantir o direito à

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 109.

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 dez. 2020.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

⁸ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Espanã: Punto Rojo, 2016. Posição 2861.

⁹ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**.

saúde, sendo o SUS destinado à saúde pública brasileira, com acesso universal e igualitário.

Como visto, dentre os direitos sociais, o direito a saúde está atrelado ao direito à vida, manifestando assim proteção constitucional e o cuidado com esse bem jurídico.

2. A REGULAMENTAÇÃO DA TELEMEDICINA NO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO

No dia 23 de março de 2020, o Ministério da saúde público regulamentou a portaria n. 467, a qual autoriza o uso da Telemedicina em caráter excepcional e temporário no sistema de saúde brasileiro, tendo em vista a propagação e disseminação da pandemia (Covid-19), prevista na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.¹⁰ A pandemia é referente o coronavírus ou Covid-19, sendo descoberto em 31 de dezembro de 2019 após casos registrados na China. Provoca assim, a doença chamada COVID-19, que causa infecções respiratórias. Como nunca tivemos contato com o vírus antes, não temos imunidade. Portanto, nesse cenário, a utilização de tecnologias de informação e comunicação faz-se fundamental.

Assim, com a prática da telemedicina e aplicativos inerentes a ela, seria possível um atendimento eficaz para o paciente que confirmou o teste de Covid-19. Além disso, tornando uma medida de proteção aos médicos e profissionais que atuam na área, pois dessa forma, o paciente e o médico não precisam se deslocar e entrarem contato, evitando dessa forma, a disseminação do vírus. Bem como, tem-se uma desobstrução da rede hospitalar de saúde, liberando leitos, UTIs e priorizando os atendimentos aos pacientes efetivamente em estado grave, isolando as pessoas e evitando a propagação da doença.

Como mencionado, a propagação dos vírus é extremamente alta, seja pela falta de uma vacina ou de tratamento específico que seja eficaz. Dessa forma, a tecnologia juntamente com a medicina beneficia um maior número de pacientes como por exemplo, a criação da Telemedicina e, aplicativos capazes do teleatendimento, revolucionando as relações humanas na área as saúde, permitindo o trabalho entre equipes que não precisam estar na mesma localidade em que está o paciente.

Uma das principais vantagens da telemedicina é a ampliação da área de atendimento, permitindo que pacientes de regiões onde a disponibilidade de especialistas é limitada sejam beneficiados com o atendimento remoto¹¹.

Ter a possibilidade de atender aos pacientes de forma remota, sem o perigo de expô-los à contaminação em uma sala, ou prestar serviço aos moradores de locais distantes e sem acesso aos melhores recursos da medicina, ajudou a popularizar a prática entre os médicos. Isso permitiu que os atendimentos de casos de suspeita mais graves de Covid-19 fossem priorizados no presencial, e os atendimentos por outras causas e de menor complexidade e emergência fossem realizados e solucionados de forma remota, efetiva e mais rápida.

Entretanto, não é todo tipo de atendimento que pode ser executado remotamente. Infelizmente, nem todos os pacientes irão dispuser dos recursos tecnológicos necessários, e então não será possível fazer uso da telemedicina. O atendimento dos pacientes internados deverá ser preferencialmente presencial. Por sua vez, consultas preliminares de casos que demandem internação, isolamento domiciliar, ou análise de exames de imagem, por exemplo, são passíveis de execução por telemedicina. Para esse momento desafiador e que pode gerar sobrecarga de trabalho no setor, contar com essa ferramenta não deixa de ser

¹⁰ Ministério da saúde. **Portaria n.467, de 20 de março de 2020**. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-467-de-20-de-marco-de-2020-249312996>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

¹¹ MARUI. Gustavo. **O futuro da telemedicina pós-Covid-19**. Disponível em: <<https://medicinas.com.br/futuro-telemedicina-pos-covid/#:~:text=Uma%20das%20principais%20vantagens%20da,relacionamento%20entre%20m%C3%A9dico%20e%20paciente>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

um alento¹².

A telemedicina é ampla e pode ser usada na teleconsulta, na tele-expertise, no teleacompanhamento, na teleassistência médica e no teleatendimento. No SUS, principalmente, ela é uma ferramenta para otimizar os custos na área, pois permite o aumento do número de atendimentos pela organização do tempo e favorece o custeio do sistema de saúde, uma vez que o poder público, os planos de saúde, seguros de saúde, ainda pela estrutura de consultório, postos, unidades de pronto atendimento e de hospitais é poupada¹³.

Todavia, antes de fazer uma teleconsulta, o médico deve informar ao paciente quais são as limitações do atendimento à distância. Além disso, as consultas seguem o mesmo padrão ético das consultas presenciais, incluindo valor cobrado por elas. Porém, esses atendimentos não serão custeados pelo poder público se as atividades não forem prestadas pelo SUS¹⁴.

Permite-se que o médico firme eletronicamente receitas e atestados médicos à distância, admitindo o uso dessa ferramenta sem a assinatura eletrônica, desde que ocorra a identificação do médico e a admissão válida ou a sua aceitação pela pessoa a quem for apresentada o documento. Ou seja, deverá haver um maior aceitação das organizações empresariais, como as farmácias, na aceitação dessas receitas e atestados, para que esse sistema efetivamente sirva aos seus propósitos.

Com a nova lei que regulamenta o uso da Telemedicina, de forma ética enquanto durar a pandemia, após este período, deverá ser aberto em discussão sobre a sua regulamentação pelo Governo Federal, Conselho Federal de Medicina e outros órgãos de competência médica e jurídica.

3. A (IN) EFICÁCIA DA TELEMEDICINA PÓS PANDEMIA NO BRASIL

A única maneira de os profissionais da saúde atuarem sem que ocorra transmissibilidade, é repassando informações a respeito de medidas na prevenção ao contágio do coronavírus, entrelaçando estratégias de atendimentos à população. Uma delas foi a criação de centrais de informações com foco na resolução de dúvidas, os principais sintomas da doença e orientação correta sobre quando procurar serviço médico¹⁵.

Outra estratégia foi à autorização para que profissionais de saúde passassem a atender a distância pacientes cujos casos permitissem essa forma de acompanhamento. Essas duas estratégias mencionadas anteriormente, por exemplo, foram possíveis graças à telemedicina¹⁶.

Tal medida contribui muito para o acompanhamento de pacientes que necessitam de cuidado contínuo, mas que podem receber esse a distância, possibilitando a prática do isolamento social, que é a medida mais eficaz no combate a doença, protegendo, assim, paciente e profissional de saúde¹⁷.

A telemedicina é uma tecnologia para auxiliar na área da saúde, principalmente no Brasil, pela grande desigualdade social. Dessa forma, além de ser uma ferramenta eficaz pós pandemia para toda

¹² SOARES, Flávia Rampazzo. **Corona Vírus: uma chance e um teste para telemedicina no Brasil**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-uma-chance-e-um-teste-para-a-telemedicina-no-brasil-25032020>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

¹³ SOARES, Flávia Rampazzo. Corona Vírus: uma chance e um teste para telemedicina no Brasil.

¹⁴ **COVID-19: Uso da Telemedicina durante o coronavírus**. Disponível em: <<https://salariadvogados.com.br/telemedicina-durante-coronavirus/>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

¹⁵ CARDOSO, Leonardo. **Coronavírus e Telemedicina: ferramenta para hoje e para o pós-pandemia**. Disponível em: <<https://www.sanarmed.com/coronavirus-e-telemedicina-ferramenta-para-hoje-e-para-o-pos-pandemia-colunistas>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

¹⁶ CARDOSO, Leonardo. Coronavírus e Telemedicina: ferramenta para hoje e para o pós-pandemia.

¹⁷ CARDOSO, Leonardo. Coronavírus e Telemedicina: ferramenta para hoje e para o pós-pandemia.

população brasileira, poderá beneficiar principalmente as comunidades mais carentes com os atendimentos específicos, com acesso e facilidade para que seja assegurada proteção e todos os direitos elencados na Carta Constitucional.

A saúde é um direito universal que deve ser prestado por entidades públicas e privadas, porém a disparidade no acesso à saúde se revela um determinante a ser levado em consideração. Da mesma forma que a regulação da saúde pode contribuir para a diminuição das desigualdades que envolvem a sua efetiva prestação, pode acirrar e expor mais ainda as disparidades do sistema. Isso pode acontecer pela ineficiência da política de saúde ou descontinuidade do tema na agenda governamental¹⁸.

Assim, para que o Sistema Único de Saúde possa se beneficiar dessa alternativa no futuro haverá a necessidade políticas de acesso a internet e meios de comunicação em geral.

Outro desafio encontrado, diz respeito na ausência de modelos práticos que possam elucidar como o serviço efetivamente se desenharia e, além disso, como seria de fato aplicado. O exemplo internacional pode servir de modelo para o Brasil, mas é preciso levar em conta as peculiaridades do sistema de saúde brasileiro e as desigualdades profundas.

Entretanto, com o uso da telemedicina pós pandemia, seria possível atender pacientes com outras doenças que, não obstante precisem de assistência, não demandem internação e tampouco comparecimento presencial em um hospital. Com isso, desafoga a rede física de atendimento para que ela seja utilizada para os casos mais graves e de demanda extraordinária¹⁹.

Como por exemplo, a manutenção de tratamentos continuados, no caso de pessoas que dispensem internação. Pois, esses pacientes necessitam de orientação e supervisão constante de seus médicos, e com a Telemedicina, possibilita a manutenção do tratamento ao mesmo tempo em que os protege da exposição ao vírus. Assim, a medida aprova permite que médicos entrem em contato com seus pacientes para sugerir como uma alternativa o teleatendimento²⁰.

O médico que exercer a medicina a distância, deve avaliar cuidadosamente a informação que recebe e só emitir opiniões e recomendações médicas se a qualidade da informação recebida for suficiente para o cerne da questão. Assim, deve-se ter o cuidado de que o atendimento seja adequado aos seus propósitos²¹.

Dessa forma, seria necessário averiguar a gama de doenças passíveis do atendimento à distância, bem como aqueles que necessitam do comparecimento ao Hospital.

Verifica-se que as relações de trabalho, tecnologia e saúde avançam juntas de forma que o “desenvolvimento tecnológico é tão expressivo que acaba por operar mudanças significativas no tecido social e cultural, chegando a pautar uma sociedade da tecnologia de informação e comunicação”²².

Nesse sentido, Denise Pires Fincato explica que:

¹⁸ SENA, Lucas; FARRANHA, Ana Claudia. **A telemedicina em tempos de Covid-19 e os desafios regulatórios que estão por vir.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/direito-pos-graduacao-telemedicina-tempos-covid-19-desafios-regulatorios>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

¹⁹ SOARES, Flávia Rampazzo. Corona Vírus: uma chance e um teste para telemedicina no Brasil.

²⁰ COVID-19: Uso da Telemedicina durante o coronavírus.

²¹ SOARES, Flávia Rampazzo. Corona Vírus: uma chance e um teste para telemedicina no Brasil.

²² DA SILVA, Gabriela Rangel. **Tecnologia e Relações de Trabalho.** Impactos na Vida do Trabalhador Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2019.

A tecnologia atrela-se ao trabalho para facilitar e otimizar o fazer humano. Assim, ocorreu com as ferramentas de agricultura (enxadas, pás), com o computador. A ideia de utilização sempre foi de facilitar o trabalho e, com isto, economizar tempo e esforço humano²³.

Além disso, a utilização das novas tecnologias de informação e comunicação, atualmente, está inserida em todos os serviços e setores da saúde, sendo imprescindível para o trabalho, tanto na qualificação do profissional, gestão do hospital, como na oferta de serviços e procedimentos em saúde.

Nas palavras de Klaus Schwab, frisa o autor que:

Inovar é um processo social complexo e não algo que devemos aceitar como inevitável, todavia, é importante darmos atenção sobre como garantir que esses avanços continuem a ser realizados e sejam orientados para os melhores resultados possíveis²⁴.

O acesso à saúde está consolidada na Constituição Federal e a regulação dessa matéria é multidisciplinar, pois envolve observações das áreas relacionadas à temática e às esferas pública e privada²⁵.

No momento em que novas tecnologias surgem e que promover o acesso a serviços de saúde se mostra cada vez mais importante e necessário, que profissionais e futuros profissionais estejam familiarizados com as novas tecnologias e dispostos a utilizá-las em seus atendimentos.

A telemedicina, tem se mostrado essencial aos serviços de saúde e à promoção e prevenção em saúde, sendo uma prática que não deverá terminar quando a pandemia cessar, mas permanecerá como mais uma forma de se fazer saúde. Destacamos dessa forma, um complemento à Lei 13.989/2020, o qual permite que o Conselho Federal de Medicina (CFM) regulamente a prática da telemedicina após o período de crise causada pelo novo coronavírus²⁶.

A nova lei não foi aprovada integralmente, pois foram vetados dois dispositivos do projeto. O primeiro dos dispositivos vetados transfere para o CFM a responsabilidade por regulamentar a telemedicina após o fim da pandemia, como já mencionado. Já o segundo dispositivo a ser vetado previa o uso de receitas médicas virtuais desde que essas receitas tivessem carimbo e assinatura digitais. Entretanto, implica em risco sanitário à população já que assinatura digital é um elemento de fácil adulteração²⁷.

Além disso, outro elemento seria o vazamento de informações, pois se em circunstâncias normais a proteção à intimidade do paciente já é uma preocupação, uma consulta médica on-line, essa preocupação é multiplicada. Na lei que entrou em vigor, não há nenhum dispositivo que regulamente questões ligadas à segurança da informação. Dessa forma, deverá ser desenvolvido plataformas que detectam vulnerabilidade e controle de acessos especialmente para esse fim²⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso da tecnologia é pressuposto fundamental ao desenvolvimento e aperfeiçoamento de quaisquer relações humanas, especialmente as que envolvam a saúde. Dessa forma, a telemedicina torna-

²³ FINCATO, Denise Pires. Trabalho e tecnologia: reflexões. In: FINCATO, Denise Pires; MATTE, Maurício; GUIMARÃES, Cíntia (Org.). **Trabalho e Tecnologia: Reflexões**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

²⁴ SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. 5ª edição. São Paulo: Edipro, 2018. p.35.

²⁵ SENA, Lucas; FARRANHA, Ana Claudia. A telemedicina em tempos de Covid-19 e os desafios regulatórios que estão por vir.

²⁶ CARDOSO, Leonardo. Coronavírus e Telemedicina: ferramenta para hoje e para o pós-pandemia.

²⁷ COVID-19: Uso da Telemedicina durante o coronavírus.

²⁸ COVID-19: Uso da Telemedicina durante o coronavírus.

se viável e necessária no momento de pandemia, e que precisa ser investigada e regulamentada pelo poder legislativo brasileiro, para que possa ser aplicada dentro no território nacional com segurança pós pandemia.

É evidente que a emergência vivenciada precisa de medidas rápidas para servirem de vias de contenção da pandemia. Porém, para a continuidade da temática que cumpra com os aspectos democráticos, eficientes e de qualidade, faz-se importante um desenvolvimento que envolva o aprofundamento da regulação auxiliado à proteção de direitos individuais e coletivos, bem como a garantia do acesso à saúde e, conseqüentemente, o fortalecimento do Sistema Único de Saúde (SUS), constitucionalmente construído.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 dez. 2020.

CARDOSO, Leonardo. **Coronavírus e Telemedicina: ferramenta para hoje e para o pós-pandemia**. Disponível em: <<https://www.sanarmed.com/coronavirus-e-telemedicina-ferramenta-para-hoje-e-para-o-pos-pandemia-colunistas>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

COVID-19: Uso da Telemedicina durante o coronavírus. Disponível em: <<https://salariadvogados.com.br/telemedicina-durante-coronavirus/>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

DA SILVA, Gabriela Rangel. **Tecnologia e Relações de Trabalho**. Impactos na Vida do Trabalhador Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2019.

FINCATO, Denise Pires. **Trabalho e tecnologia: reflexões**. In: FINCATO, Denise Pires; MATTE, Maurício; GUIMARÃES, Cíntia (Org.). Trabalho e Tecnologia: Reflexões. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

MARUI, Gustavo. **O futuro da telemedicina pós-Covid-19**. Disponível em: <<https://medicinasa.com.br/futuro-telemedicina-pos-covid/#:~:text=Uma%20das%20principais%20vantagens%20da,relacionamento%20entre%20m%C3%A9dico%20e%20paciente>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **O que é covid-19**. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>>. Acesso em: 15 abril de 2020.

Ministério da saúde. **Portaria n.467, de 20 de março de 2020**. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-467-de-20-de-marco-de-2020-249312996>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Espanã: Punto Rojo, 2016.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. 5ª edição. São Paulo: Edipro, 2018. p. 35.

SENA, Lucas; FARRANHA, Ana Claudia. **A telemedicina em tempos de Covid-19 e os desafios regulatórios que estão por vir**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/direito-pos-graduacao-telemedicina-tempos-covid-19-desafios-regulatorios>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Flávia Rampazzo. **Corona Vírus: uma chance e um teste para telemedicina no Brasil**. Disponível em: <<https://www.iota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-uma-chance-e-um-teste-para-a-telemedicina-no-brasil-25032020>>. Acesso em: 04 dez 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

ARTIGOS GT 7 – CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS

A REGULAMENTAÇÃO DO CYBERBULLYING NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Franco Augusto de Vasconcellos Priotto¹

INTRODUÇÃO

O mundo virtual e a era digital propiciam demasiada modificação no modo de comunicação percebido pela sociedade como um todo. O âmbito da internet e a conectividade das redes sociais trazem o ápice do que se conhece da comunicação humana atualmente.

A presente pesquisa tem como problema central a regulamentação jurídica do cyberbullying no Brasil. Isso se dará pela verificação de como se dá a percepção e definição do ciberespaço e da cibercultura na atualidade, bem como a ligação de ambos ao Direito Penal e aos crimes cibernéticos sob uma perspectiva abrangente, de maneira a introduzir e aprofundar todas as nuances e características a respeito do cyberbullying e crimes a ele interligados, bem como a observação da dinâmica e conflituosa intersecção principiológica entre a liberdade de expressão e o direito à honra, a imagem e a privacidade no âmbito digital. Além disso, a pesquisa busca apontar para a inegável necessidade de mudanças no ordenamento jurídico pátrio atreladas ao cyberbullying.

No primeiro tópico serão abordados os aspectos gerais a respeito da conceituação e definição dos elementos essenciais à compreensão do mundo virtual, trazendo explicações acerca do ciberespaço e da cibercultura e a relação com o Direito Penal e os crimes cibernéticos. Em seguida, no segundo tópico, buscar-se-á analisar com profundidade todas as peculiaridades do cyberbullying e dos crimes conexos a ele no âmbito digital comunicacional. No terceiro e último tópico, pretende-se elucidar as particularidades observadas na interligação do cyberbullying para com princípios de ordem constitucional, assim como tecer apontamentos marcantes sobre a lacuna normativa da temática no ordenamento jurídico nacional.

Concluindo, a partir da união e análise dos tópicos acima descritos, o estudo e compreensão dos crimes cibernéticos e, especialmente, do fenômeno do cyberbullying e seu estado atual no ordenamento jurídico pátrio restará efetivamente realizado, perfazendo adequadamente o objetivo de estabelecer as determinantes acepções acerca do progresso harmonioso das relações sociocomunicativas do mundo digital frente à este recente tema.

1. CIBERESPAÇO, CIBERCULTURA E AS REDES SOCIAIS E A SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL E OS CRIMES CIBERNÉTICOS

A tecnologia e os meios virtuais de comunicação proporcionados pela conectividade incessante atribuída aos utilizadores das redes sociais por meio da internet, possibilitam a existência de um universo digital interativo que se difere completamente da experiência do espaço físico e que conecta indivíduos do mundo inteiro a todo instante. Com isso, questões relacionadas ao Direito Penal e aos crimes cibernéticos devem ser visualizadas segundo nova perspectiva, que contemple adequadamente as soluções necessárias às

¹ Acadêmico do décimo nível de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF); e-mail: 160203@upf.br.

novas práticas delituosas evidenciadas em meio digital/virtual.

O ciberespaço pode ser definido como uma nova forma de interação comunicativa que advém da conexão de computadores a nível mundial. O alcance de tal terminologia delimita não somente a estruturação material do diálogo comunicacional digital, como também a capacidade de evidenciar a abrangência gigantesca de informações unidas a essa estrutura, juntamente com os indivíduos que povoam e fornecem suplemento a esse espaço universal de navegação.² Sob uma perspectiva mais ampla, o ciberespaço é visualizado de forma totalmente distinta quando comparado ao espaço físico. Trata-se de um espaço fictício confeccionado pelo armazenamento de dados que orbitam as tecnologias comunicativas da atualidade. A internet possui um alcance cibernético enorme, mas que se difere do conceito de ciberespaço, posto que a internet é um dentre outros ciberespaços existentes na gama conceitual dessa nomenclatura.³

Há uma importante relação entre o ciberespaço, a interconexão e as redes virtuais comunicativas, percebidas na rede mundial de computadores, assim como segue:

O ciberespaço somente é possível graças à interconexão, pois é ela que permite que pessoas compartilhem informações e se interliguem com pessoas de vários lugares. Quanto mais as pessoas se conectam, maior é a necessidade da evolução da interligação. E, por sua vez, o avanço da interconexão, as melhoras nas taxas de transmissão, resulta no aumento das conexões e compartilhamento de informações. Em outras palavras, o ciberespaço é “alimentado” pelas comunidades virtuais apoiadas na interconexão.⁴

Outra delimitação mostra-se relevante para o presente estudo, que é a exposição do que é a cibercultura. A cibercultura é uma cultura diferenciada jamais experimentada pelo ser humano anteriormente. Isso ocorre pelo fato de haver inúmeras viabilidades que o acesso à informação dá aos indivíduos componentes do meio virtual. Além disso, há a iminente capacitação do utilizador do ciberespaço de visualizar e exercitar sua própria individualidade a respeito daquilo que quer comunicar, receber e guardar, consoante ao fato de ser possível desobstruir o bloqueio espaço-temporal que os meios físicos impuseram aos indivíduos desde sempre.⁵

Feitas as colocações no que tange a explanação do que é o ciberespaço e a cibercultura, bem como o entendimento devido do local (espaço) e o contexto (relações de comunicação percebidas nas redes) no qual ocorre a ligação entre os indivíduos dos meios virtuais comunicativos, passa-se a partir de agora a perceber o impacto que as relações sociais virtuais detém sobre o Direito Penal e os cibercrimes. Para tanto, faz-se preciso identificar as conceituações básicas no que se refere o crime sob a perspectiva analítica, os crimes informáticos e os crimes virtuais, todos possuindo sua importância para o Direito Penal

² LÉVI, Pierre. **Cibercultura**. 1ª edição. São Paulo - SP: Editora 34 Ltda, 1999. p. 22-23. 246 p. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Disponível em: <<https://mundonativodigital.files.wordpress.com/2016/03/cibercultura-pierre-levy.pdf>>. Acesso em: 25 de outubro de 2020.

³ FAUSTINO, Raquel; OLIVEIRA, Tamires Morete de. O cyberbullying no orkut: a agressão pela linguagem. **Língua, Literatura e Ensino**, [s.i], v. 3, n. [s.i], p. 184. p.183-193, maio de 2008. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/277074957_O_CIBERBULLYING_NO_ORKUT_A_AGRESSAO_PELA_LINGUAGEM>. Acesso em: 25 out. 2020.

⁴ RAMALHO, Ricardo de Oliveira; GARCIA, Flávia Júnia Justino Pacheco; LIMA, Geraldo Gonçalves de. As questões de identidade no ciberespaço em condições pós-modernas. **Evidência - Repositório Institucional Uniaraxá**, Araxá - MG, v. 14, n. 15, p. 105. p.101-110, 2018. UniAraxá Ensino de Excelência. Disponível em: <<http://repositorio.uniaraxa.edu.br:8080/bitstream/handle/123456789/183/As%20quest%C3%B5es%20de%20identidade%20no%20ciberespa%C3%A7o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 out. 2020.

⁵ PINHEIRO, Luzia de Oliveira. **Cyberbullying e Cyberstalking**. 2016. p. 77-78. 281 p. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência da Comunicação, Instituto de Ciências Sociais, Universidade do Minho, Braga, 2016. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/42389>>. Acesso em: 26 de outubro de 2020.

e, mais especificamente, para a análise do cyberbullying a ser feita posteriormente.

Para o Direito Penal, atualmente o conceito mais amplamente conhecido e bem recebido de crime no ordenamento jurídico nacional é o analítico, classificando o crime como ação típica, antijurídica e culpável.⁶ Contudo, apesar de tal conceituação abarcar de fato a totalidade de crimes existentes, inclusive os cibercrimes, há ainda uma classificação mais profunda, dividindo os cibercrimes em três espécies diferentes. O crime informático de ordem pura é o crime através do qual o computador é utilizado como instrumento de ataque a outro sistema de informação computadorizado. Crime informático/virtual misto é aquele cujo crime não tem a intenção de atacar outro sistema informático, mas para que o crime seja perfectibilizado, é imprescindível o uso de um computador. Por fim, existem os crimes virtuais comuns, já devidamente qualificados no Código Penal, que podem ser feitos sem a utilização do sistema informático, mas que são realizados através desse como uma forma mais acessível de prática do delito.⁷

Diante dessa classificação trifurcada, denota-se que a noção de ciberespaço antes trazida à pauta se mostra conflitante para com a aplicabilidade adequada da lei penal à punição dos cibercrimes, posto que existem crimes diversos que nem mesmo necessitam de consumação física, bastando a consumação virtual. A dificuldade pode ser sentida consoante ao exposto a seguir:

O surgimento do denominado mundo virtual ou ciberespaço, que apresenta novas concepções de tempo e, sobretudo, de espaço, passou a constituir um empecilho à correta aplicação da lei penal, posto que a concepção clássica de território (espaço físico) ganha outra denotação, qual seja: de espaço virtual, isto é, ambiente global no qual há uma transcendência dos limites territoriais (da vida real).

Assim, o ciberespaço não é propriamente um território, mas se caracteriza por um fluxo constante de informações, através de redes de comunicação, de forma que a localização da informação passa a ter relevância, uma vez que é ela quem dá a idéia de território, desvinculado do espaço físico, surgindo daí, diversas questões a serem solucionadas pelo direito penal e processual penal.⁸

No que diz respeito a competência territorial para apuração de delitos no Brasil, o artigo 70 do Código de Processo Penal⁹ dita que de regra a questão de competência deverá ser fixada de acordo com o local de consumação do delito. Entretanto, a multiplicidade de lugares nos quais é possível conseguir acesso ao conteúdo ilícito dificulta discernir em que local exatamente ocorreu a consumação delituosa. Demonstrando, assim, a obsolescência da legislação processual penal constante no artigo em questão, que não alcança a possibilidade da diversidade de localizações experimentadas nos cibercrimes. Parte voluptuosa dos agentes criminosos digitais e virtuais não recebe punição pelo poder do Estado, quando se fala em delitos consumados à distância e que o espaço de consumação é distinto do espaço no qual o resultado é visto, justamente em função da aplicação do princípio da territorialidade a tais casos, sendo esse insatisfatório.¹⁰

⁶ TAVARES, Juez. **Teorias do Delito**: variações e tendências. 1ª edição. São Paulo - SP: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p.1. 115 p.

⁷ COSTA, Marco Aurélio Rodrigues da. Crimes de Informática: Introdução e História do Computador. **BuscaLegis E-GOV/UFSC**, Santa Catarina, p 26-27. p. 1-70, 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/crimes-de-inform%C3%A1tica-introdu%C3%A7%C3%A3o-e-hist%C3%B3ria-do-computador>>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁸ CONTE, Christiany Pegorari; SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. Desafios do Direito Penal no Mundo Globalizado: A Aplicação da Lei Penal no Espaço e os crimes informáticos. **OAB/SP**, São Paulo, p. 4. p.1-28, 2008. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes-antiores/direito-eletronico-crimes-alta-tecnologia/artigos/2010-2012/Desafios%20do%20Direito%20Penal%20RDIT.pdf>>. Acesso em: 27 de outubro de 2020.

⁹ BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 27 de outubro de 2020.

¹⁰ KUNRATH, Josefa Cristina Tomaz Martins. **A expansão da criminalidade no ciberespaço**: desafios de uma política criminal de prevenção ao cibercrime. 2014. p. 59-60. 158 p. Dissertação (Mestrado) -

Finalizando, restou possível averiguar nesse tópico todas as pontualidades basilares atreladas ao âmbito virtual comunicacional das redes e a sua relação com o Direito Penal e os crimes cibernéticos, bem como uma breve observação acerca das dificuldades extraídas dessa conexão. Todas essas colocações são de importante reflexão para que se chegue à temática do próximo tópico. Feita toda a análise inicial necessária para adentrar de fato ao assunto central do presente artigo, a seguir serão expostas delimitações específicas sobre o fenômeno do cyberbullying, suas características e os crimes conexos a ele.

2. CYBERBULLYING E CRIMES CONEXOS NO MEIO VIRTUAL

Com as redes sociais de comunicação sendo cada vez mais utilizadas pelas pessoas, as relações entre os indivíduos tornam-se mais frequentes e assíduas diante da conectividade ilimitada fornecida pela internet. Um recente fenômeno percebido no meio virtual que possui ímpar relevância e íntima relação com tal conectividade é o cyberbullying, bem como os crimes conexos a ele.

Para que se possa delinear adequadamente sobre o cyberbullying, inicialmente é pertinente mencionar a sua estreita relação para com o bullying. A prática de ambos os institutos é preocupante para educadores e profissionais em todo o mundo, especialmente na área da Psicologia. Não obstante, isso não se limita a esses seguimentos do conhecimento, visto que atuantes de outras áreas como do Direito e da Pedagogia também constantemente trabalham para com essa problemática.

No que tange a conceituação de bullying, não há tradução literal da palavra para o português. Em linhas gerais, observa-se o bullying como uma índole comportamental que envolve provocações e ameaças intimidativas entre pessoas, ocorrendo de forma habitual em um determinado cenário contextual, conectado estruturalmente pelos atributos dos agentes da prática, sejam os agressores ou as vítimas, ocorrendo e sendo influenciado através de uma espécie de rede de estímulos em que mostram-se suscetíveis as famílias, jovens e as escolas envolvidas.¹¹ O cyberbullying possui dicotomia em parcela da doutrina, sendo contemplado sob duas perspectivas diferentes: uma diretamente ligada ao bullying, com poucas disparidades entre ambos; e a outra indicando que o cyberbullying possui caráter inteiramente diverso do bullying.¹²

Os autores que concordam com o pensamento de que o cyberbullying é uma forma de agressão diferente do bullying, ressaltam que a plateia (aqueles que assistem ao fenômeno) no âmbito virtual é muito maior se comparada ao bullying, posto que nesse último o número de espectadores é bem limitado, enquanto no primeiro a programação digital da atualidade oportuniza a descomplicada disseminação do conteúdo ofensivo entre milhares de indivíduos conectados à rede. Em suma, dada a potencialidade exponencial de propagação de conteúdo ser imensurável por parte de quem consome a prática em âmbito virtual, o cyberbullying detém diferenciação em comparação ao bullying pelo grande alcance que sua consumação pode experimentar na internet. Ainda, vale ressaltar que para um determinado número de autores, a caracterização de repetitividade que o bullying necessita não é requisito essencial no cyberbullying, posto que uma simples publicação pejorativa pode fazer com que o seu conteúdo fique

Curso de Faculdade de Direito, Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania, Universidade Federal da Bahia, Salvador - BA, 2014. Cap. 4. Disponível em: <<http://www.progesp.ufba.br/sites/progesp.ufba.br/files/dissertacao-final-josefa-cristina-tomaz-martins-kunrath-2014.pdf>>. Acesso em: 27 de outubro de 2020.

¹¹ LISBOA, Carolina; BRAGA, Luiza de Lima; EBERT, Guilherme. O fenômeno bullying ou vitimização entre pares na atualidade: definições, formas de manifestação e possibilidades de intervenção. **Contextos Clínicos**, São Leopoldo-RS, v. 2, n. 1, p. 60-61. p.60-71, 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/contextosclinicos/article/view/4914>>. Acesso em: 28 out. 2020.

¹² FERREIRA, Taiza Ramos de Souza Costa; DESLANDES, Suely Ferreira. Cyberbullying: conceituações, dinâmicas, personagens e implicações à saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, [s.l.], v. 23, n. 10, p. 3373. p.3369-3379, out. 2018. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1413-812320182310.13482018>. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v23n10/1413-8123-csc-23-10-3369.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2020.

exposto de maneira permanente.¹³

Por mais que o bullying já esteja devidamente delineado pela doutrina no decorrer dos últimos anos, a progressão da sociedade da tecnologia e da informação abriu espaço para novos debates frente ao cyberbullying, fenômeno que se encontra em processo de amadurecimento até mesmo na doutrina, e que ainda divide opiniões quanto a algumas características. Todavia, a doutrina é uníssona em reconhecer que em ambos os institutos as vítimas são sempre danificadas por efeitos psicológicos negativos em diferentes níveis de gravidade a depender de cada caso fático, e é imperioso que isso seja mudado, mesmo que gradativamente.

Continuadamente, em relação às vítimas do cyberbullying, fora feita pesquisa empírica sob a forma de estatística com 367 adolescentes de escolas públicas e privadas da região metropolitana de Porto Alegre/RS, conduzida para apresentação na dissertação em Psicologia Clínica de Guilherme Welter Wendt, a qual expôs dados interessantes. Quanto as vítimas, grande parte dos percentuais de abusos foram observados em piadas (39,1%) e insultos (33,6%) nos fóruns da internet. Outrossim, 22,7% comentaram que foram expulsos de fóruns ou tiveram sua comunicação por mensagem barrada. Quanto a intimidade, 7,8% tiveram arquivos de ordem pessoal roubados do computador, 20,8% dos entrevistados detiveram uma foto sua constrangedora publicada indevidamente sem anuência, 20,6% obtiveram dados de e-mails furtados e 10,3% relataram ter seus nomes de usuários roubados. Ainda, 17,6% tiveram conversas de cunho pessoal espalhadas, 9,9% foram ludibriados por outro indivíduo que simulava ser do sexo oposto e 8,4% tiveram fotos postadas feitas por programas de edição, ou seja, falsas. Sobre ameaça, 19,9% receberam ameaças em fóruns online e 17,5% reportaram receber mensagens SMS com conteúdo agressivo.¹⁴ Após a compreensão da análise estatística exposta, pode-se depreender disso que a quantidade de pessoas que sofrem lesões e a diversidade de categorias elencadas nas situações evidenciadas é vasta.

Na legislação penal do ordenamento jurídico pátrio, há crimes virtuais que podem ter aplicação punitiva através do uso do Código Penal como fonte subsidiária, sabido que não há na legislação penal vigente tipo atribuído especificamente ao cyberbullying. Particularmente, são três os crimes comumente mais recorrentes nas práticas abusivas de cyberbullying, sendo eles: calúnia, difamação e injúria, conhecidos como crimes contra a honra. Ainda há um quarto crime vislumbrado juntamente ao cyberbullying, o de indução/instigação ao suicídio ou automutilação. Seguem abaixo os tipos mencionados:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação.

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça.¹⁵

Em consonância a uma boa compreensão conceitual sobre os crimes contra a honra, o ato de caluniar alguém verifica-se consumado a partir do momento que qualquer indivíduo tenha conhecimento

¹³ FERREIRA, Taiza Ramos de Souza Costa; DESLANDES, Suely Ferreira. **Cyberbullying**: conceituações, dinâmicas, personagens e implicações à saúde.

¹⁴ WENDT, Guilherme Welter. **Cyberbullying em adolescentes brasileiros**. 2012. p. 58. 92 p. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Programa de Pós-graduação, Mestrado em Psicologia Clínica, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4749>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

¹⁵ BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

daquilo que foi alegado em matéria de fato, e, tratando-se da internet, na primeira pessoa que presenciar o fato, já é possível qualificar a conduta como crime. Lembrando que mesmo na internet a tentativa é admitida e é passível de exceção de verdade. Continuando, na difamação, o ato de difamar alguém é comprovado quando terceiro alheio ao ofensor e ao ofendido percebe o ato ocorrendo. Enquanto na injúria, a honra subjetiva da vítima é atingida e ferida. Em contrapartida à calúnia e difamação, a injúria é verificada quando o fato danificador do ato de ofender atinja e seja conhecido somente pelo próprio ofendido, sem necessidade do conhecimento por parte de terceiros.¹⁶

A respeito do crime do artigo 122 do Código Penal, esse teve o seu caput e parágrafos reformulados pela “Lei do Pacote Anticrime”¹⁷, ocorrendo o acréscimo da palavra automutilação junto à manutenção do restante antes percebido. Mas, o que mais se destaca dessa alteração legislativa recente ocorrida entre o ano de 2019/2020, é que segundo o que preceitua o parágrafo 4º do artigo em pauta, a pena pode ser aumentada de forma dobrada caso a conduta delituosa venha a ser perpetuada em âmbito virtual, através de redes sociais ou por transmissão ao vivo, conhecida a veloz e avassaladora propagação dos atos criminosos perante às maneiras mencionadas.

Em conclusão, nota-se que o cyberbullying detém estreita relação com alguns dos crimes tipificados no Código Penal, utilizados de maneira subsidiária para aplicabilidade da lei penal, posto que existe carência normativa específica quanto a esse recente fenômeno do âmbito virtual de comunicação social. Na sequência, no tópico seguinte será abordado em que condição o cyberbullying se encontra atualmente na legislação pátria; a sua ligação com princípios constitucionais; e a demonstração da lacuna normativa e de possíveis melhorias quanto ao assunto no Direito brasileiro.

3. CYBERBULLYING: LIGAÇÃO COM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A LACUNA NORMATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A percepção do aparato constitucional é um fator norteador para toda e qualquer temática existente no mundo jurídico. No cyberbullying isso não é diferente, uma vez que esse dispõe de vínculo intenso para com alguns princípios/direitos constitucionalmente estabelecidos. Em que pese a existência desse engajamento, é possível se verificar a lacuna normativa que subsiste no cyberbullying, mormente à nível infraconstitucional.

Em um cenário estabelecido democraticamente, por mais que não seja adequado anunciar a predileção de um direito fundamental específico em detrimento de outros, há direitos que naturalmente terão maior notoriedade, uma vez que logram de prioridade inicial e requerem e alcançam motivações fortes o suficiente para terem sua exceção amparada ante aos demais. Isso aplica-se ao princípio da liberdade de expressão, seja pela perspectiva individual ou pela coletiva, serve de parâmetro para a realização de outros direitos fundamentais variados e inclusive atua para o funcionamento do regime democrático que necessita da livre opinião pública.¹⁸

¹⁶ BRITO, Rafael Giordano Gonçalves. Aplicabilidade das normas penais nas condutas ilícitas de cyberbullying cometidas em redes sociais na internet. **Revista Esmat**, Palmas - TO, v 5, n 6, p 220-224 p 201-232, 2013 Disponível em: <http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/63/69> Acesso em: 30 out 2020

¹⁷ BRASIL. Lei nº 13.968, de 26 de dezembro de 2019. **Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar o crime de incitação ao suicídio e incluir as condutas de induzir ou instigar a automutilação, bem como a de prestar auxílio a quem a pratique.** Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13968.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

¹⁸ STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria - RS, v. 10, n. 2, p. 453. p.450-468, 17 dez. 2015. Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria.

A ação de pronunciar-se de maneira liberta no âmbito virtualizado converte-se em cyberbullying quando os discursos emanados causam danos e violam os direitos protegidos pelas normas da lei e que fazem o prognóstico da preservação da honra e o direito a um julgamento adequado, estendido a todos os indivíduos. A liberdade de expressão transmuta-se em uma ação coercitiva no instante que extrapola o limite da ética e da moral daquele que está sendo vítima, e, que tais limites são singulares e personalíssimos, detendo caráter subjetivo. Porém, a definição de limite é versátil e vêm sendo modificada de acordo com o aprimoramento social que o tempo proporciona. Em outras palavras, o que pode ser atualmente compreendido como violação de direitos alheios, poderá ter significado diverso para indivíduos que virão a compor a sociedade do futuro.¹⁹

A realização excessiva do princípio da liberdade de expressão é mais frequente e recorrente, principalmente com a universalização do acesso à rede mundial da internet, de maneira que proporciona aos usuários do meio virtual o alcance de um papel ativo no relacionamento comunicativo para com os demais usuários. Tais indivíduos deslocam-se do posicionamento de meros receptores informacionais para autores de conteúdo, que são propagados de forma instantânea em tempo real nas redes sociais como o Twitter, Instagram e Facebook, munidos de uma veloz e facilitada disseminação e de uma farsante sensação de estarem anônimos. Em razão disso, discursos de discriminação passaram a ter seu lugar dentro do ciberespaço, e, nesse caso é conveniente a feitura de análises atreladas à liberdade de expressão, bem como seus limites observados nas mensagens intolerantes que ferem indivíduos e agrupamentos vulneráveis.²⁰

Além de todos os crimes observados no âmbito digital, o cyberbullying pode ser visualizado de tal maneira que na maioria dos casos se aparenta de infração suscetível de reprovação pelo Código Penal, e, dependendo da situação envolvendo a legitimidade, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente²¹, o que com efeito não desconfigura sua designação penal como um cibercrime.²² O avanço irrefreável do cyberbullying clama dinamismo jurídico com o fito de tentar a neutralização do ato ilícito, seja na esfera penal, civil e no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. Sobre o aspecto civil, absolutamente todos os atos que possuam dano, particularmente os que tenham por consequência dano moral, podem ser abarcados pela responsabilização civil de indenização, com intuito educacional frente à violação ocasionada.²³

A criação da Lei nº 13.185/2015 ocorreu, visto que o bullying precisava de lei específica, denominada como norma antibullying. A lei tinha como escopo primordial alcançar uma concepção preventiva para com os alunos, professores, funcionários e escolas do país inteiro. Dotada, logo, da busca pela repreensão às práticas e condutas violentas, reprimindo as violências: física, verbal, psicológica, sexual,

<http://dx.doi.org/10.5902/1981369419463>. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf>>. Acesso em: 31 out. 2020.

¹⁹ BERTO, Matheus. O cyberbullying e a liberdade de expressão: uma proposta de análise dos limites que garantem a manutenção do convívio social. **Revista Tecer**, Belo Horizonte - MG, v. 5, n. 8, p. 36. p.29-39, 31 de maio de 2012. Instituto Metodista Izabela Hendrix <http://dx.doi.org/10.15601/1983-7631/rt.v5n8p29-39>. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas-izabela/index.php/tec/article/view/110>. Acesso em: 31 out. 2020.

²⁰ STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**: o conflito discursivo nas redes sociais.

²¹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe Sobre O Estatuto da Criança e do Adolescente e dá Outras Providências**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 01 de novembro de 2020.

²² VANCIM, Adriano Roberto; GONÇALVES, José Eduardo Junqueira. Os cybercrimes e o cyberbullying: apontamentos jurídicos ao direito da intimidade e da privacidade. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte - MG, a. 62, n. 199, p. 36. p.36-43, out. 2011. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/395/1/D4v1992011.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.

²³ VANCIM, Adriano Roberto; GONÇALVES, José Eduardo Junqueira. **Os cybercrimes e o cyberbullying**: apontamentos jurídicos ao direito da intimidade e da privacidade.

moral e virtual.²⁴ Em que pese a criação da lei específica²⁵, e dela se observe a citação referente ao cyberbullying no seu artigo 2º, parágrafo único, a simples definição do que é o fenômeno do cyberbullying não é suficiente para o devido combate à sua prática cada vez mais recorrente. As explanações a seguir traduzem bem a situação:

[...]O direito precisa seguir as mudanças e o desenvolvimento da sociedade e seus costumes e os conflitos virtuais que crescem livres de uma legislação específica. Com as mutações sofridas na tecnologia e sociedade, é importante que aja um regulamento para o cyberbullying que possa controlar esta violência e os conflitos que acontecem no espaço virtual[...]

O cyberbullying é ato típico, pois a conduta se enquadra no que está previsto no Código Penal, configurando crimes como a calúnia, difamação, ofensa, injúria, ameaça, falsa identidade, constrangimento ilegal, extorsão, entre outros. Porém, parece de uma norma que aduza especificamente sobre o ambiente virtual, que ainda é estranho ao Direito.

O deslinde da questão é o problema com o Estado, que ainda busca diversas formas de impor limites aos crimes cometidos no ciberespaço com elaboração de projetos educacionais, principalmente nas escolas, para conscientizar os jovens e adolescentes em como utilizar a internet. Mas mesmo com tantas campanhas e projetos, a violência continua aumentando rapidamente, por isso, entende a maioria dos doutrinadores pela necessidade da criação de uma lei própria para o tema.²⁶

Há a nível internacional a Convenção de Budapeste, que em linhas gerais permitiu a concretização de um tratado que procura dar conotação harmônica à lei penal e processual atrelada aos cibercrimes. Tal tratado é o único mecanismo jurídico de caráter mundial para enfrentar adequadamente os cibercrimes. É relevante mencionar que o Brasil não é signatário da Convenção de Budapeste sobre cibercrimes, ainda que o país detenha capacitação em termos técnicos e jurídicos para tanto. No Direito Brasileiro, delitos cometidos pela internet, independentemente de classificação, estão em dissidência para com a competência e o desempenho das autoridades do país, partindo do fato de que a aplicabilidade normativa é restrita ao âmbito territorial, o que a torna inapta quanto às violações de direitos fundamentais.²⁷

Por fim, é substancial destacar que pela lacuna normativa vislumbrada no decorrer da presente pesquisa, conclui-se cabível e adequada a implementação com artigos/parágrafos contendo maiores detalhes sobre o cyberbullying na lei já existente sobre o bullying, de forma a dar mais visibilidade nessa legislação específica. Em um cenário mais sublime, a criação de uma lei diversa somente sobre o fenômeno do cyberbullying, contendo definição, classificação, procedimento para apuração e punição das condutas. Caso isso não ocorra, é preciso no mínimo a existência e indicação do cyberbullying nas leis que venham a impor alguma punição aos agressores virtuais, sendo esses menores de idade remetidos ao Estatuto da Criança e do Adolescente e, quando maiores, direcionados ao Código Penal. Com a prerrogativa de melhor

²⁴ LACERDA, Igor Mendonça; PADILHA, Marcelo Fróes; AMARAL, Paulo Sérgio Pires do. Cyberbullyng: Violência virtual e a tipificação penal do Brasil. **Interscienceplace**: International Scientific Journal, Campos dos Goytacazes, v. 13, n. 2, p. 181. p.169-184, 2018. Disponível em: <<http://www.interscienceplace.org/isp/index.php/isp/article/view/741/445>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

²⁵ BRASIL. Lei nº 13.185, de 06 de novembro de 2015. **Institui O Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying)**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm>. Acesso em: 01 de novembro de 2020.

²⁶ SASAZAWA, Danielle Sayuri; ZAUK, Renata Braga; LEITE, Leonardo Canez. O CYBERBULLYING E A ANÁLISE DA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE LEI PRÓPRIA. **Facider Revista Científica**, Colíder - MT, n. 13, p. 12-13. p.1-20, nov. 2019. Disponível em: <<http://seicesucol.edu.br/revista/index.php/facider/article/view/203/250>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

²⁷ CIDRÃO, Taís Vasconcelos; MUNIZ, Antônio Walber; ALVES, Ana Abigail Costa Vasconcelos. A oportuna e necessária da aplicação do Direito Internacional nos ciberespaços: da Convenção de Budapeste à legislação brasileira. **Brazilian Journal Of International Relations**, Marília - SP, v. 7, n. 1, p. 78-79. p.66-82, abr. 2018. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/bjir/article/download/7069/5031/0>>. Acesso em: 02 nov. 2020.

embate aos cibercrimes em geral, incluindo o cyberbullying, é vital a inserção do Brasil na Convenção de Budapeste sobre cibercrimes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço das tecnologias, o advento da internet, das redes sociais e do âmbito virtual como um todo propiciaram à presente pesquisa uma adequada interligação entre as áreas da Tecnologia, Pedagogia, Psicologia e do Direito, visando elaborar um estudo embasado na multidisciplinariedade que o fenômeno do cyberbullying carrega consigo.

Tornou-se palpável com o decorrer da pesquisa à observância quanto às particularidades existentes no ciberespaço e na cibercultura, assim como a ligação que ambos têm para com o Direito Penal e os cibercrimes. As definições e conceituações expostas trazem à tona a grandiosidade que o universo tecnológico/informacional possui e, com isso, naturalmente, a proliferação de novos desafios ao mundo jurídico, sobretudo para correta aplicabilidade do Direito Penal frente aos novos crimes ou aos novos meios de perpetuação de delitos que já existiam antes do advento do mundo virtual e da internet.

Vislumbrou-se possível com o deslinde da pesquisa, perceber e compreender como se dá a classificação dos cibercrimes em uma perspectiva ampla, bem como a medular abordagem sobre o fenômeno do cyberbullying e todas as suas características delimitadoras. O destaque à tênue relação do cyberbullying para com os crimes contra a honra e com o crime de induzimento e instigação ao suicídio mostraram-se de extrema relevância para a vinculação que o cyberbullying detém para com a legislação penal. Por último, mas não menos importante, restou feita apropriadamente a intersecção do cyberbullying para com o princípio constitucional da liberdade de expressão e os direitos à honra, à imagem e à privacidade, como também o diagnóstico da lacuna normativa inofismável atrelada ao cyberbullying no ordenamento jurídico pátrio.

Finalmente, inferiu-se que para o devido embate ao cyberbullying no país, é ideal que se crie lei própria para a temática. Contudo, caso isso não seja possível, no mínimo, é certa a necessidade de aperfeiçoamento da lei já existente sobre o bullying, fornecendo mais destaque ao cyberbullying. Ainda, denota-se válida a colocação do cyberbullying no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Penal. Por fim, é impreterível a inserção do Brasil na Convenção de Budapeste sobre cibercrime. O combate aos cibercrimes e ao cyberbullying será mais eficiente com essas medidas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BERTO, Matheus. O cyberbullying e a liberdade de expressão: uma proposta de análise dos limites que garantem a manutenção do convívio social. **Revista Tecer**, Belo Horizonte - MG, v. 5, n. 8, p.29-39, 31 de maio de 2012. Instituto Metodista Izabela Hendrix <http://dx.doi.org/10.15601/1983-7631/rt.v5n8p29-39>. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas-izabela/index.php/tec/article/view/110>. Acesso em: 31 de outubro de 2020.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 de outubro de 2020.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 27 de outubro de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe Sobre O Estatuto da Criança e do Adolescente e dá Outras Providências**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 01 de novembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.185, de 06 de novembro de 2015. **Institui O Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying)**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm. Acesso em: 01 de novembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.968, de 26 de dezembro de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar o crime de incitação ao suicídio e incluir as condutas de induzir ou instigar a automutilação, bem como a de prestar auxílio a quem a pratique. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13968.htm. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

BRITO, Rafael Giordano Gonçalves. Aplicabilidade das normas penais nas condutas ilícitas de cyberbullying cometidas em redes sociais na internet. **Revista Esmat**, Palmas - TO, v. 5, n. 6, p.201-232, 2013. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/63/69. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

CIDRÃO, Taís Vasconcelos; MUNIZ, Antônio Walber; ALVES, Ana Abigail Costa Vasconcelos. A oportuna e necessária da aplicação do Direito Internacional nos ciberespaços: da Convenção de Budapeste à legislação brasileira. **Brazilian Journal Of International Relations**, Marília - SP, v. 7, n. 1, p.66-82, abr. 2018. Quadrimestral. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/bjir/article/download/7069/5031/0>. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

CONTE, Christiany Pegorari; SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. Desafios do Direito Penal no Mundo Globalizado: A Aplicação da Lei Penal no Espaço e os crimes informáticos. **OAB/SP**, São Paulo, p.1-28, 2008. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes-antiores/direito-eletronico-crimes-alta-tecnologia/artigos/2010-2012/Desafios%20do%20Direito%20Penal%20RDIT.pdf>. Acesso em: 27 de outubro de 2020.

COSTA, Marco Aurélio Rodrigues da. Crimes de Informática: Introdução e História do Computador. **BuscaLegis E-GOV/UFSC**, Santa Catarina, p. 1-70, 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/crimes-de-inform%C3%A1tica-introdu%C3%A7%C3%A3o-e-hist%C3%B3ria-do-computador>. Acesso em: 27 de outubro de 2020.

FAUSTINO, Raquel; OLIVEIRA, Tamires Morete de. O cyberbullying no orkut: a agressão pela linguagem. **Língua, Literatura e Ensino**, [s.i.], v. 3, n.[s.i.], p.183-193, maio 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277074957_O_CIBERBULLYING_NO_ORKUT_A_AGRESSAO_PELA_LINGUAGEM. Acesso em: 25 de outubro de 2020.

FERREIRA, Taiza Ramos de Souza Costa; DESLANDES, Suely Ferreira. Cyberbulling: conceituações, dinâmicas, personagens e implicações à saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, [s.l.], v. 23, n. 10, p.3369-3379, out. 2018. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1413-812320182310.13482018>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v23n10/1413-8123-csc-23-10-3369.pdf>. Acesso em: 28 de outubro de 2020.

KUNRATH, Josefa Cristina Tomaz Martins. **A expansão da criminalidade no ciberespaço: desafios de uma política criminal de prevenção ao cibercrime**. 2014. 158 p. Dissertação (Mestrado) - Curso de Faculdade de

Direito, Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania, Universidade Federal da Bahia, Salvador - BA, 2014. Cap. 4. Disponível em: <<http://www.progesp.ufba.br/sites/progesp.ufba.br/files/dissertacao-final-josefa-cristina-tomaz-martins-kunrath-2014.pdf>>. Acesso em: 27 de outubro de 2020.

LACERDA, Igor Mendonça; PADILHA, Marcelo Fróes; AMARAL, Paulo Sérgio Pires do. Cyberbullyng: Violência virtual e a tipificação penal do Brasil. **Interscienceplace**: International Scientific Journal, Campos dos Goytacazes, v. 13, n. 2, p.169-184, 2018. Disponível em: <<http://www.interscienceplace.org/isp/index.php/isp/article/view/741/445>>. Acesso em: 01 de novembro de 2020.

LÉVI, Pierre. **Cibercultura**. 1ª edição. São Paulo - SP: Editora 34 Ltda, 1999. 246 p. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Disponível em: <<https://mundonativodigital.files.wordpress.com/2016/03/cibercultura-pierre-levy.pdf>>. Acesso em: 25 de outubro de 2020.

LISBOA, Carolina; BRAGA, Luiza de Lima; EBERT, Guilherme. O fenômeno bullying ou vitimização entre pares na atualidade: definições, formas de manifestação e possibilidades de intervenção. **Contextos Clínicos**, São Leopoldo-RS, v. 2, n. 1, p.60-71, 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/contextosclinicos/article/view/4914>>. Acesso em: 28 de outubro de 2020.

PINHEIRO, Luzia de Oliveira. **Cyberbullying e Cyberstalking**. 2016. 281 p. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência da Comunicação, Instituto de Ciências Sociais, Universidade do Minho, Braga, 2016. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/42389>>. Acesso em: 26 de outubro de 2020.

RAMALHO, Ricardo de Oliveira; GARCIA, Flávia Júnia Justino Pacheco; LIMA, Geraldo Gonçalves de. As questões de identidade no ciberespaço em condições pós-modernas. **Evidência - Repositório Institucional Uniaraxá**, Araxá - MG, v. 14, n. 15, p.101-110, 2018. UniAraxá Ensino de Excelência. Disponível em: <<http://repositorio.uniaraxa.edu.br:8080/bitstream/handle/123456789/183/As%20quest%C3%B5es%20de%20identidade%20no%20ciberespa%C3%A7o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 de outubro de 2020.

SASAZAWA, Danielle Sayuri; ZAUKE, Renata Braga; LEITE, Leonardo Canez. O CYBERBULLYING E A ANÁLISE DA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE LEI PRÓPRIA. **Facider Revista Científica**, Colíder - MT, n. 13, p.1-20, nov. 2019. Disponível em: <<http://sei-cesucol.edu.br/revista/index.php/facider/article/view/203/250>>. Acesso em: 01 de novembro de 2020.

STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria - RS, v. 10, n. 2, p.450-468, 17 dez. 2015. Universidade Federal de Santa Maria. <http://dx.doi.org/10.5902/1981369419463>. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf>>. Acesso em: 31 de outubro de 2020.

TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito**: variações e tendências. 1ª edição. São Paulo - SP: Editora Revista dos Tribunais, 1980. 115 p.

VANCIM, Adriano Roberto; GONÇALVES, José Eduardo Junqueira. Os cybercrimes e o cyberbullying: apontamentos jurídicos ao direito da intimidade e da privacidade. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte - MG, a. 62, n. 199, p.36-43, out. 2011. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/395/1/D4v1992011.pdf>. Acesso em: 01 de novembro de 2020.

WENDT, Guilherme Welter. **Cyberbullying em adolescentes brasileiros**. 2012. 92 p. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Programa de Pós-graduação, Mestrado em Psicologia Clínica, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4749>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A GARANTIA DO ACESSO À INFORMAÇÃO

Cecília Rosa Weiler¹
Vanderlise Wentz Baú²

INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico mundial e a consequente disseminação de imagens e informações, mediante a utilização das mídias digitais, aliado ao exponencial desenvolvimento dos meios de comunicação, têm provocado mudanças nas relações humanas.

É notório que o espaço virtual não mais se limita aos alcances do computador. Dispositivos móveis, tais quais *smartphones* e *tablets*, vinculam e conectam pessoas em todo e qualquer lugar. Nessa conjuntura, a memória da plataforma digital implica diversos riscos à proteção dos direitos de personalidade, notadamente em face da tendência social de auto exposição.

Em uma sociedade de informação, questões ligadas à intimidade e à vida privada se confrontam com a liberdade de expressão e informação. Nesse cenário, o confronto se estabelece entre direitos fundamentais constitucionais a exigir uma decisão acerca de qual deles deva ter incidência. É nesse sentido que surge a discussão acerca da aplicação do direito ao esquecimento.

Reconhecido recentemente como fundamento da dignidade da pessoa humana, por meio do enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, o direito ao esquecimento consiste na possibilidade de impedir que fatos pretéritos da vida das pessoas sejam propagados à sociedade por período indeterminado, considerando a imprecisão entre a esfera pública e a privada. Traduz-se, portanto, como uma alternativa à proteção da pessoa humana, marcada por um novo contexto social.

A consolidação do reconhecimento do direito ao esquecimento, enquanto protetivo dos direitos de personalidade, não raro, se confronta com o direito de acesso à informação, a exigir uma solução acerca de qual deles deve ter incidência em dado caso concreto, questão na qual se fundamenta a presente pesquisa.

1. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O legislador constituinte ao elaborar a Constituição Federal de 1988 evidenciou a importância dos direitos e garantias fundamentais logo no preâmbulo, tendo em vista o propósito de se instituir “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”.

Igualmente, nota-se tal atenção nas normas que dispõem acerca dos direitos fundamentais, como condições necessárias para a construção e o exercício de todos os demais direitos previstos no ordenamento jurídico³.

¹ Bacharelada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: 155547@upf.br.

² Professora Mestra da Universidade de Passo Fundo. E-mail: wentz@upf.br.

³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártire; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 265.

Consagrados na Constituição Federal de 1988, inscritos no Título II, os direitos fundamentais, de forma genérica, são direitos humanos já positivados no âmbito do direito interno do País, cuja observância e cumprimento orientam todo sistema jurídico⁴.

Direitos fundamentais são, pois, os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado e, em geral, encontram seu fundamento nos direitos humanos, assim compreendidos aqueles proclamados em documentos de direito internacional, independentemente de sua vinculação à determinado Estado.

A expressão “direitos fundamentais do homem” designa as prerrogativas e instituições que concretizam as garantias de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas, impondo por meio da soberania popular uma limitação aos poderes constituídos do Estado que dela dependem⁵.

Nessa perspectiva, Sarlet recorda o julgado do caso Lüth de 1958, em que o Tribunal Federal Constitucional Alemão reconheceu que os direitos fundamentais não se restringem à condição de direitos subjetivos dos indivíduos frente ao Estado, mas também como decisões valorativas que influenciam todo o ordenamento jurídico e estabelecem diretrizes para a atuação dos Poderes Públicos⁶.

São direitos que não se excluem, mas se complementam ao longo da história em que são reconhecidos e consagrados. Isso permite que “os direitos fundamentais surgidos em um momento histórico se irmanem a outros positivados em virtude de novos anseios sociais”⁷.

No rol de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo legislador constitucional pátrio, inserem-se os direitos de personalidade, o direito à intimidade, à vida privada, à imagem, à liberdade de expressão e o acesso à informação, os quais merecem uma abordagem preliminar ao enfrentamento do direito ao esquecimento.

1.1 DIREITOS DE PERSONALIDADE

Outrora, a essência do ordenamento jurídico consistia na proteção e desenvolvimento do patrimônio, ao passo que a personalidade ganhava pouca atenção. Atualmente, a pessoa humana é o ponto central do Direito, sendo que o livre desenvolvimento da personalidade corresponde a plena liberdade de evolução do ser.

Consagrados no Código Civil de 2002, inscritos no Capítulo II, em contraposição às características conservadoras do Código Civil de 1916, os direitos de personalidade são direitos que o ser humano possui em razão de sua própria existência, uma vez que se vinculam à atributos fundamentais, sem os quais a figura da pessoa humana seria inadmissível.

A personalidade não engloba somente aquilo que a pessoa é, mas também toda a sua potencialidade de vir a ser. Esta potencialidade dá sustentação ao pleno desenvolvimento da personalidade ao visar, essencialmente, a tutela das liberdades e seus elementos⁸.

Ao trazer a possibilidade de o homem dirigir a sua vida de acordo com a sua vontade, a

⁴ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 214.

⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 178.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 125.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 54.

⁸ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 96.

autodeterminação permite a livre realização da pessoa, protegendo e promovendo as decisões individuais que determinam o ser humano⁹.

Em uma realidade de sociedade ultraconectada é imperioso debater acerca da relevância dos mecanismos virtuais e tecnológicos propícios a ofender os direitos de personalidade, atentando-se ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, como um dos objetivos da Lei Maior.

1. 2 DIREITO À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À IMAGEM

A Constituição Federal/88, em seu artigo 5º, inciso X, tutela a privacidade, contemplando a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. A tutela desses direitos liga-se intrinsecamente à tutela do direito a uma vida digna¹⁰.

O direito fundamental à privacidade é o “guarda-chuvas” sob o qual se resguardam os direitos à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra das pessoas.

Quanto ao estudo do direito à intimidade, Pinho introduz a matéria apontado que “advém do latim *intimus*, significando o que é interior a cada ser humano. É o direito de estar só, de não ser perturbado em sua vida particular”¹¹.

Por outro lado, o direito à vida privada, tutelado no art. 21 do Código Civil, corresponde à necessidade de proteção dos relacionamentos do indivíduo, a fim de impedir que os seus laços ganhem conotação pública.

Como vida particular da pessoa natural, a vida privada se manifesta, principalmente, por meio do direito à intimidade, cujo elemento fundamental é a exigibilidade do respeito ao isolamento de seu titular. A privacidade corresponde à plena autonomia do indivíduo em reger sua vida do modo que melhor lhe couber.

Não obstante, é preciso ter em mente que a vida privada e a intimidade não se confundem, tendo em vista que a última pressupõe o direito do indivíduo de possuir uma vida íntima, relacionada a sua identidade pessoal, inacessível a terceiros. A vida privada é uma garantia mais abrangente, pois compreende as relações pessoais, afetivas, habituais e negociais do indivíduo.

Por seu turno, o direito à imagem apresenta grande magnitude, sobretudo em face dos múltiplos aspectos que assume em uma sociedade de informação, pautada na tendência de auto exposição dos usuários aos meios de comunicação.

Ao assegurar o direito à imagem, o ordenamento jurídico o reconheceu como essência da individualidade humana. Desse modo, tutela-se esse direito e aqueles a ele conexos como direitos autônomos, na medida em que é possível ofensa à imagem sem atingir a intimidade ou a vida privada¹².

A imagem física protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro inclui qualquer representação gráfica, relacionada ao aspecto físico ou aos traços característicos do indivíduo, ainda que o propósito da utilização da imagem seja o seu enaltecimento¹³.

⁹ BADILLA, Kevin Johan Villalobos. **El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad**. 2006. Trabalho de conclusão de curso (licenciatura em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Costa Rica. San José, 2006, p. 89.

¹⁰ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. p. 261.

¹¹ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 106.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v.1, p. 127.

¹³ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. p. 267.

Em que pese haja uma considerável preocupação com a proteção dos direitos neste título abordados, há de se observar a impossibilidade de obstrução das liberdades alheias, sendo imprescindível a análise da materialidade fática de cada caso, a fim de se permitir o livre exercício ao direito à liberdade de expressão e o acesso à informação.

1.3 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A GARANTIA DO ACESSO À INFORMAÇÃO

O desenvolvimento das redes digitais permite que a comunicação alcance aqueles que estão ausentes no tempo e no espaço, fazendo com que o passado adquira um poder sobre o presente até então desconhecido.

No que diz respeito à liberdade de expressão, Masson refere que “dotado de um grau mínimo de discernimento e saúde mental, o indivíduo já possui a liberdade do pensamento, prerrogativa ínsita à própria existência”¹⁴.

Complementam Branco, Coelho e Mendes, afirmando: “[...] é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos”¹⁵.

No Brasil, o direito à liberdade de pensamento/expressão está previsto constitucionalmente ao artigo 5º, inciso IV, que o assegura em um aspecto positivo, qual seja a proteção da exteriorização da opinião, bem como em um aspecto negativo, como a vedação à censura prévia¹⁶.

Nesse sentido, Cunha Júnior discorre que esse direito fundamental “[...] interessa ao mundo jurídico, no instante em que o indivíduo passa a exercer o seu direito de exprimir o que se pensa. É a liberdade de expressar juízos, conceitos, convicções e conclusões sobre alguma coisa”¹⁷.

A garantia do acesso à informação, por sua vez, encontra-se assegurada à essência do Estado Democrático de Direito, prevista ao art. 5º, inciso XIV, da Magna Carta¹⁸. Na sua dimensão individual, representa a liberdade de a pessoa buscar e obter informações sobre aquilo que pode afetá-las ou à coletividade na qual se insere. A liberdade de buscar, receber e difundir informações é mais limitada que a liberdade de expressão, tendo em vista, por exemplo, que não se pode lícitamente difundir informação falsa, bem como não há um direito de acesso a toda e qualquer informação existente na sociedade¹⁹.

Por seu turno, o dever de prestar informação se traduz no direito de informar, o qual restou reconhecido pelo constituinte ao artigo 220, *caput*, da Constituição Federal de 88.

No Brasil, o conflito entre a liberdade de expressão e a intimidade tem despertado interesse no meio jurídico, notadamente no que concerne aos limites que a imprensa estaria submetida ao noticiar determinados fatos, relacionados à vida privada do cidadão comum, bem como das pessoas públicas²⁰.

¹⁴ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. p. 296.

¹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártire; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. p. 402.

¹⁶ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. p. 296.

¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 647.

¹⁸ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdades de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específica e Indenizatória. **Revista da Defensoria Pública da União**. Rio de Janeiro, n. 55, p. 47-90, 2014. p. 60.

²⁰ BÔAS, Regina Vera Villa. O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade. **Revista de Direito Privado**, v. 60, p. 57-81, out./dez., 2014. p. 59.

Destarte, a amplitude da Constituição Federal ao tratar do direito à liberdade de expressão provoca dificuldades no acompanhamento das transformações relacionadas à evolução constante dos meios de comunicação, pelo legislador. É diante desse cenário que se adentra ao debate acerca da aplicação do direito ao esquecimento.

2. O DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento já era consagrado antes da era digital, mas assume, sem dúvida, maior relevo nessa nova era de uma sociedade de informação.

Trata-se de um direito fundamental implícito, pois deduzido de outras normais estruturantes, como é o caso da dignidade da pessoa humana e de outros princípios e direitos já consagrados, visando a restrição do acesso de determinadas informações²¹.

A ideia central que norteia a noção de um direito ao esquecimento se refere ao anseio das pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, de que informações que lhes dizem respeito, especialmente àquelas ligadas aos seus direitos de personalidade, ou, no caso das pessoas jurídicas, à sua imagem e bom nome, não sejam mais divulgadas, de modo a impedir que sejam objeto de acesso por parte de terceiros, ou, pelo menos, que o acesso a tais informações seja dificultado, propiciando uma espécie de esquecimento no corpo social²².

Para Chehab²³, o direito ao esquecimento é o direito fundamental da pessoa ver apagado um dado pessoal seu que foi publicizado, em razão do decurso do tempo. Para o autor, o direito ao esquecimento é uma espécie de “caducidade em que a informação, pelo decurso do tempo, pela expiração da sua finalidade ou por sua proximidade com os direitos fundamentais afetos a personalidade, perece ou deveria perecer, ainda que por imposição de lei”.

Atualmente, têm se tornado de extrema importância a discussão a respeito do direito ao esquecimento, tendo em mente as proporções do compartilhamento de informações por meios das tecnologias e mídias sociais, que uma vez lançados à internet, tendem a ser eternos.

2.1 O TRATAMENTO DO TEMA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

The right to be forgotten, como é conhecido internacionalmente, no Brasil se estrutura no princípio máximo da dignidade da pessoa humana, compreendendo a proteção da intimidade, da vida privada e da imagem.

Diante do superinformacionismo inerente a sociedade atual, o ordenamento jurídico brasileiro preocupou-se em criar uma série de mecanismos, a fim de proteger e regulamentar a relação dos indivíduos com a internet e os meios de comunicação.

A promulgação do Marco Civil da internet, aliado às alterações promovidas pela Lei nº 13.709/2018, preencheu uma lacuna na legislação brasileira, pois passou a regular a proteção de informações. O Marco representa um expressivo progresso na legislação pátria, tutelando princípios fundamentais, protegendo a

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**.

²³ CHEHAB, Gustavo Carvalho. **A privacidade ameaçada de morte**. São Paulo: editora: LTr, 2015, p. 115.

intimidade, a vida privada e a imagem usuários²⁴.

Por conseguinte, sancionado em abril de 2014, o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil²⁵, buscou apresentar uma alternativa, assegurando a tutela judicial no resguardo ao direito ao esquecimento dos indivíduos, contando com a seguinte redação:

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil.

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do exdetento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Conquanto, em que pese o avanço proporcionado, cumpre assinalar que o referido enunciado não se mostra imune a críticas, na medida em que ao gerar o direito de apagar informações, tem o potencial de suprimir as liberdades de expressão e informação²⁶.

Em análise às jurisprudências brasileiras relacionadas ao tema, denota-se que as decisões são pouco previsíveis, sendo que o conteúdo carece de pacificação nas cortes superiores, abrindo margem a diversas interpretações e, por conseguinte, a deliberações contraditórias, conforme se observa nos julgamentos dos Recursos Especiais nº 1.335.153/RJ²⁷ e nº 1.334.097/RJ²⁸.

De grande repercussão nacional, o Resp. nº 1.335.153/RJ, julgado pela Quarta Turma, teve como objeto o caso Aida Curi, jovem que foi assassinada em Copacabana, em julho de 1958, oportunidade em que sofreu agressões sexuais e restou projetada de um edifício²⁹.

Em 2004, o caso ganhou notoriedade, sendo vinculado ao programa Linha Direta – Justiça. Os irmãos vivos de Aida pleitearam reparação por danos morais, materiais e de imagem, invocando o direito ao esquecimento. A decisão foi de improcedência na primeira instância e confirmada em grau recursal, sob o fundamento de que em razão da repercussão nacional do crime não poderia ele ser veiculado sem referência à vítima e, ainda, porque se tratava de um fato público, tendo a emissora exercido sua função social de informar, que, aliás, se impõe ao interesse individual.³⁰

²⁴ NUNES, Giullia Eckert; SANTOS, Dailor dos; MARTINI, Sandra Regina. Direito ao esquecimento frente à sociedade da informação. **Revista Conhecimento Online**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Diversidade Cultural e Inclusão Social, Novo Hamburgo, v. 1, p. 109-132, 2020. p. 113.

²⁵ FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado VI. Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/e-books/publicacoes-avulsas-cej/e-vi_jornada-direito-civil_2013.epub/view>. Acesso em: 15 jun. 2020.

²⁶ NUNES, Giullia Eckert; SANTOS, Dailor dos; MARTINI, Sandra Regina. **Direito ao esquecimento frente à sociedade da informação**. p. 115.

²⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. REsp. 1.335.153/RJ. Quarta Turma, julgado em 28/05/2013. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

²⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. REsp. 1.334.097/RJ. Quarta Turma, julgado em 28/05/2013. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

²⁹ ROCHA, Eduardo Espindola. **Direito ao esquecimento**: uma proteção aos direitos da personalidade ou uma limitação à liberdade de expressão/informação?. 2019. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito). Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí, 2019, p. 47.

³⁰ CARVALHO, Igor Chagas de. **Direito ao esquecimento**: reação à expansão sistêmica dos meios de comunicação de massa?. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2016, p. 12.

Merece registro o Recurso Especial nº 1.334.097, que alude ao homicídio de oito pessoas em 23 de julho de 1993, conhecido como a Chacina da Candelária, de autoria de policiais à paisana.

Em 2006, o programa televisivo Linha Direta-Justiça expôs em rede nacional a imagem e o nome de Jurandir Gomes da França, envolvido no caso, ao final absolvido pelo tribunal do júri, em virtude do reconhecimento de negativa de autoria. Jurandir ajuizou ação de reparação de danos pela veiculação que foi julgada improcedente no primeiro grau, mas reformada em recurso, no qual o TJ-RJ entendeu configurado o abuso do direito de informar e violado o direito de imagem, decisão essa mantida pelo STJ³¹.

É possível constatar que embora ambos os julgamentos mencionados tenham sido distintos, a fundamentação do Ministro-relator é a mesma, sendo que em ambos os casos se vislumbra o conflito entre a liberdade de expressão e a garantia do acesso à informação e a proteção dos direitos de personalidade, notadamente o direito à intimidade, à vida privada e à imagem³².

Resta certo, portanto, que o debate referente a aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro tem ganhado destaque, sobretudo tendo em vista os pronunciamentos acima citados, além de muitos outros que não foram objeto da presente pesquisa, aliado ao Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil.

3. O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A GARANTIA DO ACESSO À INFORMAÇÃO

O Código Civil e o legislador constituinte pátrio reconhecem um verdadeiro direito geral de personalidade que, em geral, acaba por tutelar bens específicos como a intimidade, a vida privada e a imagem.

A Constituição Federal de 1988 optou pela tutela geral da personalidade humana, prevendo como seu fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, o que, aliás, constitui objeto do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil.

Nas palavras de Rocha³³: “[...] o direito ao esquecimento, pertencente à categoria de direito fundamental, é um bem jurídico ligado ao direito de personalidade, e, com a mesma finalidade, visa respeitar a dignidade da pessoa humana”.

Os direitos à informação e à liberdade de expressão, ao lado do direito ao esquecimento, igualmente integram o rol de direitos e garantias constitucionais fundamentais. Ambas as tutelas são de igual hierarquia e, quando em confronto, questiona-se qual delas deve prevalecer. São direitos de igual dignidade constitucional. Nenhum deles pode, portanto, ser considerado absoluto.

Por um lado, entende-se que em uma sociedade de informação, caracterizada pelos efeitos dos avanços tecnológicos, o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil é perfeitamente cabível, considerando que a legislação pátria ampara a imagem, a vida privada e a intimidade, estendendo-se às informações pessoais do indivíduo, que não desvanecem com o tempo³⁴.

³¹ ROCHA, Eduardo Espindola. **Direito ao esquecimento**: uma proteção aos direitos da personalidade ou uma limitação à liberdade de expressão/informação?. p. 49.

³² CARVALHO, Igor Chagas de. **Direito ao esquecimento**: reação à expansão sistêmica dos meios de comunicação de massa?. p. 12.

³³ ROCHA, Eduardo Espindola. **Direito ao esquecimento**: uma proteção aos direitos da personalidade ou uma limitação à liberdade de expressão/informação?. p. 40.

³⁴ RODRIGUES, Mháya Aparecida. Direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, n. 156, jan. 2017.

O direito ao esquecimento e sua relação com o direito geral de personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana é inquestionável. A propósito, dentre as justificativas do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, está a de que não se trata de apagar fatos ou reescrever a história, mas, tão-somente, de assegurar a possibilidade de não lembrar de dados públicos pretéritos indefinidamente.

Em contraposição, vozes se levantam preocupadas com a possibilidade de censura, de ofensa à liberdade de imprensa e de informação, além de ofensa à memória e à história³⁵.

Para Peter Fleischer, executivo do Conselho de Privacidade Global da Google, a privacidade tem sido utilizada para justificar a censura, sendo que o direito ao esquecimento e as suas implicações consistiriam em pretextos aptos e eficazes relacionados ao controle dos meios de comunicação³⁶.

Diante desse cenário, há de se recordar o inteiro teor dos artigos 5º, incisos IX e XIV, e 220 da Constituição Federal, de cuja leitura se compreende que o acesso à informação é a regra, sendo o sigilo a exceção. Nesse contexto, é preciso, no entanto, reconhecer que, em algumas situações, o acesso à informação colide com a privacidade.

Estar-se-á diante, portanto, de um autêntico conflito de direitos fundamentais, quais sejam a dignidade da pessoa humana, representada pelo direito ao esquecimento, e a garantia do acesso à informação. Deve-se buscar a solução que implique menos prejuízo, pois a aplicabilidade de um direito não anulará o do outro.

Nessa linha de raciocínio, Tartuce³⁷ propõe como forma de solucionar o conflito ora em análise a técnica da ponderação entre o direito à imagem e à intimidade e o direito à liberdade de imprensa e à informação.

Cuida-se de ponderar as circunstâncias do caso concreto que venham a determinar, afinal, a prevalência de um ou outro direito, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, que se propõe, na colisão de direitos fundamentais, a estabelecer entre eles uma relação de precedência³⁸.

A prevalência de um direito fundamental em detrimento do outro não implica revogação, porquanto os princípios, por sua natureza devem conviver, ora aplicando-se um, ora outro, sempre a partir da ponderação das circunstâncias que envolvem cada situação concreta.

Nessa acepção, pressupondo que todos possuem o direito de controlar a coleta e uso dos seus dados pessoais, deve-se admitir que também possuem o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado e que lhes risco de dano considerável³⁹.

Compreende-se que os direitos relacionados à privacidade informacional configuram um mecanismo aceito e viável, pois por meio deles postula-se que os indivíduos sejam legalmente dotados do direito a manter um controle sobre suas informações⁴⁰.

Embora a Constituição reprove a censura, no sentido de que prevaleça o direito à liberdade de expressão e a garantia do acesso à informação, o livre acesso à informação não é absoluto, devendo

³⁵ LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 50, n. 199, p. 271- 283, jul./set. 2013.

³⁶ FLEISCHER, Peter. Foggy thinking about the right to oblivion. **Peter Fleischer: Privacy...?** [blog], 09 mar. 2011. Disponível em: <<http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>>. Acesso em: 9 jul. 2020.

³⁷ TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 99.

³⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos de personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 53.

³⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 170.

⁴⁰ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 134-144.

respeitar os limites definidos pelo texto constitucional, sejam eles, especialmente, os direitos da personalidade⁴¹.

Não se trata, portanto, de uma imposição do direito ora em estudo. Cada caso deverá ser analisado em atenção ao sistema de ponderação de valores, a fim de que se mostre viável e pertinente a manutenção de determinadas informações, medindo-se a real necessidade de exposição dos fatos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual cenário da tecnologia da informação, testemunha-se, de certo modo, um descontrole dos indivíduos sobre as suas informações pessoais, implicando ganho de poder informacional pelos demais usuários dos meios de comunicação. Os dados constantes da memória da plataforma digital podem implicar riscos à proteção dos direitos de personalidade.

Assim, de um lado estão os direitos fundamentais da liberdade de expressão e garantia do acesso à informação e, de outro, os direitos fundamentais da personalidade, dos quais é expressão o direito ao esquecimento.

São direitos de idêntica magnitude constitucional e, por isso, em havendo colisão entre eles, por aplicação do princípio da proporcionalidade o magistrado, ponderando as circunstâncias e valores de cada caso concreto deverá reconhecer a prevalência de um ou outro direito fundamental.

Busca-se, diante desse conflito, uma solução que implique menos prejuízo, utilizando-se do sistema de ponderação de valores e circunstância do caso concreto em exame, a fim de alcançar a concepção de uma solução mais justa e adequada.

Em síntese, cumpre recordar que nenhum direito é absoluto, incluindo-se os direitos de personalidade e mesmo o de liberdade de expressão e acesso à informação, o que permite, a partir da ponderação, a solução mais justa, caso a caso, aplicando-se o direito fundamental mais adequado.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BADILLA, Kevin Johan Villalobos. **El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad**. 2006. Trabalho de conclusão de curso (licenciatura em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de Costa Rica. San José, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdades de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específica e Indenizatória. **Revista da Defensoria Pública da União**. Rio de Janeiro, n. 55, p. 47-90, 2014.

BÔAS, Regina Vera Villa. O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade. **Revista de Direito Privado**, v. 60, p. 57–81, out./dez., 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártire; MENDES, Gilmar Ferreiras. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴¹ OLIVEIRA, Sara Carneiro de. **Direito ao esquecimento na responsabilidade civil**: um dano moral ou existencial. 2019. Artigo científico (Bacharel em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Brasília, 2019, p. 19.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. REsp. 1.334.097/RJ. Quarta Turma, julgado em 28/05/2013. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. REsp. 1.335.153/RJ. Quarta Turma, julgado em 28/05/2013. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

CARVALHO, Igor Chagas de. **Direito ao esquecimento**: reação à expansão sistêmica dos meios de comunicação de massa?. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2016.

CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **A privacidade ameaçada de morte**. São Paulo: editora: LTr, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v.1.

FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado VI. Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/e-books/publicacoes-avulsas-cej/e-vi_jornada-direito-civil_2013.epub/view>. Acessado em 15 jun. 2020.

FLEISCHER, Peter. Foggy thinking about the right to oblivion. **Peter Fleischer**: Privacy...? [blog], 09 mar. 2011. Disponível em: <<http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>>. Acesso em: 9 jul. 2020.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos de personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

GONÇALVES, Luciana Helena. **O direito ao esquecimento na era digital**: desafios da regulação da desvinculação de URLs prejudiciais a pessoas naturais nos índices de pesquisa dos buscadores horizontais. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento). Faculdade de Direito. Fundação Getulio Vargas. São Paulo, 2016

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 50, n. 199, p. 271- 283, jul./set. 2013.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete**: the virtue of forgetting in the digital age. Princeton: Princeton University Press, 2009.

NUNES, Giullia Eckert; SANTOS, Dailor dos; MARTINI, Sandra Regina. Direito ao esquecimento frente à sociedade da informação. **Revista Conhecimento Online**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Diversidade Cultural e Inclusão Social, Novo Hamburgo, v. 1, p. 109-132, 2020.

OLIVEIRA, Sara Carneiro de. **Direito ao esquecimento na responsabilidade civil**: um dano moral ou

existencial. 2019. Artigo científico (Bacharel em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Brasília, 2019.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, Eduardo Espindola. **Direito ao esquecimento**: uma proteção aos direitos da personalidade ou uma limitação à liberdade de expressão/informação?. 2019. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito). Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí, 2019

RODRIGUES, Mháyra Aparecida. Direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, n. 156, jan. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 170.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

ZSCHABER, Ana Luisa Soares Nader. O direito ao esquecimento aplicado ao patrimônio digital do morto. **Revista dos Tribunais**, v. 1004, p. 85-120, jun. 2019.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR FRENTE AS NOVAS TECNOLOGIAS: A NECESSIDADE DE SALVAGUARDAR A INTIMIDADE E A PRIVACIDADE

Henrique Lapa Lunardi¹

INTRODUÇÃO

A sociedade pós-moderna, incluída em um cenário conectado, opera uma mudança no conceito de proteção da intimidade e da privacidade. O atual cenário globalizado trouxe um novo modelo social em que o consumidor é exposto a uma nova interface tecnológica que pode agravar a sua presumida vulnerabilidade.

Seja pela quantidade avassaladora de informações disponíveis nos sítios virtuais, seja pelo avanço das tecnologias, principalmente as virtuais, verifica-se nessa nova relação de consumo que o sujeito renuncia a proteção de sua privacidade, desconsiderando os riscos da exposição e da coleta de seus dados pessoais, a fim de atender a necessidade fugas do consumo.

Diante dessa realidade, no presente artigo propõe-se abordar a hipervulnerabilidade do consumidor, versando sobre a mudança paradigmática da proteção dos dados pessoais em decorrência do surgimento da Inteligência artificial. Busca-se analisar se a inteligência artificial influencia ou não nas relações de consumo da sociedade pós-moderna, sendo capaz agravar a vulnerabilidade presumida do consumidor a partir da manipulação e da coleta dos dados pessoais do sujeito.

No presente artigo, será estudado o conceito de sociedade de consumo na pós-modernidade, abordando a utilização da *internet* e as mudanças das relações em decorrência do surgimento da Inteligência artificial como potencial causador de danos ao consumidor.

A vulnerabilidade do consumidor, já reconhecida pelo art. 4, inciso I, da Lei 8.078/90, mostra-se agravada, como acima exposto, porque as novas funcionalidades digitais tem como *modus operandi* a captação de dados dos consumidores, muitas vezes sem seu prévio consentimento, os quais são utilizados para influenciar o poder de escolha.

Dessa forma, busca-se analisar se a inteligência artificial influencia ou não nas relações de consumo da sociedade pós-moderna, sendo capaz agravar a vulnerabilidade presumida do consumidor.

Nessa ótica, a pesquisa mostra-se relevante, pois é inquestionável a necessidade de salvaguardar as garantias da privacidade e da intimidade corolários da dignidade da pessoa humana, bem como é evidente a necessidade de construção de um instrumento de equiparação ou de equilíbrio negocial nas relações de consumo.

Para abordar o tema, dividiu-se o artigo em dois tópicos: O primeiro, que contempla a Inteligência artificial e sua aplicação na pós-modernidade, inclusive como ferramenta para efetivação das práticas diárias. O segundo que busca explorar a mudança paradigmática no conceito de proteção da intimidade e da privacidade, e a sua influencia na relação de consumo.

¹ Mestrando em Direito pela UNESC. Especialista em Direito e Processo Tributário. E-mail: henrique_lapa@hotmail.com.

1. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUA APLICAÇÃO NA PÓS-MODERNIDADE

Dada a complexidade de definir a essência dos termos aqui explorados, torna-se oportuno tratar sobre os aspectos conceituais da sociedade de consumo na pós-modernidade. Importante mencionar, no mais, que a própria terminologia “pós-modernidade” não é de aplicação unânime na literatura, sendo também reconhecida como *contemporaneidade*.

Ainda que o presente estudo não se dedique a exaurir essa discussão, propondo na verdade para a discussão da aplicação da IA (Inteligência artificial) nesse momento histórico, deve-se mencionar que tal como existe discussão quanto a terminologia, o definir o recorte histórico é da mesma forma desafiador.

A modernidade precipuamente corresponde há aproximadamente duzentos anos, iniciando-se no século XVIII com o Iluminismo, que inaugurou também o liberalismo econômico e as Revoluções políticas decorrentes da crise do Antigo Regime, fulminando com a segunda grande guerra. Ressaltando novamente as discussões sobre o marco histórico, entende-se que partir da década de 1950 inaugurou-se a Pós-modernidade, como bem conceitua Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem², ao afirmar que o pós-modernismo é um fenômeno contemporâneo à globalização, em que se verifica a formação de uma sociedade de consumo e de produção em massa:

(...) sociedade de serviços, sociedade da informação, altamente acelerada, globalizada e desmaterializada. Esta circunstância produz novas realidades e novas perguntas para o direito. Mas também oferece a oportunidade que se produzam novas respostas.

A sociedade pós-moderna sobrevive no mesmo recorte temporal, e sua conceituação aproxima-se da *sociedade de consumo*, que na definição de Baudrillard, se caracteriza pelo desejo socialmente ampliado da aquisição “do supérfluo”, do excedente³. A expressão diferencia-se do simples consumo, que pode ser admitido como a aquisição para a subsistência ou finalidade de suprir suas necessidades básicas. Bauman⁴ descreve que o consumo é uma condição, um elemento inseparável da sobrevivência, como abaixo descreve:

[...] consumo é uma condição, é um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos [...]

As relações de produção e consumo estão interligadas e marcaram o seu tempo. O consumismo foi impulsionado pelas revoluções industriais, quando o indivíduo passou de “produtivo de massa”, para um potencial consumidor dos bens que essa mesma sociedade produz⁵.

Nesse panorama, a sociedade de consumo da pós-modernidade impulsionou a formação de grupos - ainda que virtuais – conectados por certos gostos, objetos de desejo, criando no cidadão um verdadeiro sentimento oceânico⁶. Dessa forma, a aquisição de produtos e serviços produtos no consumidor uma

² MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, 2014, p. 11.

³ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução de Artur Morão. Rio de Janeiro: Elfos, 1995, p. 40.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. **A vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 77.

⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. As necessidades humanas como fonte permanente de direitos insurgentes. In: PIRES JUNIOR, Paulo Abrão; TORELLY, Marcelo Dalmás (Orgs.). **Assessoria Jurídica Popular: leituras fundamentais e novos debates**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 114.

⁶ O conceito de *sentimento oceânico* aparece na obra de Sigmund Freud (1996), O futuro de uma ilusão. In: **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**: edição standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago.

sensação de prazer. Nessa linha de pensamento, Schweringer⁷, afirma que:

O produto traduz essas carências e aspirações em sensações de alívio e prazer. A perda ou roubo de alguns bens muito queridos para algumas pessoas afeta sensivelmente sua identidade. Mesmo que não essenciais para sua sobrevivência, provocam uma lacuna, uma sensação de vazio, como se tivessem sido violentadas.

Como na sociedade de consumo as pessoas estão sedentas pela aquisição e uso do supérfluo, cabe as empresas incutir em suas mentes essa obsessão. Fato é que às evoluções tecnológicas passaram a interferir nesse processo, no comportamento humano e na própria forma de consumir. A massificação das informações e a forma de divulgá-las passaram a imiscuir no poder de escolha do consumidor; Ela induz o indivíduo a se lembrar de uma determinada marca ou produto.

A IA na pós-modernidade é marcada pela evolução dos instrumentos tecnológicos de interação, pelo surgimento e desenvolvimento de hardwares e softwares - como computadores e sistemas - aos quais é empregado o uso da inteligência artificial. Por meio dessa interface é que as relações de consumo são estabelecidas, sejam elas de compra e venda de produtos e serviços, seja pelo simples uso de uma plataforma de mensagens ou imagens⁸.

Diante dessa realidade, a indústria passou a se valer de estratégias de divulgação e promoção baseadas na inteligência artificial que, por intermédio de seus algoritmos, podem produzir previsões⁹, ou prever comportamentos.

Essa análise capaz de sugerir atitudes ou ações ao consumidor obviamente depende da análise e manipulação de dados do cidadão por uma tecnologia avançada. Essas informações transferidas e reveladas pelo consumidor, ou coletadas por outro meio moral ou não, alimentam um banco de dados, conhecido como *big data*. As informações referem-se desde a descrição de sexo, sexualidade e cor, ao ponto de permitir o acesso a trajetos utilizados e a sua própria localização. Lott¹⁰ informa que:

Com a expansão da Internet e com o processo de informatização dos sistemas de gestão, não só a população residente nos grandes centros econômicos, mas também, aqueles que habitam as regiões periféricas e menos desenvolvidas, inevitavelmente, tornaram-se dependentes das tecnologias digitais para ter acesso a serviços e para possibilitar suas ações de trabalho e entretenimento. Neste sentido, o uso de circuitos fechados de câmera, cartões magnéticos e smartphones, além das publicações nas redes sociais, registram os passos e guardam as informações de seus usuários com a precisão de horas, minutos e segundos. Cada click ou toque em uma tela interativa, é suficiente para criar um conjunto de dados que pode conter muitas informações determinantes sobre o indivíduo.

Big data é um termo em evolução que descreve qualquer quantidade volumosa de dados fluidos ou não estruturados que têm o potencial de ser explorados para obter informações¹¹. Essa quantidade imensa de informações é armazenada e passa a ser a base para a execução de um software que carrega necessários da inteligência artificial. A evolução, conceituação e uso do verbete “inteligência artificial” foi

⁷ SCHWERINGER, Ernesto Rene. **A força da Publicidade na cultura do consumo** - Comportamento do Consumidor - Identificando Necejos e Supérfluos Essenciais. Ed Saraiva. 2008, p. 8.

⁸BORGES, Gustavo Silveira; LUNARDI, Henrique Lapa. **A relação de consumo e a inteligência artificial**: reflexões acerca da vulnerabilidade do consumidor. XXVIII Congresso Nacional Do Conpedi Belém – PA. 2019. p.125-144. Disponível em <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/048p2018/z54tvw1x/761n252zHAi4A7CR.pdf>> Acesso em 09.07.2020, p.135.

⁹ ZARSKY, T. **Transparent predictions**. University of Illinois Law Review, Champaign, v. 2013, n. 4, p. 1503-1570, 2013, p. 1505.

¹⁰ LOTT, Yuri Monnerat. CIANCONI, Regina de Barros. **Vigilância e privacidade, no contexto do big data e dados pessoais**: análise da produção da Ciência da Informação no Brasil. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-99362018000400117> Acesso em: 12 jun. 2019, p. 123.

¹¹ MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV editora, 2018, p. 22.

concebido por John McCarthy (1959), para descrever o processo em que esta se adapta a partir das experiências anteriores de sua utilização¹². A possibilidade dos computadores manipularem um grande volume de informação, por intermédio dessa tecnologia, é possível segundo Doneda¹³:

refere-se às possibilidades de acesso a grandes quantidades de dados de diferentes tipos, qualidade e formas de coleta (“volume”), bem como alta velocidade de processamento (“velocity”). Além disso, o big data é a base de novos modelos de negócios e possibilidades de várias criações de valor (“value”), na medida em que pode ser usado em conjunto com outras tecnologias, como a internet das coisas ou o cloud computing.

A inteligência artificial, que em conjunto a um algoritmo, é utilizado para a manipulação dos dados massivos, é entendida como o conjunto de rotinas lógicas que pode permite aos computadores dispensar a necessidade de supervisão humana nos processos cognitivos. Ressalta-se a capacidade do sistema de adaptar-se por conta própria às necessidades humanas, por meio do uso de dados de experiências pretéritas armazenados nas memórias, tomando decisões com um mínimo de “livre-arbítrio”¹⁴. Na mesma linha, Elias¹⁵ informa que:

A inteligência artificial (Artificial Intelligence – ou simplesmente AI), em definição bem resumida e simples, é a possibilidade das máquinas (computadores, robôs e demais dispositivos e sistemas com a utilização de eletrônica, informática, telemática e avançadas tecnologias) executarem tarefas que são características da inteligência humana, tais como planejamento, compreensão de linguagens, reconhecimento de objetos e sons, aprendizado, raciocínio, solução de problemas, etc. Em outras palavras, é a teoria e desenvolvimento de sistemas de computadores capazes de executar tarefas normalmente exigindo inteligência humana, como a percepção visual, reconhecimento de voz, tomada de decisão e tradução entre idiomas, por exemplo.

A idealização dessas tecnologias não é recente: Foi no século XX que a inteligência artificial ganhou força entre os pesquisadores. Em um texto de 1945, o Autor Vannevar Bush conjecturou que o tratamento automatizado da informação viria a se tornar um complemento da memória humana¹⁶. O precursor da tecnologia, todavia, foi o matemático Alan Turing, que em 1950 publicou um artigo no qual se propôs a analisar se as máquinas poderiam pensar.

Apesar de não revelar uma implementação imediata, principalmente pela limitação da capacidade de processamento dos computadores a época existentes, era evidente a possibilidade de que essas máquinas pudessem tomar decisões a partir de um raciocínio lógico-dedutivo. A evolução da rede de computadores e de softwares que possibilitaram essa conexão transformou a capacidade de interação entre as próprias máquinas. Tomasevicius Filho¹⁷, descreve que:

¹²TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Inteligência artificial e direitos da personalidade**: uma contradição em termos? Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156553>>. Acesso em: 12 jun. 2019, p. 136.

¹³ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. MENDES, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações Iniciais Sobre Inteligência Artificial, Ética E Autonomia Pessoal. **Pensar**, Fortaleza. V. 23. N.4, p.1-17, out/dez.2018, p. 5.

¹⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Inteligência artificial e direitos da personalidade**: uma contradição em termos? p.135.

¹⁵ ELIAS, Paulo de Sá. **Algoritmos, Inteligência Artificial e o Direito**. 20 nov. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019. 2017. p. 02.

¹⁶ RIBEIRO, Ana Elisa. Hipertexto e Vannevar Bush: um exame de paternidade. **Inf. & Soc.:** Est., João Pessoa, v.18, n.3, p. 45-58, set./dez. 2008. Disponível em https://brapci.inf.br/_repositorio/2010/10/pdf_8ae0ca8efb_0012328.pdf. Acesso em 05 dez. 2020. p. 46

¹⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Inteligência artificial e direitos da personalidade**: uma contradição em termos? p. 137.

Quando os computadores estavam isolados uns dos outros, a capacidade da inteligência artificial limitava-se aos dados disponíveis nas memórias dessas máquinas. Porém, com a melhoria dos softwares de reconhecimento de textos, imagens e informações originalmente registradas em suportes materiais – e, sobretudo, com a possibilidade de acesso a esses dados de maneira instantânea em qualquer parte do mundo por meio a Internet, além do armazenamento de informações em grandes servidores de dados, também conhecida como “computação na nuvem” –, a inteligência artificial assumiu nova dimensão, porque possibilitou o acesso a informações ad infinitum. Além disso, a Internet facilita a formação e coleta de big data, isto é, de informações relativas à navegação pela rede, como também sobre o que é inserido ou consultado pelo interessado.

Por conta desse desenvolvimento, percebe-se que as aplicações da inteligência artificial estão ligadas ao nosso cotidiano, implementadas em jogos, aplicativos de áudio e vídeo, na esfera pública e privada. O mais interessante, todavia, é que nos últimos tempos, análises desses *big data*, formados a partir dos dados coletados da Internet, permitem o desenvolvimento do que hoje é denominado de *deep learning*¹⁸.

A *deep learning*, em uma livre tradução entendida como *aprendizado profundo*, proporcionou ao fabricante inúmeras aplicações, chegando ao campo supostamente inatingível do direito e medicina. O aprendizado de máquina (*Machine Learning*) e o aprendizado profundo (*Deep Learning*) trouxeram grandes avanços para a Inteligência Artificial, impulsionando, inclusive, a adoção da internet das coisas¹⁹.

Nesse processo, importante mencionar a técnica das “*buscas heurísticas*”, em que o algoritmo controla o computador para que se encontre a resposta suficiente ou satisfatória, em vez da melhor resposta²⁰. Em outras palavras, o software “*segue pistas*”²¹, a partir da comparação com experiências anteriores, para que seja possível economizar tempo de pesquisa, excluindo as respostas que não são absolutamente necessárias ao usuário²²

A aplicação da inteligência, no entanto, não se limite aos hardwares. Os *websites* de buscas na Internet são aplicações diretas da inteligência artificial. Pela “*busca heurística*”, antecipam ao usuário os resultados da busca em ordem de importância, ou já fazem a pesquisa com os critérios supostamente corretos²³.

Analisando uma faceta perversa dessa estrutura, no entanto, pode-se perceber que os fornecedores podem fazer uso dessa tecnologia para indicar padrões consumo. Partindo do comportamento informado pelo próprio usuário, a inteligência artificial pode limitar quais as publicações mostrar ao usuário, indica qual caminho deve percorrer, quais textos o mesmo gostaria de ler, quais imagens gostaria de ver, qual música supostamente gostaria de ouvir.

O uso dessa tecnologia, não há dúvidas, tem relevância econômica e social na pós-modernidade, sendo irracional pensar o funcionamento da sociedade contemporânea sem a utilização de algoritmos. Mesmo que antigamente não fosse esse o objeto de discussão, a possibilidade de utilização de dados pessoais para alimentar os novos sistemas de inteligência gerou uma grande preocupação pela proteção da

¹⁸ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Inteligência artificial e direitos da personalidade**: uma contradição em termos? p.137.

¹⁹ ELIAS, Paulo de Sá. **Algoritmos, Inteligência Artificial e o Direito** p.04.

²⁰ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Inteligência artificial e direitos da personalidade**: uma contradição em termos? p.137.

²¹ GANASCIA, Jean-Gabriel. **A inteligência artificial**. Tradução de Reginaldo Carmello Corrêa de Moraes. São Paulo: Ática, 1997, p. 64.

²² RICH, Elaine. **Inteligência artificial**. Tradução de Newton Vasconcellos; Revisão Técnica de Nizam Omar. São Paulo: McGraw-Hill, 1988, p. 40.

²³ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Inteligência artificial e direitos da personalidade**: uma contradição em termos? p.137.

autonomia pessoal e pela fruição dos direitos da personalidade. Doneda²⁴ revela que:

A utilização de dados pessoais para alimentar os novos sistemas de inteligência artificial e a sua utilização para tomar decisões proporcionam uma acurácia bastante significativa para um número crescentes de aplicações. Isto abre espaço para, ao menos, dois temas centrais para os debates sobre a autonomia e direitos fundamentais nos próximos anos: os efeitos que a utilização desses sistemas causarão para a pessoa e sua autonomia pessoal, bem como a necessidade de qualificar a natureza desses instrumentos e sistemas de inteligência artificial. Nesse debate, a necessidade de que sejam proporcionadas soluções que preservem os direitos fundamentais, dentro de um quadro de intenso desenvolvimento tecnológico e mesmo de questionamento de alguns institutos centrais do ordenamento jurídico, sugere a necessidade de recorrer a ética como instrumento capaz de encaminhar soluções que, eventualmente, e se for o caso, possam consolidar-se em alternativas legislativas posteriores.

Identificados esses riscos e mazelas, necessário verificar a possibilidade de agravamento da vulnerabilidade do consumidor a partir do uso dessas tecnologias.

2. A MUDANÇA NO CONCEITO DE PROTEÇÃO DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE, E A SUA INFLUÊNCIA NA RELAÇÃO DE CONSUMO

De início deve-se ter em mente que toda relação de consumo é, antes de outra definição conceitual, uma relação jurídica bilateral, envolvendo o fornecedor e o consumidor. É certo que o consumidor - sedento pelo desejo de satisfação pessoal, pelo supérfluo, pelo excedente – é a parte frágil na relação jurídica, porque se submete ao poder técnico e econômico do fornecedor.

Essa vulnerabilidade já havia sido identificada há aproximadamente 40 (quarenta) anos. A mensagem do então presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, enviada ao Congresso dos Estados Unidos da América, em 15 de março de 1962, ainda é considerado o marco histórico na luta pelos direitos dos consumidores nos E.U.A. e nos demais países.

Nos anos 70 (setenta) já se verificava a vulnerabilidade do consumidor, motivada pela hipossuficiência econômica e técnica, pela inexistência ou parca legislação própria existente. No discurso, Kennedy ressalta que:

Enviei hoje ao Congresso uma mensagem Especial sobre a proteção do interesse do consumidor. Todos nós somos consumidores. Todos nós merecemos o direito de estar protegidos contra advertências e rótulos enganosos – o direito de ser protegido contra drogas inseguras ou sem valor e outros produtos – o direito de escolher entre uma variedade de produtos e preços competitivos. Mas a vida moderna é tão complexa que as leis presentes nos livros de leis são inadequadas para garantir esses direitos²⁵.

Esse discurso, associado aos anseios da comunidade, foi o pontapé para que a defesa do consumidor fosse contemplada como princípio da ordem econômica em nossa constituição, como prevê o art. 5º, inciso XXXII. Após ser cunhado na constituição federal, a proteção dos direitos do consumidor recebeu legislação própria, como se observa pela a lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o CDC (código de defesa do consumidor).

Nessa legislação de regência, percebe-se a clara proteção e a previsão dos direitos à segurança, ao

²⁴ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. MENDES, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. **Considerações Iniciais Sobre Inteligência Artificial, Ética E Autonomia Pessoal**. p. 2.

²⁵ Special message to congress on protecting consumer interest. John F. Kennedy Presidential Library and Museum. Disponível em: <<https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>> Acesso em: 05 jun. 2019.

direito de ser informado, ao direito de escolha, e ao direito de ser ouvido. Nesse ordenamento a vulnerabilidade do consumidor é presumida e descrita no art. 4º (quarto) como princípio norteador a ser garantido e assegurado ao carente.

Ao longo do tempo essa vulnerabilidade foi sendo consolidada ou ainda - com a evolução e desenvolvimento dos processos de industrialização e fornecimento - acentuada. O fato é que quanto mais a sociedade de consumo se expande e se aprimora, mais se agrava a apatia do consumidor. É nesse rastro que chegamos a um panorama de debilidade agravada, também entendido como hipervulnerabilidade.

A vulnerabilidade, no entanto, não se confunde com incapacidade. Caracteriza-se pela propensão em sofrer danos no próprio contexto que está inserido, a sociedade de consumo²⁶.

Numa sociedade de consumidores, como diz Bauman²⁷, “o verdadeiro ‘ciclo econômico’, aquele que de fato mantém a economia em expansão, é o ciclo do *‘compre, desfrute, jogue fora’*”.

Dessa forma, nota-se que a lógica capitalista tem por objetivo perpetuar os desejos, de modo a nunca os satisfazer, tornando a satisfação então em um estágio momentânea. Como já observado, o ciclo de um produto é cada vez mais curto pois é necessário um novo “renascer”, ou seja, a cada “novo começo” sucessivo, cada nova aquisição surte um efeito tranquilizante²⁸.

O desenvolvimento tecnológico refletiu na evolução das formas de comunicação, ocasionando modificações estruturais nas relações de consumo, amplificando essa relação fugaz e instantânea com os produtos. Diante dessa nova lógica capitalista pós-moderna, onde o efêmero sobrepõe-se ao duradouro, percebe-se que a vulnerabilidade do consumidor foi agravada. Essa fragilidade, por sua vez, é potencializada pelas estratégias de mídia e marketing, com as quais a tecnologia assume especial interação²⁹. Desde as primeiras tecnologias que permitiram a interação e comunicação entre consumidor e fornecedor pelo meio eletrônico, o fortalecimento das garantias referentes à privacidade exige cada vez mais a atenção do operador do direito³⁰.

A preocupação com a evolução reside no fato de que anteriormente foi possível observar o desenvolvimento tecnológico a partir de um vetor quantitativo. Mais recentemente, no entanto, esses vetores não podem mais ser analisados observando-se esse critério objetivo, pois com o desenvolvimento e implementação de tecnologias de Inteligência artificial, verificam-se mudanças quanto a subjetividade das relações entre as pessoas e as tecnologias. Assim comenta o Doneda³¹:

Mais recentemente, o desenvolvimento e a implementação de tecnologias de inteligência artificial (IA) proporcionou efeitos que, muitas vezes, não podem mais ser compreendidos em termos meramente quantitativos, e que implicam uma mudança na subjetividade das relações entre as pessoas e a tecnologia. Essas novas tecnologias possibilitam a automatização da tomada de decisão em diversas situações complexas, executando tarefas que estávamos habituados a considerar como prerrogativas

²⁶ VIEIRA, Janaina do Nascimento. A hipervulnerabilidade do consumidor superendividado e o contexto jurídico consumerista brasileiro. **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNISINOS. Coordenadores: Everton das Neves Gonçalves; Mariana Ribeiro Santiago; Rogerio da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 50.

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. **A vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. p. 126.

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. **A vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. p. 133.

²⁹ BORGES, Gustavo Silveira; LUNARDI, Henrique Lapa. **A relação de consumo e a inteligência artificial**: reflexões acerca da vulnerabilidade do consumidor. p.133.

³⁰ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. MENDES, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. **Considerações Iniciais Sobre Inteligência Artificial, Ética E Autonomia Pessoal**. p.2.

³¹ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. MENDES, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. **Considerações Iniciais Sobre Inteligência Artificial, Ética E Autonomia Pessoal**. p.2.

humanas, derivadas da inteligência - a ponto de que diversas manifestações dessas tecnologias foram denominadas como realizações de uma “inteligência artificial”. Assim, os computadores passaram a não ser vistos somente como dispositivos destinados a fazer cálculos, sistematizações ou classificações, porém a deter, em algum grau, algo passível de ser comparado às ações humanas autônomas”

Os impactos da introdução dessas tecnologias geraram o potencial de alterar os processos de decisão, os comportamentos individuais e a própria construção ou desconstrução da identidade em uma sociedade de consumo. O debate que se inaugura com essa discussão é relevante, pois tem completa interação com a proteção aos direitos humanos, principalmente aos da intimidade e da privacidade. Na mesma linha de pensar, Doneda³².

Ela pode auxiliar a prever quem será o próximo presidente do país, quais regiões estão mais propensas à propagação do vírus da zika, quando será o próximo terremoto no México, qual a probabilidade de termos uma crise econômica na próxima década, quem é o favorito para a Copa do Mundo, qual a probabilidade de determinado prisioneiro reincidir em um crime, a probabilidade de uma pessoa gostar de determinado filme e qual a capacidade de pagamento dos clientes de uma empresa, por exemplo.

Na sociedade atual, caracterizada pelas relações remotas, ou pela utilização de algum aparelho ou *hardware*, os dados pessoais acabam por se constituir na única forma de representação das pessoas perante as mais diversas organizações estatais e privadas, sendo determinantes para “abrir ou fechar as portas de oportunidades e acessos”³³, constituindo até mesmo risco ao consumidor.

Haja vista essa flagrante possibilidade de limitação das informações apresentadas ao consumidor, é que se levantaram questões éticas sobre o tema. O risco e o temor da utilização desses dados decorrem da possibilidade de manipulação do conteúdo a ser exposto, com o fito de induzir o consumidor a compra e venda ou uso de um serviço específico, omitindo do mesmo informações acerca da universalidade do produto posta no mercado.

Sobre essa forma obscura de utilização de algoritmos pela IA, Marques conceitua como opacidade, trazendo a reflexão sobre a iniquidade de transparência, ou seja, “o consumidor, aos olhos do fornecedor, torna-se transparente; o fornecedor, com os desembaraços da Inteligência Artificial, aos olhos do consumidor, torna-se opaco.”³⁴.

O fato é que nesse ambiente opaco, em que os dados pessoais e os perfis representam a única informação almejada, os dados sensíveis do consumidor acabam se transfigurando em um verdadeiro produto que comumente é vendido, comercializada para o verdadeiro cliente da cadeia que integra um sem número de mídias sociais, o fabricante/fornecedor.

Este é de fato o interessado nos dados coletados para assim criar perfis de consumo e anúncios criados para cada consumidor. Igualmente por isso que se fala da proteção de dados pessoais como direito fundamental.

Dessa forma, apesar das comodidades da internet, a mesma não pode ser admitida como a solução para todos os males da humanidade. Tendo em vista estes riscos em que a sociedade de consumo está incluída, é reluzente a necessidade de construção de um instrumento de equiparação ou de equilíbrio, seja

³² DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. MENDES, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. **Considerações Iniciais Sobre Inteligência Artificial, Ética E Autonomia Pessoal**. p.3.

³³ LYON, David. **Surveillance as social sorting: privacy, risk, and digital discrimination**. Routledge: New York, 2003, p. 27.

³⁴MARQUES, Claudia Lima. Inteligência artificial e “opacidade” no consumo: a necessária revalorização da transparência para a proteção do consumidor. In: **O Direito Civil na era da inteligência artificial** [livro eletrônico], org. GUIA SILVA, Rodrigo da, e TEPEDINO, Gustavo coenadores. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

propondo barreiras a utilização de uma nova tecnologia, ou a própria implementação desse novo ordenamento (LGPD), de forma que esteja alinhado com as realidades de consumo, intimidade e privacidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sociedade de consumo da pós-modernidade a palavra de ordem é o consumismo, marcado pela necessidade efêmera daquilo que é voluptuoso, excessivo e supérfluo.

Nessa sociedade “líquida” vive-se a era do prazer efêmero, daquilo que é transitório, nada duradouro. Devido a um ambiente bombardeado e estimulado pela publicidade, o consumo da lugar a ostentação dos padrões sociais através das novas aquisições, sem os quais não seria possível integrar um grupo social.

Os consumidores expostos a essa realidade, portanto, presumem-se vulneráveis, seja porque o texto constitucional (art. 5, XVIII da CF/88) e as leis próprias assim o conceituam, seja porque diante de um aparato tecnológico a sua liberdade de escolha passa a ser prejudica.

Esse aparato tecnológico, emulado por meio de softwares carregados com a tecnologia da Inteligência artificial tem poder de analisar e entender, por meio de algoritmos, as informações fornecidas pelo próprio consumidor, e após interagir com os bancos de dados (big data), sugerir e até mesmo prever as ações de um determinado consumidor.

Ao interferir no livre-arbítrio do indivíduo, percebe-se que inúmeros direitos constitucionais ficam subjugados, entre os quais se dá principal atenção aos direitos da intimidade e da privacidade. Com o controle de enorme quantidade de dados sobre as pessoas e a possibilidade de conhecê-las com precisão, tem-se hipótese de subversão da ética no uso da tecnologia: em vez de servir à humanidade, servirá para controlá-la.

Tendo em vista as possíveis e potenciais agressões aos direitos humanos e àqueles referentes ao consumidor, é que se comprova a evidente vulnerabilidade do consumidor frente a essa realidade tecnológica, demonstrando a necessidade de estudos e criação de um novo paradigma ético.

Conclui-se, portanto, que a inteligência artificial não é um mal em si mesma. O mal está no mau uso, na utilização desviada da tecnologia, impondo-se, portanto, o dever de o uso controlado exclusivamente em favor da humanidade, jamais com o intuito de promover ou agravar a vulnerabilidade do consumidor. Ademais, levando em consideração o quão recente é esse cenário digital de hiperconectividade, baseado na relação estreita entre big data e inteligência computacional, ainda não temos consciência plena de seus potenciais benefícios e riscos.

Devemos almejar, no entanto, o balanço adequado na regulação jurídica, de forma a não engessar a inovação, mas garantindo que o direito avance também nessa seara, buscando normas apropriadas capazes de proteger os diversos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução de Artur Morão. Rio de Janeiro: Elfos, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **A vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BORGES, Gustavo Silveira; LUNARDI, Henrique Lapa. **A relação de consumo e a inteligência artificial: reflexões acerca da vulnerabilidade do consumidor**. XXVIII Congresso Nacional Do Conpedi Belém – PA. 2019. p.125-144. Disponível em <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/048p2018/z54tvw1x/761n252zHAI4A7CR.pdf>> Acesso em 09.07.2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. Brasília, DF, 30 maio 2018c. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRUNDAGE, Miles et al. **The malicious use of artificial intelligence: forecasting, prevention, and mitigation**. Cambridge: University of Cambridge, 2018. Disponível em: <<https://www.repository.cam.ac.uk/handle/1810/275332>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

CANTO, Rodrigo. **Direito do consumidor e vulnerabilidade no meio virtual**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 22, n.87, p.179-209, maio – jun, 2013.

CANUT, Leticia. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico**. Uma questão de inteligência coletiva que ultrapassa o direito tradicional. Curitiba. Editora: Juruá, 2007.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. MENDES, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. **Considerações Iniciais Sobre Inteligência Artificial, Ética E Autonomia Pessoal**. Pensar, Fortaleza. V. 23. N.4, p.1-17, out/dez.2018.

ELIAS, Paulo de sá. **Algoritmos, Inteligência Artificial e o Direito**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>> Acesso em: 12 jun. 2019.

GANASCIA, Jean-Gabriel. **A inteligência artificial**. Tradução de Reginaldo Carmello Corrêa de Moraes. São Paulo: Ática, 1997.

LOTT, Yuri Monnerat. CIANCONI, Regina de Barros. **Vigilância e privacidade, no contexto do big data e dados pessoais: análise da produção da Ciência da Informação no Brasil**. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-99362018000400117> Acesso em: 12 jun. 2019.

LYON, David. **Surveillance as social sorting: privacy, risk, and digital discrimination**. Routledge: New York, 2003.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV editora, 2018.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações**

contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. [e-book].

MARQUES, Claudia Lima. **Inteligência artificial e “opacidade” no consumo: a necessária revalorização da transparência para a proteção do consumidor.** In: O Direito Civil na era da inteligência artificial [livro eletrônico], org. GUIA SILVA, Rodrigo da, e TEPEDINO, Gustavo coordenadores. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 106, julho/agosto, 2016. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.106.02.PDF> Acesso em 29.07.2020.

QUINTANEIRO, Tânia. **Um Toque de Clássicos: Marx, Durkeim e Weber - 2ª ed.:** Belo Horizonte, Ed UFMG, 2002.

RIBEIRO, Ana Elisa. **HIPERTEXTO E VANNEVAR BUSH: um exame de paternidade.** Inf. & Soc.:Est., João Pessoa, v.18, n.3, p. 45-58, set./dez. 2008. Disponível em https://brapci.inf.br/_repositorio/2010/10/pdf_8ae0ca8efb_0012328.pdf. Acesso em 05 dez. 2020

RICH, Elaine. **Inteligência artificial.** Tradução de Newton Vasconcellos; Revisão Técnica de Nizam Omar. São Paulo: McGraw-Hill, 1988.

SCHWERINGER, Ernesto Rene. **A força da Publicidade na cultura do consumo - Comportamento do Consumidor - Identificando Necejos e Supérfluos Essenciais.** Ed Saraiva. 2008

Special message to congress on protecting consumer interest. John F. Kennedy Presidential Library and Museum. Disponível em: <https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>. Acesso em 05 jun. 2019.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Inteligência artificial e direitos da personalidade: uma contradição em termos?** Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156553>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

VIEIRA, Janaina do Nascimento. A hipervulnerabilidade do consumidor superendividado e o contexto jurídico consumerista brasileiro. **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNISINOS.** Coordenadores: Everton das Neves Gonçalves; Mariana Ribeiro Santiago; Rogerio da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

SONDA, **Entenda a aplicação do data mining nas estratégias de marketing.** Disponível em: <<https://blog.sonda.com/entenda-a-aplicacao-do-data-mining-nas-estrategias-de-marketing/>> Acessado em: 21 mai. 2019.

WOLKMER, Antônio Carlos. As necessidades humanas como fonte permanente de direitos insurgentes. In: PIRES JUNIOR, Paulo Abrão; TORELLY, Marcelo Dalmás (Orgs.). **Assessoria Jurídica Popular: leituras fundamentais e novos debates.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 114-115.

ZARSKY, T. **Transparent predictions.** University of Illinois Law Review, Champaign, v. 2013, n. 4, p. 1503-1570, 2013.

ARTIGOS GT 8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO

“L” DE LULA, “L” DE LAWFARE: A UTILIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO ARMA DE PERSEGUIÇÃO POLÍTICA NO CASO DO TRIPLEX DO GUARUJÁ

Arthur Rolf Mann¹

INTRODUÇÃO

O Caso do Triplex do Guarujá teve início na data de 14 de setembro de 2016, quando, no âmbito da Operação Lava Jato, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra diversos investigados, dentre eles o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, mais conhecido como Lula. A Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, que apura o caso em primeira instância, ficou conhecida popularmente como Caso do Triplex do Guarujá em referência ao suposto envolvimento de um apartamento triplex situado na cidade de Guarujá/SP, que o Órgão Ministerial alega ser o produto e proveito dos supostos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro imputados ao ex-Presidente Lula.

As decisões judiciais adotadas no decorrer do processo têm despertado inúmeras críticas por parte de juristas, os quais entendem que Lula estaria sendo perseguido politicamente. Ou seja, que o embate judicial substituiu a disputa que deveria ocorrer no campo político. Aponta-se que o aparato judicial foi utilizado com finalidades políticas para impedir que Lula concorresse às eleições presidenciais de 2018 e para destruir sua imagem perante a sociedade brasileira.

Tendo em vista que a tese central da defesa de Lula é de que ele estaria sendo vítima de *lawfare*, uma perseguição política desenvolvida por seus julgadores e pelos procuradores da Força-Tarefa da Operação Lava Jato, analisar-se-á o processo a fim de apurar a legalidade das decisões judiciais.

O método de abordagem será o hipotético-dedutivo, uma vez que se buscará responder se o ex-Presidente Lula foi vítima de *lawfare* no caso em estudo. O método de procedimento será a pesquisa bibliográfica, uma vez que se estudará livros e artigos científicos em que juristas analisam o tema. Também será utilizada a pesquisa documental, embasada na análise de leis, processos judiciais, julgados e notícias que interessem à presente pesquisa.

Importante salientar que o estudo do presente tema é indispensável àqueles que pretendem compreender melhor o cenário jurídico-político atual. Essa relevância se justifica em razão de que seus reflexos se estenderam sobre todo o universo jurídico e político. Inegavelmente, o Caso do Triplex do Guarujá alcançou relevância internacional e redesenhou o cenário político nacional, visto que a condenação de Lula em segunda instância o impediu de concorrer às eleições presidenciais de 2018, uma disputa que ele liderava com folga as intenções de voto mesmo estando preso.

Ao final da presente pesquisa, caso reste demonstrado que o ex-Presidente Lula foi vítima de *lawfare*, também estará comprovado o dever de o Poder Judiciário anular o processo do Caso do Triplex do Guarujá e responsabilizar os agentes públicos que perseguiram Lula politicamente.

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 157847@upf.br.

1. LAWFARE E A CONDENAÇÃO DO EX-PRESIDENTE LULA

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer o conceito de *lawfare*, uma vez que este termo é relativamente recente e foi importado da língua inglesa. O termo vem ganhando enorme destaque em âmbito nacional após o julgamento de Lula.

Neste sentido Susan W. Tiefenbrun² explica o conceito dessa arma de perseguição política chamada *lawfare*:

Lawfare is a weapon designed to destroy the enemy by using, misusing, and abusing the legal system and the media in order to raise a public outcry against that enemy. Both law and war enjoy power, and it is precisely this shared power that constitutes the basis of the use of lawfare as a weapon of modern asymmetrical warfare.³

Em entrevista ao canal Justificando⁴, o advogado Cristiano Zanin Martins, que defende Lula, esclareceu que *lawfare* é “o uso indevido das leis e dos procedimentos jurídicos para fins de perseguição política”. Em que pese a feição jurídica, a *lawfare* é um instrumento político, servindo como arma de guerra associada ao uso indevido da imprensa para se perseguir um inimigo político.

O termo *lawfare* foi utilizado pela primeira vez no Brasil em uma coletiva de imprensa realizada em 10 de outubro de 2016 pelos advogados Cristiano Zanin Martins e Valeska Teixeira Zanini Martins⁵, que defendem o ex-Presidente Lula no Caso do Triplex do Guarujá. Na ocasião, reportou-se que Lula o processo é uma perseguição política desenvolvida pelos membros do Poder Judiciário, que se utilizam abusivamente das leis e dos procedimentos jurídicos.

Observa-se que, apesar de a *lawfare* ter uma aparência jurídica, ela se trata de um instrumento político. Assim, uma disputa que deveria ocorrer no campo político é levada ao Poder Judiciário, em que o combate ao inimigo é mais eficaz e destrutivo.

Em relação ao processo do Caso do Triplex do Guarujá, ele teve início com a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal na data de 14 de setembro de 2016. O Órgão Ministerial alega que o produto e proveito dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro seria o triplex situado na unidade 164-A, Edifício Salina, do Condomínio Solaris, situado à Avenida General Monteiro de Barros, n. 638, Vila São Luis, no Município de Guarujá/SP, no litoral paulista⁶.

No dia 12 de julho de 2017, Lula foi condenado em primeiro grau a 09 anos e 06 meses de reclusão, em sentença proferida por Sérgio Fernando Moro, então juiz titular da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR⁷.

Na ocasião, Sérgio Moro reconheceu que Lula teria praticado um crime de corrupção passiva (art.

² TIEFENBRUN, Susan W. **Semiotic Definition of Lawfare**. Case Western Reserve Journal of International Law. 2010, p. 2. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/3>. Acesso em: 11 jun. 2019.

³ “*Lawfare* é uma arma projetada para destruir o inimigo usando, fazendo mau uso e abusando do sistema legal e da mídia, a fim de levantar um clamor público contra esse inimigo. Tanto a lei quanto a guerra gozam de poder, e é precisamente esse poder compartilhado que constitui a base do uso da *lawfare* como arma de guerra assimétrica moderna.” Tradução nossa

⁴ Justificando. 1 Vídeo (17min57seg). **Lawfare** | Justificando Entrevista Cristiano Zanin Martins. 2016, Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yUcGMFe9B0I>. Acesso em: 01 jun. 2020.

⁵ MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanini Martins. **O lawfare militar, político, comercial e geopolítico**. 2018, p. 1-2. Disponível em: <https://www.zavascki.com.br/2018-dez-17/opiniao-lawfare-militar-politico-comercial-geopolitico>. Acesso em: 11 jun. 2019.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** n. 1765139/PR. Relator Ministro Felix Fischer. Evento 912, ALEGACOES FINAIS, p. 67306. Disponível em: <https://cpe.stj.jus.br/#/processo/201802342743>. Acesso em: 07 abr. 2020.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** n. 1765139/PR. Evento 948, Sentença, p. 70514.

317, § 1º, do Código Penal⁸) e um delito de lavagem de dinheiro (art. 1º, caput, da Lei n. 9.613/1998⁹)¹⁰.

Para averiguar se o julgamento possui viés político, faz-se necessária a análise da forma processual das decisões judiciais sobre as quais recaem as alegações de violação de direitos e garantias do ex-Presidente.

Por óbvio que não se discutirá todas as decisões judiciais referentes ao Caso do Triplex do Guarujá, limitando-se esta pesquisa à análise das decisões relativas à primeira e segunda instâncias mais relevantes e que eventualmente apresentam mais nitidamente motivações de perseguição em face de Lula (influenciando ou não o julgamento de corrêus). Também não se analisará a questão probatória, mas apenas o cabimento das referidas decisões judiciais.

2. O PROCESSO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA

2.1 INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Inicialmente, ressalta-se que a discussão acerca da competência da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, da qual Sérgio Moro era o juiz titular, para processar e julgar os crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro imputados a Lula. Uma eventual nulidade em razão da incompetência do juiz encontra previsão no inciso I do art. 564 do Código de Processo Penal¹¹.

No que se refere à competência em razão da matéria, compete à Justiça Federal o processamento e julgamento de crimes praticados por servidor público federal no exercício de suas funções, conforme explica Aury Lopes Junior¹². Para efeitos penais, Lula é servidor público, por força do art. 327, *caput*, do Código Penal¹³, e os supostos crimes teriam sido praticados no exercício das suas funções de Presidente da República, de modo que o Caso do Triplex do Guarujá é de competência material da Justiça Federal.

Acerca da competência em razão da pessoa, Lula não é mais Presidente da República, afastando-se a competência do Supremo Tribunal Federal prevista no art. 102, inciso I, alínea 'b', da Constituição Federal¹⁴, de modo que é competência de uma vara federal de primeira instância.

Em relação à competência em razão do local, a defesa de Lula¹⁵ explica que, no que se refere à imputação de corrupção passiva, deveria ser observado o local em que o ex-Presidente praticava seus atos, qual seja, em Brasília/DF, conforme art. 70 do Código de Processo Penal¹⁶.

⁸ BRASIL. **Decreto-Lei** n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

⁹ BRASIL. **Lei Federal** n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** n. 1765139/PR. Evento 948, Sentença, p. 70505-70506.

¹¹ BRASIL. **Decreto-Lei** n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 02 jun. 2019.

¹² LOPES JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 264. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547230180/cfi/0!4/4@0.00:7.05>. Acesso em: 01 jun. 2020.

¹³ BRASIL. **Decreto-Lei** n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** n. 1765139/PR. Evento 937, ALEGACOES FINAIS, p. 67676-67677.

¹⁶ BRASIL. **Decreto-Lei** n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

Já em relação à suposta prática de lavagem de dinheiro, aduz a defesa de Lula¹⁷ que, por força do dispositivo legal supracitado, seria competência de alguma vara federal do Estado de São Paulo, local em que ocorreu a suposta lavagem de dinheiro, caracterizada pelas supostas aquisição, personalização e decoração do apartamento triplex situado em Guarujá/SP.

Assim, observa-se que a competência em razão do lugar afasta qualquer possibilidade de o caso ser julgado pela 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Para o suposto delito de corrupção passiva, seria competente alguma vara federal de Brasília/DF. Já para o suposto crime de lavagem de dinheiro, seria alguma vara federal de Santos/SP, pois o Município de Guarujá/SP não é sede de seção judiciária¹⁸.

Observa-se que Sérgio Moro ignorou regras primordiais de definição de competência para manter o processo sob a vara federal da qual ele era o juiz titular. Demonstrando sua vontade de julgar o ex-Presidente Lula, Sérgio Moro violou a imparcialidade com a qual um juiz deve conduzir e julgar um processo.

Além disso, a defesa de Lula menciona que Sérgio Moro autorizou a interceptação telefônica do ramal-tronco do escritório de advocacia Teixeira, Martins & Advogados, no qual diversos advogados atuam na defesa técnica. Tal determinação caracteriza intolerável violação do sigilo de comunicação¹⁹.

Não se demonstra razoável a alegação de desconhecimento de que o ramal interceptado pertencia ao escritório de advocacia que defende Lula, visto que “em qualquer ligação do escritório as secretárias sempre iniciam o contato com uma frase padrão: *‘Teixeira, Martins & Advogados, bom dia/ boa tarde/ boa noite’*” (grifos do autor)²⁰.

Além da interceptação telefônica ao ramal-tronco do escritório, o Moro autorizou, em 26 de fevereiro de 2016, a instalação de grampo no celular de Roberto Teixeira, um dos advogados de Lula, o que desrespeita a garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo²¹.

Observa-se que a interceptação do escritório de advocacia foi conseguida com uma dissimulação do Ministério Público Federal, que incluiu no pedido de quebra de sigilo o número do escritório como se pertencesse à L.I.L.S. Palestras, Eventos e Publicações, que se tratava da empresa de palestras de Lula²².

Acerca das interceptações telefônicas, Sérgio Moro afirmou na sentença que a defesa de Lula apresentou “argumentação dramática”²³. Tal afirmação é criticada por Lenio Luiz Streck²⁴, o qual destaca que o ex-juiz não se atentou à gravidade da dissimulação feita pelo Ministério Público Federal. Conclui Lenio Streck: “Realmente, a situação é dramática mesmo...”, referindo-se a Moro.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** n. 1765139/PR. Evento 937, ALEGACOES FINAIS, p. 67681-67682.

¹⁸ Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Justiça Federal de primeiro grau – seção judiciária do Estado de São Paulo. 2020, p. 1. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/adeg/Mapas_das_Secoas_Judiciarias/Mapa_Secao_Judiciaria_SP.pdf. Acesso em: 01 jun. 2020.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** n. 1765139/PR. Evento 937, ALEGACOES FINAIS, p. 67641-67642.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** n. 1765139/PR. Evento 937, ALEGACOES FINAIS, p. 67642.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** n. 1765139/PR. Evento 937, ALEGACOES FINAIS, p. 67643.

²² ConJur. **Todos os 25 advogados de escritório que defende Lula foram grampeados**. 2016, p. 1. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/25-advogados-escritorio-defende-lula-foram-grampeados>. Acesso em: 07 nov. 2019.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** n. 1765139/PR. Evento 948, Sentença, p. 70327.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Sentença de Moro é a prova de que a livre apreciação da prova deve acabar. In: PRONER, Carol et al. (Org.) **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Projeto editorial Praxis, 2017, p. 260. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Comentarios-a-uma-Sentenca-Anunciada.pdf. Acesso em: 01 mai. 2019.

2.2 CONDUÇÃO COERCITIVA SEM INTIMAÇÃO

Em 04 de março de 2016, ocorreu a polêmica condução coercitiva de Lula. Antes de adentrar no ponto central das discussões acerca dessa decisão, faz-se necessário destacar que a decisão de Moro havia sido ordenada antes de o Supremo Tribunal Federal julgar a inconstitucionalidade da condução coercitiva para interrogatório do acusado, consoante arguições de descumprimento de preceito fundamental n. 395²⁵ e n. 444²⁶.

Nos autos das arguições de descumprimento de preceito fundamental supramencionadas, julgadas em 14 de junho de 2018, por 6 votos a 5, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a expressão “para o interrogatório”, constante no *caput* do art. 260 do Código de Processo Penal²⁷.

Contudo, a declaração de inconstitucionalidade desconstitui apenas interrogatórios realizados posteriormente a ela. Ou seja, não desconstitui o interrogatório do ex-Presidente Lula para o qual foi conduzido coercitivamente.

Superado esse esclarecimento inicial, passa-se à análise da condução coercitiva de Lula. A defesa do ex-Presidente explica que não houve tentativa prévia de intimação para depor, de modo que a condução coercitiva caracteriza “ilícita intervenção em seu *status libertatis*, tudo acompanhado de uma espetacularização midiática com cobertura nacional”²⁸.

Anteriormente a esse episódio da condução coercitiva, Lula já havia sido intimado em pelo menos outras 04 oportunidades para prestar esclarecimentos e sempre compareceu a todas as solenidades. Lula ressalta que “jamais se recusou a prestar um depoimento”, de modo que a medida foi descabida²⁹.

Assim, não há como se sustentar o cabimento da referida determinação, uma vez que sequer houve intimação para a audiência. Ainda, a condução coercitiva fere o direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que comparecer à solenidade era um direito de Lula, e não um dever.

3. O PROCESSO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

3.1 UM JULGAMENTO EM TEMPO RECORDE

Na data de 24 de janeiro de 2018, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou em segunda instância a condenação do ex-Presidente Lula e aumentou sua pena para 12 anos e 01 mês de reclusão em regime fechado³⁰.

Na decisão, os desembargadores do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que costumam divergir entre si nos diversos processos da Operação Lava Jato (68% dos casos), decidiram de forma estranhamente unânime manter a condenação e aumentar a pena de Lula. O agravamento da pena de Lula foi mais rígido

²⁵ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. 395. Relator Ministro Gilmar Mendes, 2018, p. 1. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068>. Acesso em: 28 nov. 2020.

²⁶ BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. 444. Relator Ministro Gilmar Mendes, 2018, p. 2. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149497>. Acesso em: 28 nov. 2020.

²⁷ BRASIL. **Decreto-Lei** n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** n. 1765139/PR. Evento 937, ALEGACOES FINAIS, p. 67693.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** n. 1765139/PR. Evento 937, ALEGACOES FINAIS, p. 67694.

³⁰ Portal da Justiça Federal da 4ª Região. **Operação Lava Jato**: TRF4 confirma condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. 2018, p. 3. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=13418. Acesso em: 11 jun. 2019.

do que a média de outros condenados da Lava Jato (aumentaram em 32 meses, mas a média é 25 meses). Ainda, o processo de Lula foi julgado pelo tribunal em 6,5 meses, tempo recorde se comparado a qualquer outro caso do âmbito da Operação Lava Jato. Todas as comparações foram com casos sob a mesma relatoria do caso de Lula e sobre os mesmos crimes a ele imputados³¹.

Apesar da complexidade do Caso do Triplex do Guarujá, o voto do desembargador relator João Pedro Gebran Neto foi concluído em 100 dias, sendo que sua média era quase três vezes maior: 275,9 dias. A celeridade dada ao processo foi tamanha que os julgadores não deixaram o feito ser atrasado mesmo ele passando pelos recessos de fim de ano e Carnaval³².

Qual a pressa em condenar o ex-Presidente Lula? Ora, a condenação por órgão colegiado, mesmo que em decisão não transitada em julgado, por crime de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, bem como por outros crimes contra a administração e o patrimônio públicos, acarreta a inelegibilidade por força do art. 1º, inciso I, alínea 'e', itens 1 e 6, da Lei Complementar n. 64/1990³³, com redação dada pela Lei Complementar n. 135/2010³⁴ (Lei da Ficha Limpa). Aliás, foi com este fundamento que o Tribunal Superior Eleitoral³⁵ indeferiu o pedido de registro da candidatura de Lula às eleições presidenciais de 2018.

A condenação em segunda instância do ex-Presidente Lula foi célere porque seus julgadores precisavam condená-lo a tempo de impedir que ele concorresse às eleições presidenciais de 2018, já que ele, mesmo estando preso, liderava com folga a disputa eleitoral. Segundo o Datafolha, Lula contava com 39% das intenções de voto, seguido por Jair Bolsonaro, com apenas 19% das intenções de voto. Substituindo Lula nas eleições, Fernando Haddad não herdaria as intenções de voto de Lula, contando com somente 4% das intenções. Sem Lula, a vitória de seu rival Bolsonaro era certa, o que o tempo comprovou³⁶.

Assim, a estranha unanimidade da decisão impediu Lula de se beneficiar de eventual divergência entre os votos dos desembargadores para opor embargos infringentes e embargos de nulidade, conforme art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal³⁷, condenando-o a tempo de impedir que concorresse às eleições presidenciais de 2018, a qual ele liderava mesmo preso.

Conforme assinala José Carlos Moreira da Silva Filho³⁸, uma eleição sem Lula se trata de “uma grave

³¹ Época. **TRF4 foi mais severo com Lula do que em outros 154 casos similares**. 2018, p. 2-5. Disponível em: <https://epoca.globo.com/politica/noticia/2018/02/trf4-foi-mais-severo-com-lula-do-que-em-outros-154-casos-similares.html>. Acesso em: 30 mai. 2020.

³² UOL. **Relator dá celeridade a recurso, e segunda instância deve julgar Lula no 1º semestre de 2018**. 2017, p. 2. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/12/05/relator-da-celeridade-a-recurso-de-lula-no-trf-4.htm>. Acesso em: 30 mai. 2020.

³³ BRASIL. **Lei Complementar** n. 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64_compilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

³⁴ BRASIL. **Lei Complementar** n. 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

³⁵ Tribunal Superior Eleitoral. **TSE indefere pedido de registro de candidatura de Lula à Presidência da República**. 2018, p. 1. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Setembro/tse-indefere-pedido-de-registro-de-candidatura-de-lula-a-presidencia-da-republica>. Acesso em: 15 nov. 2019.

³⁶ Folha de São Paulo. **Lula chega a 39%, aponta Datafolha; sem ele, Bolsonaro lidera**. 2018, p. 1-2. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/08/lula-chega-a-39-aponta-datafolha-sem-ale-bolsonaro-lidera.shtml>. Acesso em: 02 jun. 2020.

³⁷ BRASIL. **Decreto-Lei** n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

³⁸ FILHO, José Carlos Moreira da Silva. Condenação sem provas e juízo de exceção como ameaça à Democracia - uma nódoa a ser superada. In: PRONER, Carol et al. (Org.) **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Projeto editorial Praxis, 2017, p. 210. Disponível em:

e grosseira fraude ao processo democrático”.

Certamente, a utilização da *lawfare* contra Lula foi um atentado à democracia brasileira. É muito difícil sustentar uma afirmação de que há democracia em um país onde o povo é injustamente impedido de votar em seu candidato, principalmente quando este candidato lidera as intenções de voto.

3.2 HABEAS CORPUS: DESEMBARGADOR PLANTONISTA VS. JULGADORES SEM JURISDIÇÃO

Além disso, destaca-se episódio ocorrido no dia 08 de julho de 2018, em que Sérgio Moro interrompeu suas férias para despachar em *Habeas Corpus* e atuar pessoalmente contra a soltura de Lula.

Na ocasião, Sérgio Moro estava de férias desde 02 até 31 de julho. O pedido de *Habeas Corpus* em favor do ex-Presidente Lula foi protocolado no Tribunal Regional Federal da 4ª Região no dia 06 de julho, sendo distribuído ao gabinete do desembargador plantonista Rogério Favreto no mesmo dia. Em 08 de julho, Favreto concedeu liminar determinando a soltura de Lula³⁹.

Na decisão que concedeu a liminar, o desembargador plantonista esclareceu que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha permitido a execução provisória da pena após condenação em segunda instância, uma prisão anterior ao trânsito em julgado dependeria ainda de uma fundamentação acerca da sua necessidade. Além disso, Rogério Favreto mencionou que a pré-candidatura de Lula às eleições presidenciais de 2018 caracterizava fato novo, suficiente para justificar a sua liberdade⁴⁰.

Contudo, no mesmo dia, Sérgio Moro interrompeu suas férias para despachar nos autos, afirmando que o desembargador plantonista era incompetente para decidir sobre a liberdade do ex-Presidente, bem como que sua ordem descumpria determinação da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do plenário do Supremo Tribunal Federal⁴¹.

Após Rogério Favreto emitir um segundo despacho reiterando a ordem da soltura imediata pela Polícia Federal, José Osmar Pumes, procurador-geral da 4ª Região, pediu que o desembargador plantonista reconsiderasse sua decisão. O desembargador João Gebran Neto, relator dos casos da Lava Jato em segunda instância, revogou a liminar concedida pelo desembargador plantonista, afirmando que este foi induzido em erro pelos impetrantes da ação, os quais incluíram Sérgio Moro como parte no *Habeas Corpus*, quando na verdade ele apenas estaria cumprido ordens do Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁴².

Mesmo após o desembargador plantonista emitir um terceiro despacho, o presidente do tribunal decidiu que a análise do caso competia ao relator do processo, João Gebran Neto, de modo que se manteve preso o ex-Presidente Lula. Toda essa discussão ocorreu em apenas 10 horas e meia daquele dia 08 de julho de 2018, em pleno domingo⁴³.

Acerca do assunto, Lenio Luiz Streck comenta que a ordem de soltura determinada pelo

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Comentarios-a-uma-Sentenca-Anunciada.pdf. Acesso em: 14 nov. 2019.

³⁹ O Globo. **Moro interrompe férias para despachar sobre liberdade de Lula**. 2018, p. 2-5. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moro-interrompe-ferias-para-despachar-sobre-liberdade-de-lula-22865241>. Acesso em: 20 abr. 2020.

⁴⁰ O Globo. **Desembargador do TRF-4 concede habeas corpus a Lula**. 2018, p. 2. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/desembargador-do-trf-4-concede-habeas-corpus-lula-22864958>. Acesso em: 22 abr. 2020.

⁴¹ O Globo. **Moro diz que desembargador não tem competência para soltar Lula e adia decisão**. 2018, p. 6. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moro-diz-que-desembargador-nao-tem-competencia-para-soltar-lula-adia-decisao-22865028>. Acesso em: 22 abr. 2020.

⁴² O Globo. **Moro interrompe férias para despachar sobre liberdade de Lula**. p. 6.

⁴³ O Globo. **Moro interrompe férias para despachar sobre liberdade de Lula**. p. 6-7.

desembargador plantonista Rogério Favreto deveria ter sido cumprida, uma vez que “ordem judicial se cumpre”. Assim, o autor destaca que não caberia nem a Sérgio Moro e nem à Polícia Federal se opor à liminar de soltura, mesmo que a ordem eventualmente fosse indevida ou ilegal⁴⁴.

Para Lenio Streck⁴⁵, a discussão acerca da soltura ou não acabou virando política e o Direito ficou de lado. Comenta o autor que, “se havia dúvida de que Moro era suspeito ou impedido de julgar Lula, agora ficou bem claro”.

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli⁴⁶ explica que, no domingo, quem atua é o desembargador plantonista. Na segunda-feira, com a distribuição do processo ao relator, este poderia rever a decisão, mas jamais avocar o processo.

Cabe destacar que o art. 8º do Código de Ética da Magistratura⁴⁷ prevê que o magistrado deve ser imparcial e evitar comportamentos que reflitam favoritismo, predisposição ou preconceito. Além disso, o art. 9º do mesmo diploma legal⁴⁸ estabelece que o julgador deve tratar as partes com igualdade e evitar injustificada discriminação.

Ademais, John Comaroff, professor de Harvard e especialista em *lawfare*, considera que Lula foi vítima desse instrumento de perseguição política, que foi desenvolvido pelos agentes públicos que manipularam a lei a fim de criar uma presunção de culpa contra o ex-Presidente⁴⁹.

Ao observar esse tratamento diferenciado dado à Lula, Comaroff constata que o Poder Judiciário está “muito ansioso por condená-lo”. O autor entende que Moro deveria ter sido substituído no decorrer do processo a fim de se manter uma isenção por parte do julgador⁵⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o início do Caso do Triplex do Guarujá, as decisões judiciais adotadas em face do ex-Presidente Lula têm despertado inúmeras críticas de juristas, os quais entendem que o embate judicial substituiu a disputa que deveria ocorrer no campo político. De fato, o aparato judicial foi utilizado com finalidades políticas, tanto para impedir que ele concorresse às eleições presidenciais de 2018 quanto para destruir sua imagem perante a sociedade brasileira.

Em primeira instância, Sérgio Moro sequer deveria ter sido o julgador do caso, uma vez que era territorialmente incompetente. Tais violações às normas de definição de competência e ao Princípio constitucional do Juiz Natural demonstram a vontade de Moro de condenar o ex-Presidente Lula.

Ocupando o papel de julgador do caso, Sérgio Moro violou diversos direitos e garantias fundamentais do ex-Presidente Lula, a exemplo da autorização de interceptação dos advogados que defendem Lula e a condução coercitiva realizada de forma ilegal. Nenhuma dessas condutas foi suficiente

⁴⁴ ConJur. **Advogados comentam vaivém de decisões após liminar pela soltura de Lula**. 2018, p. 1. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-08/advogados-comentam-vaivem-decisoes-soltura-lula>. Acesso em: 22 abr. 2020.

⁴⁵ ConJur. **Advogados comentam vaivém de decisões após liminar pela soltura de Lula**. p. 1.

⁴⁶ ConJur. **Advogados comentam vaivém de decisões após liminar pela soltura de Lula**. p. 2.

⁴⁷ BRASIL. **Código de Ética da Magistratura**. Brasília, 26 de agosto de 2008. Publicado no DJ, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 09 mai. 2020.

⁴⁸ BRASIL. **Código de Ética da Magistratura**.

⁴⁹ Folha de São Paulo. **Professor de Harvard vê 'presunção de culpa' contra Lula na Lava Jato**. 2016, p. 2. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1829175-professor-de-harvard-ve-presuncao-de-culpa-contra-lula-na-lava-jato.shtml>. Acesso em: 25 mai. 2020.

⁵⁰ Folha de São Paulo. **Professor de Harvard vê 'presunção de culpa' contra Lula na Lava Jato**. p. 2-3.

para que as instâncias recursais reconhecessem a parcialidade de Moro.

Porém, as diversas violações cometidas por Sérgio Moro jamais passariam “em branco” se não houvesse cumplicidade das instâncias superiores, principalmente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que julgou o caso em segunda instância. Julgando o processo em tempo recorde, o tribunal condenou Lula a tempo de impedir que ele concorresse ao cargo de Presidente da República. Com a condenação em segunda instância, cumpriu-se o objetivo de impedir que Lula concorresse às eleições presidenciais de 2018, a qual ele liderava com folga as intenções de voto mesmo estando preso.

Pretendendo atuar pessoalmente contra a soltura do ex-Presidente Lula, o então juiz Moro interrompeu suas férias para despachar no *Habeas Corpus* e negar a ordem de soltura já determinada pelo desembargador plantonista. Em nítida cumplicidade, o presidente do tribunal e o desembargador relator ignoraram o poder de decisão do desembargador plantonista e negaram a soltura de Lula. Na ocasião, nenhum dos julgadores que negaram a soltura possuía jurisdição, razão pela qual Lula deveria ser imediatamente solto.

Todas essas irregularidades demonstram que o ex-Presidente Lula foi tratado como um inimigo político por seus julgadores e acusadores. Apesar das diversas violações aos direitos e garantias fundamentais de Lula, parte da opinião pública ainda acredita que ele teve um julgamento justo. Isso porque a grande massa da população não possui conhecimentos jurídicos, de modo que a *lawfare* atingiu com eficácia o objetivo de destruir a imagem do ex-Presidente perante a opinião pública. A *lawfare* desenvolvida contra Lula ocasionou danos irreversíveis tanto para ele quanto para o Estado Democrático de Direito.

Assim, resta comprovado o dever de o Poder Judiciário anular o processo do Caso do Triplex do Guarujá e responsabilizar os agentes públicos que perseguiram Lula politicamente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. 395. Relator Ministro Gilmar Mendes, 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. 444. Relator Ministro Gilmar Mendes, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149497>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. **Código de Ética da Magistratura**. Brasília, 26 de agosto de 2008. Publicado no DJ, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 09 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei** n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei** n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar** n. 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da

Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64compilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar** n. 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei Federal** n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** n. 1765139/PR. Relator Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://cpe.stj.jus.br/#/processo/201802342743>. Acesso em: 07 abr. 2020.

ConJur. **Advogados comentam vaivém de decisões após liminar pela soltura de Lula**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-08/advogados-comentam-vaivem-decisoes-soltura-lula>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ConJur. **Todos os 25 advogados de escritório que defende Lula foram grampeados**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/25-advogados-escritorio-defende-lula-foram-grampeados>. Acesso em: 07 nov. 2019.

Época. **TRF4 foi mais severo com Lula do que em outros 154 casos similares**. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/politica/noticia/2018/02/trf4-foi-mais-severo-com-lula-do-que-em-outros-154-casos-similares.html>. Acesso em: 30 mai. 2020.

FILHO, José Carlos Moreira da Silva. Condenação sem provas e juízo de exceção como ameaça à Democracia - uma nódoa a ser superada. In: PRONER, Carol et al. (Org.) **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Projeto editorial Praxis, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Comentarios-a-uma-Sentenca-Anunciada.pdf. Acesso em: 14 nov. 2019.

Folha de São Paulo. **Lula chega a 39%, aponta Datafolha; sem ele, Bolsonaro lidera**. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/08/lula-chega-a-39-aponta-datafolha-sem-ele-bolsonaro-lidera.shtml>. Acesso em: 02 jun. 2020.

Folha de São Paulo. **Professor de Harvard vê 'presunção de culpa' contra Lula na Lava Jato**. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1829175-professor-de-harvard-ve-presuncao-de-culpa-contra-lula-na-lava-jato.shtml>. Acesso em: 25 mai. 2020.

Justificando. 1 Vídeo (17min57seg). **Lawfare** | Justificando Entrevista Cristiano Zanin Martins. 2016, Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yUcGMFe9B0I>. Acesso em: 01 jun. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547230180/cfi/0!4/4@0.00:7.05>. Acesso em: 01

jun. 2020.

MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanini Martins. **O lawfare militar, político, comercial e geopolítico**. 2018. Disponível em: <https://www.zavascki.com.br/2018-dez-17/opiniaio-lawfare-militar-politico-comercial-geopolitico>. Acesso em: 11 jun. 2019.

O Globo. **Desembargador do TRF-4 concede habeas corpus a Lula**. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/desembargador-do-trf-4-concede-habeas-corpus-lula-22864958>. Acesso em: 22 abr. 2020.

O Globo. **Moro diz que desembargador não tem competência para soltar Lula e adia decisão**. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moro-diz-que-desembargador-nao-tem-competencia-para-soltar-lula-adia-decisao-22865028>. Acesso em: 22 abr. 2020.

O Globo. **Moro interrompe férias para despachar sobre liberdade de Lula**. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moro-interrompe-ferias-para-despachar-sobre-liberdade-de-lula-22865241>. Acesso em: 20 abr. 2020.

Portal da Justiça Federal da 4ª Região. **Operação Lava Jato: TRF4 confirma condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva**. 2018. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=13418. Acesso em: 11 jun. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Sentença de Moro é a prova de que a livre apreciação da prova deve acabar. In: PRONER, Carol et al. (Org.) **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Projeto editorial Praxis, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Comentarios-a-uma-Sentenca-Anunciada.pdf. Acesso em: 01 mai. 2019.

TIEFENBRUN, Susan W. **Semiotic Definition of Lawfare**. Case Western Reserve Journal of International Law. 2010. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/3>. Acesso em: 11 jun. 2019.

Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Justiça Federal de primeiro grau – seção judiciária do Estado de São Paulo**. 2020. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/adeq/Mapas_das_Secoas_Judiciarias/Mapa_Secao_Judiciaria_SP.pdf. Acesso em: 01 jun. 2020.

Tribunal Superior Eleitoral. **TSE indefere pedido de registro de candidatura de Lula à Presidência da República**. 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Setembro/tse-indefere-pedido-de-registro-de-candidatura-de-lula-a-presidencia-da-republica>. Acesso em: 15 nov. 2019.

UOL. **Relator dá celeridade a recurso, e segunda instância deve julgar Lula no 1º semestre de 2018**. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/12/05/relator-da-celeridade-a-recurso-de-lula-no-trf-4.htm>. Acesso em: 30 mai. 2020.

EM TEMPOS DE PANDEMIA: UM OLHAR SOBRE A BIOPOLÍTICA E OS DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE UM NOVO “COMEÇO”

Nicoli Francieli Gross¹

Tainara Mariana Mallmann²

INTRODUÇÃO

Ao se falar do novo coronavírus (COVID-19), pode-se afirmar que não se trata de uma guerra, nem de uma crise econômica, das quais se poderá tentar sair com novos arranjos institucionais, como lembrado pela ascensão do modelo de Estado de bem-estar social no pós Segunda Guerra Mundial. A crise que o mundo vivencia hoje é de outra natureza, colocando desafios ainda não mensuráveis. Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo central discorrer sobre a biopolítica, para assim compreendermos o modo como somos governados diante do novo caos. Com efeito, diante do alarme epidemiológico, torna-se notório o mecanismo fundamental da biopolítica - direito de morte e poder sobre a vida. Segundo Agamben ³, “a política não conhece hoje outro valor (e, conseqüentemente, outro desvalor) que a vida, e até que as contradições que isto implica não forem solucionadas, nazismo e fascismo, que haviam feito da decisão sobre a vida nua o critério político supremo, permanecerão desgraçadamente atuais”.

O aspecto metodológico utilizado para a realização do resumo é o fenomenológico, compreendido como “interpretação ou hermenêutica universal”, isto é, como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico da metafísica ocidental. Também, utilizou-se a técnica bibliográfica, utilizando no seu delineamento a coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores, e documental.

Logo, o fechamento das fronteiras e as medidas de isolamento social adotadas em razão da pandemia expõem o conteúdo soberano-disciplinar da ação governamental. A restrição de liberdade imposta pelos governos em razão da pandemia, para retardar a propagação do vírus, demonstra-nos o poder disciplinar enquanto ortopedia social. Essas medidas denotam um reforço do nacionalismo e uma intensificação da xenofobia.

O isolamento social exacerbado e o temor em relação ao outro de modo geral, simboliza atualmente, que o outro é um risco de contágio. Segundo Agamben ⁴ após o período pandêmico, não haverá mais o “antes”, os sujeitos não conseguirão mais retornar às suas vidas anteriores, será necessário adequar-se à ideia de sobrevivência como única crença.

Conseqüentemente, o risco radica no surgimento de uma sociedade que sacrificaria a sua liberdade em prol da segurança, obrigando-se a viver em situação de sobrevida e precariedade moral. Embora o

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI; Aluna voluntária no Projeto de Extensão: “Conflitos sociais e direitos humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução”. E-mail: grossnicoli99@gmail.com

² Discente do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. E-mail: tainaramariana2009@hotmail.com.

³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci Poletti. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004, p.18.

⁴ AGAMBEN, Giorgio. **O estado de exceção provocado por uma emergência imotivada**. Tradução de Luisa Rabolini. Instituto Humanitas UNISINOS, 26 fev. 2020a. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596584-o-estado-de-excecao-provocado-por-uma-emergencia-imotivada>. Acesso em: 05 set. 2020.

estado de exceção seja parcial, faz aparecer o poder soberano e, concomitantemente, nos torna a todos uma espécie de “homo sacer”, pois ficamos submetidos às decisões arbitrárias do poder soberano que foi concedido aos governantes no decreto de exceção.

Uma vez mostrada a eficácia do controle das pessoas, através do uso do dispositivo da biopolítica, e o estado de exceção, há uma tendência, cada vez mais acentuada, de ser utilizada para situações diversas de governo, como técnica eficiente para controlar a cidadania.

1. O IMPACTO DO CORONAVÍRUS (COVID-19) NO MUNDO

Desde o advento da pandemia do novo coronavírus (COVID-19), em 2019, o mundo vem enfrentando novos desafios, uma vez que, em razão do Covid-19, bilhões de pessoas, passam a ter suas vidas afetadas e, conseqüentemente, alteradas. O seu surgimento, se deu na cidade chinesa de Wuhan, e aos poucos foi se propagando em vários países, deixando um lastro de mortes e infecções, em uma proporção jamais vista, quando se trata de pandemias já enfrentadas em uma esfera global.

Diante disso, destaca-se que, aproximadamente dezessete milhões e seiscentas e sessenta mil pessoas foram infectadas e seiscentos e oitenta mil morreram, em duzentos e dezesseis países. Analisa-se o quadro a seguir ⁵:

Quadro 1- Casos confirmados, mortes e áreas afetadas pela COVID-19



Fonte: Organização Mundial de Saúde, 2020⁶.

A cidade chinesa de Wuhan, tem aproximadamente 11 bilhões de habitantes, foi o primeiro país a manifestar sintomas desconhecidos em 31 de dezembro de 2019, visto que alguns dos habitantes chineses começaram a apresentar sintomas de pneumonia de origem desconhecida. Imediatamente, a Organização de Saúde (OMS) foi informada e alertada sobre o ocorrido, diante disso, a OMS, procurou seguir protocolos científicos e medidas de segurança, de forma transparente, mantendo a população mundial informada sobre o novo vírus, conforme pode-se ver, através da tabela a seguir:

⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (COVID-19) pandemic.** Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em: 05 set.2020

⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (COVID-19) pandemic.**

Tabela 2⁷ - Breve cronologia da COVID-19.

31 de dezembro de 2019	A China relata um conjunto de casos de pneumonia em Wuhan, província de Hubei. Mais tarde, é determinado que eles são causados por um novo coronavírus.
5 de janeiro de 2020	A OMS publica sua primeira parte sobre surtos epidêmicos do novo vírus, uma publicação de referência técnica para a comunidade global de saúde e pesquisa pública e a mídia. A parte contém uma avaliação de risco e uma série de recomendações, além de informações fornecidas pela China à Organização sobre a situação dos pacientes e a resposta da saúde pública ao grupo de casos de pneumonia de Wuhan.
10 de janeiro de 2020	A OMS publica online um conjunto abrangente de diretrizes técnicas com recomendações para todos os países sobre como detectar casos, realizar testes de laboratório e gerenciar casos em potencial. As diretrizes são baseadas no conhecimento atual do vírus. A orientação é encaminhada aos diretores regionais da OMS para emergências para distribuição aos representantes dos países da OMS.
16-24 de fevereiro de 2020	A missão conjunta OMS-China, envolvendo especialistas da Alemanha, Canadá, Estados Unidos (Centros de Controle e Prevenção de Doenças, Institutos Nacionais de Saúde), Japão, Nigéria, República da Coreia, Rússia e Cingapura, fica em Pequim por um tempo e viaja para Wuhan e duas outras cidades. Seus membros conversam com autoridades de saúde, cientistas e o pessoal das unidades de saúde. Elabora-se um informe da missão 2 conjunta .
3 de março de 2020	A OMS publica o Plano Estratégico de Preparação e Resposta para a comunidade internacional para ajudar os Estados com sistemas de saúde mais frágeis a se protegerem.
11 de março de 2020	Profundamente preocupada com os níveis alarmantes de propagação da doença e sua gravidade, e níveis alarmantes de inação, a OMS determina em sua avaliação que o COVID-19 pode ser caracterizado como uma pandemia.
13 de março de 2020	O Fundo de Resposta à Solidariedade contra a COVID-19 é criado para receber doações de indivíduos, empresas e instituições.
18 de março de 2020	A OMS e seus parceiros lançam o estudo Solidarity, um estudo clínico internacional que visa gerar dados robustos de todo o mundo para encontrar os tratamentos mais eficazes para a COVID- 19.
02 de abril de 2020.	A OMS apresenta evidências de transmissão de pessoas sintomáticas, pré-sintomáticas e assintomáticas com COVID-19 e observa que a transmissão pode ocorrer a partir de um caso pré- sintomático, ou seja, antes do início dos sintomas.
20 de abril de 2020	A Assembleia Geral das Nações Unidas adota uma resolução intitulada “Cooperação internacional para garantir o acesso global a medicamentos, vacinas e equipamentos médicos com os quais lidarão com a COVID-19”.
18 e 19 de maio	Na 73ª Assembleia Mundial da Saúde, a primeira a ser realizada virtualmente, uma resolução histórica é aprovada para unir o mundo na luta contra a pandemia do COVID-19, copatrocinado por mais de 130 países - o maior número já registrado - e adotado por consenso. 14 chefes de estado participam das sessões de abertura e encerramento.
05 de junho	A OMS atualiza as diretrizes sobre o uso de máscaras para controlar o COVID-19, que fornece informações atualizadas sobre quem deve usar uma máscara e quando usá-la, bem como os materiais dos quais as máscaras devem ser feitas.
17 de junho	A OMS anuncia a descontinuação do grupo de tratamento com hidroxiquina do estudo Solidarity, que visa encontrar um tratamento eficaz contra a COVID-19.
26 de junho	O Acelerador de Acesso a Ferramentas contra a COVID-19 publica os argumentos consolidados a favor do investimento e pede um investimento de US\$ 31,3 bilhões nos próximos 12 meses em testes de diagnóstico, tratamentos e vacinas.

Fonte: Elaborado pelo autor com base nos dados da OMS⁸, 2020.

⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)**. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

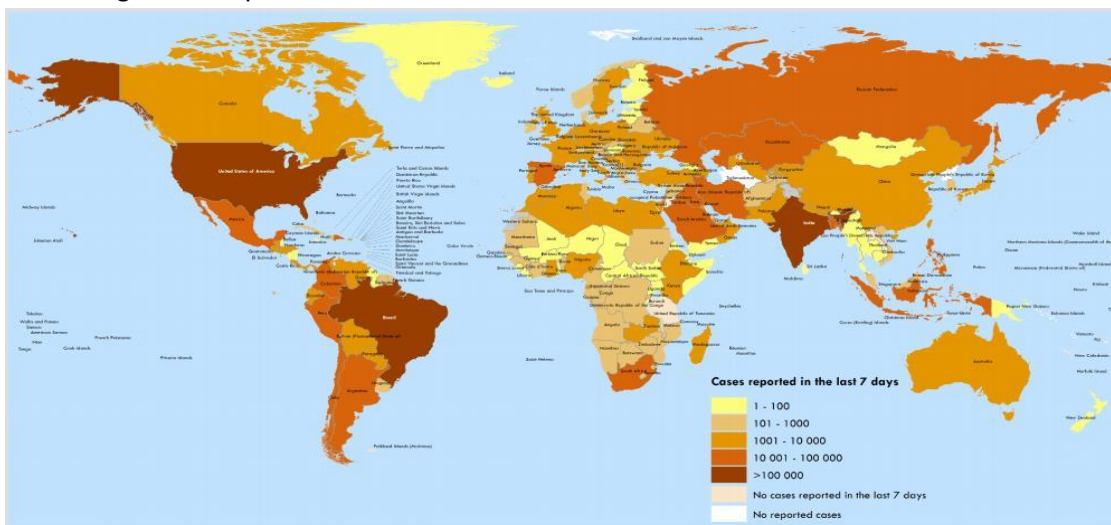
⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Cronología de la respuesta de la OMS a la COVID-19**. 30 jun. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/es/news-room/detail/29-06-2020-covidtimeline>. Acesso em: 15 set. 2020.

Ressalta-se ainda, que:

Os coronavírus são uma extensa família de vírus que podem causar doenças em animais e humanos. Em humanos, sabe-se que vários coronavírus causam infecções respiratórias que podem variar do resfriado comum a doenças mais graves, como a síndrome respiratória do Oriente Médio (MERS) e a síndrome respiratória aguda grave (SARS). O coronavírus descoberto mais recentemente causa a doença de coronavírus (COVID-19).⁹

Para tanto, a Organização Mundial da Saúde, com intuito de deixar a população mundial informada, atualiza constantemente os números de mortes e infectados pela COVID-19 por meio de relatórios e mapas¹⁰. Logo, os dados divulgados pela OMS, são de extrema importância, para o acompanhamento do avanço da pandemia, como também, para supervisionar e acompanhar as atuações/ações sanitárias desenvolvidas em vários lugares do mundo.

Figura 1: Mapa com o número de casos confirmados.



Fonte: Organização Mundial de Saúde, 2020¹¹

Dessa feita, percebe-se que o advento do Covid-19, impactou de forma negativa a vida de milhões de pessoas no mundo todo. Haja, vista que, o vírus se manifesta de forma desigual, não só pelo fato de produzir efeitos/sintomas distintos no organismo/corpo das pessoas, mas por atingi-las de forma desigual, de modo que, à posição social, à localização geográfica de cada indivíduo e, conseqüentemente, pelo precário acesso ao saneamento básico, contribuem para o fato gerador.

Indicador de desigualdade permanece no nível mais alto da série. O índice de Gini é um indicador que mede concentração e desigualdade econômica e varia de 0 (perfeita igualdade) até 1 (máxima concentração e desigualdade). Quando calculado para o rendimento médio mensal recebido de todos os trabalhos, ele se manteve em 0,509 em

⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (COVID-19) pandemic.**

¹⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (COVID-19) pandemic.**

¹¹WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (COVID-19). Situation Report – 194.** Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200801-covid-19-sitrep-194.pdf?sfvrsn=401287f3_2. Acesso em: 15 set. 2020.

2019. O índice tinha caído entre 2012 (0,508) e 2015 (0,494), mas subiu para 0,501 em 2016, mantendo-se o valor em 2017, e depois para 0,509 em 2018.¹²

No Brasil, os índices de desigualdade são alarmantes, a COVID-19, contribui ainda mais na precarização de milhares de vidas que não possuem nenhuma espécie de proteção do Estado, conseqüentemente, a pandemia do coronavírus, vem representando grandes desafios para o Estado Democrático de Direito, alicerçado, fundamentalmente, na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, com o advento da COVID-19, o Brasil, apresenta mais nitidamente, o atual cenário que é composto por inúmeras desigualdades, como: sociais, regionais, econômicas, raciais e de gênero. Para tanto, a condição de pessoa humana, muitas das vezes, deriva-se em algumas características, como a raça, as identidades de gêneros e/ou sexual, que são fortemente arraigadas no imaginário social e vem sustentando a desigualdade, discriminações, abjeções e não reconhecimentos de direito¹³, principalmente os direitos humanos, previsto na Constituição Federal de 1988.

2. BIOPOLÍTICA DA PRECARIÉDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

O surgimento da pandemia do novo Coronavírus (COVID-19) faz emergir o mecanismo fundamental da biopolítica, que regula a vida da população, a fim de combater a doença. Nesse sentido, a biopolítica, se manifesta como uma nova forma de poder que se exerce sobre os fenômenos de vida, sendo “fenômenos coletivos, que só aparecem com seus efeitos econômicos e políticos, que só se tornam pertinentes no nível de massa”¹⁴.

Diante disso, Foucault estabelece três campos onde a biopolítica intervém: a higiene pública, a segurança e o meio urbano. Logo, “esses domínios permitem intervir sobre tais fenômenos e assim estabelecer mecanismos reguladores dessa população”¹⁵, visto que se trata de um controle necessário para a prevenção da propagação do vírus.

Nesse sentido, a biopolítica na visão de Michel Foucault¹⁶, se manifesta principalmente no contexto de prevenção e do controle de epidemias, segundo o filósofo, são práticas de segurança necessárias, sendo estas, ferramentas do próprio governo que permitem encarar a população como um foco de intervenção.

Os dispositivos de segurança trabalham, fabricam, organizam, acondicionam um meio. [...] O meio será então o âmbito no qual se dá a circulação. É um conjunto de dados naturais [...] e um conjunto de dados artificiais, aglomeração de indivíduos, aglomeração de casas, etc. [...] Através do meio aponta-se, por tanto, a esse fenômeno de circulação das causas e dos efeitos. E o meio aparece por último como

¹² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **PNAD Contínua 2019**: rendimento do 1% que ganha mais equivale a 33,7 vezes o da metade da população que ganha menos. Editoria: Estatísticas Sociais, 06 maio 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27594-pnad-continua-2019-rendimento-do-1-que-ganha-mais-equivale-a-33-7-vezes-o-da-metade-da-populacao-que-ganha-menos>. Acesso em: 20 set. 2020.

¹³ DIAS, Renato Duro; BRUM, Amanda Netto. **(Re) significando o discurso dos direitos humanos**: um diálogo a partir da educação em e para os direitos humanos. Revista Quaestio iuris. vol. 10, n. 04, Rio de Janeiro, 2017. p. 2396-2412. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/25690>. Acesso: 20 set. 2020.

¹⁴ FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fonte, 2008, p.293.

¹⁵ PEREIRA, Jesus de Alexandre; NARDUCHI, Fábio; MIRANDA, Geralda de Maria. **Biopolítica e educação**: os impactos da pandemia de covid-19 nas escolas públicas. Revista Augustus, Rio de Janeiro, v.25, n.51, p.219-236, jul/out.2020.

¹⁶ FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fonte, 2008

um campo de intervenção onde, em vez de afetar aos indivíduos como um conjunto de sujeitos de direito capazes de ações voluntárias [...], tratar-se-á de afetar, precisamente, a uma população.¹⁷

Ainda, Foucault, considera que: [...] o problema da cidade era essencial e fundamentalmente um problema de circulação”¹⁸. Ressalta-se que, no século XVII, na Europa, foi implementada como medida de segurança, a quarentena, sendo uma medida necessária e de extrema importância. No entanto, percebe-se diante disso, o mecanismo fundamental da biopolítica, que passa a regular e controlar as vidas das pessoas.

O modelo utilizado, visava “maximizar a saúde, a longevidade, a força dos indivíduos, tratava-se no fundo de produzir uma população sadia”¹⁹. Nesse sentido, ressalta-se que:

Na biopolítica, o agenciamento do espaço corresponderá ao problema da organização de um “meio” que permita a circulação das coisas e das pessoas. A normalização, por sua vez, irá se referir aos procedimentos de regulação que atuam sobre os processos gerais da vida. E o corpo a ser singularizado como objeto e sujeito dos mecanismos de poder é o corpo coletivo das populações.²⁰

À vista disso, denota-se que o corpo humano é o objeto central de toda política. No entanto, para Paul Preciado²¹, diferente da visão de Foucault, não se trata de uma implementação de técnicas moleculares, mas de poderes especializados que penetram nos corpos a partir de técnicas endocorporais e de biovigilância.

As epidemias convocam o estado de exceção que por sua inflexível imposição de medidas extremas são a ocasião de uma reconfiguração a grande escala das técnicas do corpo e das tecnologias de poder. O domicílio, agora como centro de produção, consumo e controle biopolítico.²²

No entanto, diante do alarme epidemiológico, o medo exacerbado do contágio, aparece alicerçado no estado de exceção, onde a liberdade de milhões de pessoas é restringida por meio de medidas profiláticas de isolamento social. Logo, a pandemia do novo coronavírus, trona-se um mecanismo ideológico de controle das vidas, estando pronto para punir os que viessem a descumprir as normas de exceções impostas pelas autoridades por meio de decretos.

Cabe destacar ainda que, as medidas adotadas para a prevenção e contenção do vírus evidencia um reforço do nacionalismo, alicerçada em uma intensificação de xenofobia. Ainda, o isolamento social, como denota Agambem, em seu texto “Contágio”, intensifica o medo em relação ao outro de modo geral, visto que nesse contexto, o outro simboliza o risco de contágio.

Para o filósofo Agambem, as medidas de quarentena e de isolamento social são “desproporcionais”,

¹⁷ FOUCAULT, M. **O Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fonte, 2004^a, p.22-23.

¹⁸ FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fonte, 2008, p.29

¹⁹ FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fonte, 2008, p.58

²⁰ FONSECA, Márcio Alves da. Entre a vida governada e o governo de si. In: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de; VEIGA-NETO, Alfredo; SOUZA FILHO, Alípio (org.). **Cartografias de Foucault**. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 241.

²¹ PRECIADO, Paul. **Aprendiendo del virus**, In: Sopa de Wuhan, Pensamiento contemporáneo em tempos de pandemias, ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio), 2020. Disponível em: <https://dialektika.org/Sopa-de-Wuhan-ASPO.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

²² PRECIADO, Paul. **Aprendiendo del virus**, In: Sopa de Wuhan, Pensamiento contemporáneo em tempos de pandemias, ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio), 2020, p. 164. Disponível em: <https://dialektika.org/Sopa-de-Wuhan-ASPO.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

visto que privam os indivíduos de exercer suas liberdades, uma vez que, escolas, fronteiras, museus, bares, encontram-se fechados. Tais medidas de isolamento via decreto se devem a dois fatores:

- (i) elas efetivam uma tendência crescente de autoridades políticas em utilizar o estado de exceção como paradigma normal do governo, como uma forma de exercer o poder e domínio legal sobre a vida dos indivíduos por meio da vigilância ativa e da penalização de transgressões de regras de quarentena;
- (ii) as medidas efetivam um estado de pânico coletivo de legitimam as restrições da liberdade em troca de presumível segurança e ordem.²³

Ainda, na visão de Agabem, as restrições de liberdade e o isolamento social provocam a “degeneração das relações”, ou seja, provocam o declínio das relações sociais e a “abolição do próximo”. Para ele, a quarentena e o isolamento social demandas pela Organização Mundial da Saúde, é uma medida que desrespeita à vida individual e coletiva.

Dessa feita, o governo diante do contexto pandêmico, se utiliza do mecanismo biopolítico, como estratégias de contenção do vírus, no entanto esse viés não substitui o poder disciplinar ou o poder soberano. Cabe destacar, que essas racionalidades de poder não se extinguem, mas sim, se sobrepõem.

Por fim, o fechamento das fronteiras e as medidas de isolamento social adotadas pelos governos diante do contexto pandêmico do novo coronavírus, não expõem somente o teor biopolítico da ação governamental, mas o seu conteúdo soberano- disciplinar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia do novo coronavírus (COVID-19) no Brasil tem demonstrado novos desafios para o Estado Democrático de Direito, alicerçado fundamentalmente, na Constituição Federal de 1988. Ao passo que nesse contexto histórico a biopolítica assume um papel fundamental nas estratégias governamentais, que, apesar de ser uma medida até certo ponto “necessária”, extrapola limites, que viola direitos constitucionais, como a liberdade do homem.

Percebe-se ainda, que diante do contexto pandêmico, as consequências econômicas e sociais geradas a partir do advento do coronavírus pelo mundo todo, é tamanha, e ainda, além dessa problemática, os governos não têm qualquer solução política para os problemas enraizados.

O isolamento social, em certa medida, foi responsável por potencializar um sentimento de insegurança e medo no contato com o outro, tendo em vista que a sua ocorrência poderá resultar em contágio. As medidas tomadas nesse estado de exceção são mecanismos deveras exacerbados e responsáveis por tolher direitos humanos, dentre os quais a liberdade do homem.

Por fim, a quarentena e o isolamento social são mecanismos biopolíticos, que privam o homem de sua liberdade em prol de uma instituição que promovesse a segurança e impedisse a propagação do vírus, é exercido mediante processos de disciplina sobre o corpo e controle biológico sobre a vida.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci Poletti. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004, p.18.

AGAMBEN, Giorgio. **O estado de exceção provocado por uma emergência imotivada**. Tradução de Luisa Rabolini. Instituto Humanitas UNISINOS, 26 fev. 2020a. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78->

²³ GUEDES, Jozivan. **Biopolítica e normatividade**: duas abordagens filosóficas acerca da pandemia do Covid-19 a partir de Agabem e Habermas. *Voluntas: Revista Internacional de Filosofia*, Santa Maria, v.11, e 8, p. 1-9, jul. 2020.

noticias/596584-o-estado-de-excecao-provocado-por-uma-emergencia-imotivada. Acesso em: 05 set. 2020.

PÉREZ TAPIAS, José Antonio. **Entre o risco e o medo, a biopolítica em alta**. Instituto Humanitas UNISINOS, 17 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597147-entre-o-risco-e-o-medo-a-biopolitica-em-alta>. Acesso em: 04 set. 2020.

PRECIADO, Paul. **Aprendiendo del virus**, In: Sopa de Wuhan, Pensamiento contemporaneo em tempos de pandemias, ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio), 2020. Disponível em: <https://dialektika.org/Sopa-de-Wuhan-ASPO.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

PRECIADO, Paul. **Aprendiendo del virus**, In: Sopa de Wuhan, Pensamiento contemporaneo em tempos de pandemias, ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio), 2020, p. 164. Disponível em: <https://dialektika.org/Sopa-de-Wuhan-ASPO.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

FONSECA, Márcio Alves da. Entre a vida governada e o governo de si. In: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de; VEIGA-NETO, Alfredo; SOUZA FILHO, Alípio (org.). **Cartografias de Foucault**. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 241.

FONSECA, Márcio Alves da. **Entre a vida governada e o governo de si**. In: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de; VEIGA-NETO, Alfredo; SOUZA FILHO, Alípio (org.). **Cartografias de Foucault**. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 241-251.

FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fonte, 2008.

FOUCAULT, M. **O Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fonte, 2004a.

FOUCAULT, M. **Segurança, território e população**: cursos do Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins

GUEDES, Jozivan. **Biopolítica e normatividade**: duas abordagens filosóficas acerca da pandemia do Covid-19 a partir de Agamben e Habermas. *Voluntas: Revista Internacional de Filosofia*, Santa Maria, v.11, e 8, p. 1-9, jul. 2020.

WEMUTH, D.A.M.; MORAIS, B. L. J. **Da execução agambeniana à constituição planetária de ferrajoli: desafios impostos pela pandemia do novo coronavírus às categorias jurídico-políticas tradicionais**. *Revista eletrônica do curso de direito da UFSM*, v. 15, n. 1 / 2020 e 43057. Fonte, 2004b

O CONSTITUCIONALISMO E A INFLUÊNCIA DE ATORES ECONÔMICOS INTERNACIONAIS NO CENÁRIO GLOBAL

Aurélio Pegoraro Júnior¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz uma abordagem a respeito do constitucionalismo e o cenário global, analisando e procurando entender os principais conceitos das expressões “Constituição”, “Constitucionalismo”, “Democracia”, “Neoconstitucionalismo” e “Globalidade”, tratadas ao longo do mesmo, tudo com o fim de cursar um paralelo com o atual momento histórico que se vive e as consequências advindas do capitalismo desenfreado existente a nível global e, por outro lado, porque é extremamente difícil a sociedade reagir a esse cenário de dominação econômica.

Para tanto, os estudos se concentram essencialmente na análise de obras literárias e texto escrito por estudiosos do tema que se propõe a discorrer a respeito, quais sejam: “O que é uma Constituição?”, de Ferdinand Lassalle; “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”, de Luís Roberto Barroso; “Constitución De la Antigüedad a nuestros días”, de Maurizio Foravanti; “Constitucionalismo Y Positivismo”, de Luis Peitro Sanchís; “Odisea Constitucional: Constitución, Teoría Y Método”, de Daniel Mendonça e Ricardo A. Guibourg; “El Canon Neoconstitucional”, de Miguel Carbonel e Leonardo Garcia Jaramilho; “El Neoconstitucionalismo Transformador”, de Ramiro Ávila Santamaría; “La Democracia a través de los derechos. Constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político”, de Luigi Ferrajoli; “Desobedecer”, de Frédéric Gros e; “Globalização: as consequências humanas”, de Zygmunt Bauman, além do artigo “O modelo de desenvolvimento econômico e o novo constitucionalismo na América Latina” de Karen Beltrame Becker Fritz e Liton Lanes Pilau Sobrinho.

Assim, inicialmente se apresenta um comentário sobre a Constituição, o que é, o que significa, como é vista segundo a concepção sociológica, jurídica/positivista e, normativa, passando em seguida, a ser tratado sobre o conceito de constitucionalismo e democracia, como se diferenciam e como se complementam.

Mais adiante, procura-se desenvolver o que se entende por Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo, em que momento surge, o que pretende e qual o seu fim.

Nesse sentido, o estudo identifica que o neoconstitucionalismo se apresenta para dar ênfase aos direitos fundamentais inseridos em uma Constituição, ou seja, com a finalidade de efetivamente fazer valer para todo o ordenamento jurídico e na sociedade como um todo, as regras e princípios fundamentais constitucionais.

Partindo para a parte final, trata-se a respeito da Globalização e suas consequências, notadamente as negativas, que o poder econômico-financeiro decorrente da atuação de grandes atores internacionais tem causado na órbita mundial, bem como porque é tão difícil haver uma reação por parte da sociedade, sendo necessária que uma nova concepção de regras e valores seja implementada a nível mundial, de modo a efetivamente se fazer tutelar e respeitar os direitos humanos e fundamentais.

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) – Universidade de Passo Fundo (UPF). Docente da Faculdade Concórdia Ltda. (FACC). E-mail: 186178@upf.br.

1. CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEOCONSTITUCIONALISMO: CONCEITOS E CONCEPÇÕES

Pois bem, introduzindo o assunto, cabe inicialmente compreender o que se entende por “Constituição”, ou, conforme Ferdinand Lassalle “O que é uma Constituição?”².

Etimologicamente falando, o termo “Constituição” deriva imediatamente do verbo ‘constituir’ e tem como origem remota o vocábulo latino ‘constitutionis’, [...]. Assim, em sentido lato, constituição significa o modo de ser específico de determinada coisa, os elementos que a individualizam, ou ainda o ato de sua criação”³.

Extrai-se da obra de Ferdinand Lassalle que:

A Constituição é a lei fundamental proclamada pelo país (sic) na qual se baseia a organização do Direito Público desse Estado.

[...] porém, de nada servirão as definições jurídicas, que podem ser aplicadas a todos os papéis assinados pelo povo ou por este e o seu rei, proclamando-as ‘constituições’, seja qual for o seu conteúdo, sem penetrarmos na sua essência. O conceito de Constituição – como demonstrarei logo – é a fonte primitiva da qual nascem à arte e a sabedoria constitucional⁴.

O professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, faz ainda uma distinção entre a Constituição histórica ou institucional e a Constituição sob a perspectiva moderna e liberal, assim explicando:

[...] a Constituição histórica ou institucional designa o modo de organização do poder político do Estado, sendo antes um dado da realidade que uma criação racional.

Na perspectiva moderna e liberal, porém, a Constituição não tem caráter meramente descritivo das instituições, mas sim a pretensão de influenciar sua ordenação, mediante um ato de vontade e de criação, usualmente materializado em um documento escrito.

[...]

A Constituição, portanto, cria ou reconstrói o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca de direitos fundamentais, valores e fins públicos e disciplinando o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída⁵.

A Constituição pode ser vista ainda sob concepções diferentes, ou seja, segundo uma visão sociológica, jurídica/positivista e, normativa.

O sociologismo constitucional ou o conceito sociológico de Constituição é associado ao alemão Ferdinand Lassalle. De acordo com sua formulação, a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem a sociedade. Em outras palavras, o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, atuando dialeticamente, estabelece uma realidade, um sistema de poder: esta é a Constituição real, efetiva do Estado. [...]

² “O que é uma Constituição?” é o título de uma das obras de Ferdinand Lassalle.

³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Ed.: Saraiva: São Paulo SP; 2009, p. 73.

⁴ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Ed.: Edijur: Leme SP, 1ª Ed, 2016, p. 12/13.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 73-74.

Na vertente oposta situa-se a concepção estritamente jurídica da Constituição, vista como lei suprema do Estado. Ligada ao positivismo normativista, essa corrente teve seu ponto culminante na elaboração teórica de Hans Kelsen [...]

Com elementos de uma e de outra, desenvolveu-se a idéia (sic) de Constituição normativa. [...] A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, da qual derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional⁶.

Luis Pietro Sanchís, filósofo espanhol do Direito, defende a concepção de uma Constituição normativa e o surgimento do constitucionalismo decorrente de um fenômeno cultural e do mundo moderno. Segundo ele, “[...] constitucionalismo representa um fenómeno cultural y político próprio del mundo que hace efectivos los postulados de la filosofía ilustrada y liberal [...]”⁷.

O conceito de “Constitucionalismo”, por sua vez, ainda que apresentando estreita relação com a expressão “Constituição” e com o termo “Democracia”, com estes não se confunde, sendo que o marco inicial do denominado “Constitucionalismo” advém com as revoluções inglesa (1688), americana (1776) e francesa (1789), as quais abriram caminho para o Estado liberal⁸.

Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei. Já, a expressão Democracia está diretamente ligada a ideia de soberania popular e governo da maioria. A Constituição de um Estado Democrático, por conseguinte, apresenta como funções: veicular consensos mínimos, essenciais à dignidade das pessoas, que não devem ser afetados por maiorias políticas ocasionais e; garantir o pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos⁹.

Nesse sentido, de acordo com Ramiro Ávila Santamaría, a democracia que é adequada à constituição é a democracia como ação comunitária integrada, deliberativa, legítima ou substancial¹⁰.

Há, por conseguinte, uma relação de complementação e apoio mútuo destes conceitos de modo a se promover e buscar ideais de justiça, segurança jurídica e bem-estar social. A Constituição é, nas palavras de Daniel Mendonça e Ricardo A. Guibourg, um conjunto de normas jurídicas da nação, servindo de norte para as demais normas e contendo regras de controle dos demais poderes, servindo como instrumento de controle da Lei e de meio à observância da igualdade e justiça.

Una de las características de la constitución consiste en ser un conjunto de normas jurídicas. En este sentido, la constitución forma parte del sistema de derecho de una nación. Otra de sus características es que las normas constitucionales sirven de fundamento a todas las demás normas positivas del ordenamiento. En este aspecto, la constitución es la fuente positiva de validez o de reconocimiento de todas las demás normas, así como el criterio de delimitación del sistema que todas ellas forman. Una tercera hace de la constitución un conjunto de límites a la autoridad de los gobernantes, límites impuestos por vía procesal, mediante la división de poderes y el juego de los llamados frenos y contrapesos, o por vía material, con las garantías constitucionales que ningún organismo, por ningún procedimiento, puede en principio violar. Desde ese punto de vista, la constitución es un instrumento

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 78-80.

⁷ SANCHÍS, Luis Pietro. Constitucionalismo Y Positivismo. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 2005, p. 07.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 75.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 88-89.

¹⁰ SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho em la Constitución de 2008. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2011, p. 183-184.

político con dos filos. Uno de esos filos otorga a cada organismo gubernamental un peso, grande o pequeño, que no puede serle escamoteado, pero al mismo tiempo pone trabas a la acción de gobierno en su conjunto, que no está autorizado a echar mano de cualquier recurso para llevar a cabo sus propósitos. Otro de esos filos sirve para proteger a los ciudadanos contra la arbitrariedad de los gobernantes y contra las ambiciones individuales de cada uno de ellos, pero al mismo tiempo puede llegar a impedir que, en circunstancias difíciles, se adopten en tiempo oportuno las medidas conducentes a enfrentarlas. Esta diversidad de funciones de la constitución hace de ella un segmento de la realidad Jurídica, política, social sumamente complejo¹¹.

Aliás, da obra “Constitución De la Antigüedad a nuestros días” de Maurizio Fioravanti, há a menção de que, segundo Aristóteles e Platão, a Constituição que se deve almejar não é aquela dos vencedores, de origem violenta, mas sim, de formação pacífica e progressiva, decorrente de uma pluralidade de forças e tendências¹², sendo a Constituição ideal aquela capaz de promover e alcançar o justo equilíbrio entre dois extremos¹³, ou seja, que pudesse temperar os interesses sociais com o dos soberanos, apresentando o constitucionalismo a ideia de que quem tem o poder e recursos não poderia se utilizar desses meios para se beneficiar.

No entanto, mencionam Daniel Mendonça e Ricardo A. Guibourg, que uma constituição não tem uma existência ideal, mas sim real¹⁴.

O constitucionalismo, por sua vez, é usado como um contraponto ao modelo neoliberal do séc. XIX, tendo como característica um procedimento efetivo de controle da constitucionalidade das leis, ou seja, as leis devem estar em conformidade à Constituição.

[...]. En realidad, la idea de constitucionalismo o, al menos, la idea que aquí nos interesa parece usarse como noción superadora del Estado de Derecho legislativo, es decir, como contrapunto al modelo del liberalismo decimonónico, y quizás su rasgo más sobressaliente reside en la existencia de un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de las leyes (M. Troper, 1988, p. 62). (...), cabe decir que la limitación y el control del poder (no sólo el control de constitucionalidad) representan el elemento definidor del constitucionalismo: ‘(...) la relación entre derecho y fuerza, (...)’. “Como escreve Aragón, ‘cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su ‘realización’, ocurre, simplemente, que no hay Constitución’ (M. Aragón, 1987, p. 52)¹⁵.

Em razão disso, a corrente mais recente e que melhor explica o desenvolvimento do constitucionalismo é o chamado neoconstitucionalismo, que tem sustentado a consolidação e expansão da democracia constitucional, reforçando a ideia da força argumentativa dos princípios no direito e o valor normativo da constituição.

Miguel Carbonel e Leonardo Garcia Jaramilho, na obra “El Canon Neoconstitucional”, esclarecem que:

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos,

¹¹ MENDONÇA, Daniel; GUIBOURG, Ricardo A. **Odisea Constitucional: Constitución, Teoría y Método**. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 24-25.

¹² FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución De la Antigüedad a nuestros días**. Madri: Editorial Trotta, 2001, p. 21/22.

¹³ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución De la Antigüedad a nuestros días**. p. 24.

¹⁴ MENDONÇA, Daniel; GUIBOURG, Ricardo A. **Odisea Constitucional: Constitución, Teoría y Método**. p. 81.

¹⁵ SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo Y Positivismo**. p. 15-16.

sino que contienen altos niveles de normas «materiales» o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos¹⁶.

De acordo com o ideal neoconstitucionalista, a constituição deve buscar o bem-estar social (apesar de algumas constituições da América Latina servirem para legitimar uma atuação do Estado nem sempre democrática), reforçando a ideia de uma constituição forte, devendo todo o ordenamento jurídico observar as regras e princípios constitucionais, isto é, haver uma constitucionalização dos demais ramos do direito, de modo que se tenha uma constituição rígida no que tange à proteção das garantias e direitos sociais.

En América Latina el concepto de Constitución se ha utilizado con frecuencia como un motivo legitimador de la acción del Estado, aun si dicha acción no ha tenido siempre un carácter democrático o apegado al interés general.” “Como quiera que sea, lo cierto es que las características del neoconstitucionalismo y de la «constitucionalización del ordenamiento jurídico» que se han explicado son herramientas útiles no solamente en el campo teórico, sino sobre todo en el terreno de la aplicación práctica de la Constitución; terreno que, en buena parte de América Latina, adolece de profundos defectos¹⁷.

O neoconstitucionalismo com relação aos direitos fundamentais prima pela garantia e respeito de um direito mínimo existencial, razão pela qual a Constituição é muito mais do que um texto escrito, mas sim, faz parte de um contexto axiológico, indo além da letra da lei que insere.

Ao tratar sobre o neoconstitucionalismo, Ramiro Ávila Santamaría, no livro “El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho em la Constitución de 2008”, comenta que se tratou de uma resposta dada pelo direito a uma crise, sendo distinto o neoconstitucionalismo europeu do neoconstitucionalismo latino-americano, este inclusive com raízes na constituição brasileira e colombiana (ao abordarem sobre os direitos sociais), e, igualmente diferente do neoconstitucionalismo andino ou transformador (especialmente boliviano e equatoriano), que introduziu a noção de pluriculturalismo e interculturalismo¹⁸.

Salienta Ramiro Ávila Santamaría que o neoconstitucionalismo é uma corrente de direito que tem adquirido muita força, sendo uma teoria em evolução. Para alguns, uma evolução do positivismo jurídico, e para outros, uma nova teoria. No entanto, não se olvida que é uma tendência que promove mudanças na concepção tradicional e formal do direito, a qual surge como consequência e resposta a sistemas jurídicos fascistas, que se caracterizaram pela violação massiva e sistemática de todos os direitos humanos¹⁹.

2. A GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS

Hodiernamente, porém, diante do fenômeno da globalização, tem-se enfrentado uma crise global decorrente da voracidade do capital financeiro (conglomerados internacionais) com suas implicações negativas (danos ambientais, endividamento da sociedade, crescentes desigualdades sociais, dentre outras) inexistindo, por outro lado, uma constitucionalização transnacional que venha a impor limites a essa dominação econômica desenfreada.

Ramiro Ávila Santamaría registra “Que existe uma crise civilizatória, ninguém pode negar, em

¹⁶ CARBONEL, Miguel; JARAMILHO, Leonardo Garcia. *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 162.

¹⁷ CARBONEL, Miguel; JARAMILHO, Leonardo Garcia. *El Canon Neoconstitucional*. p. 171.

¹⁸ SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho em la Constitución de 2008*. p. 17.

¹⁹ SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho em la Constitución de 2008*. p. 53-54.

diferentes medidas todos sabemos e experimentamos. A promessa da modernidade de conseguir alcançar a liberdade, igualdade, fraternidade é cumprida para poucas pessoas e grupos, e nestes momentos de globalização negativa, ainda estes estão sendo prejudicados”²⁰.

No artigo “O modelo de desenvolvimento econômico e o novo constitucionalismo na América Latina” de Karen Beltrame Becker Fritz e Liton Lanes Pilau Sobrinho, os Autores comentam que:

Recentemente, o capitalismo vem provocando modificações de ordem econômica e social que estão levando à reestruturação do padrão de produção e acumulação. Essa nova ordem é atribuída, por alguns autores, a fatores como a crise do pós-keynesianismo e a emergência de um período liberalizante, e, por outros, aos processos de estruturação histórica e produtiva das nações e suas particularidades. Há, ainda, uma forte tendência de análises que privilegiam a relação entre as políticas impostas pelos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento. Independentemente dos instrumentos utilizados para o diagnóstico e a análise da mudança que ocorre, atualmente, vive-se em um sistema conceituado como “globalizado” com normas próprias que, muitas vezes, atuam na contramão dos processos democráticos de nações com menor poder político e econômico no cenário mundial²¹.

Essa política neoliberal surge após a segunda guerra mundial na Europa e na América Norte como uma reação ao sistema Estatal intervencionista e de bem-estar, tendo na América Latina, o Chile, como uma espécie de projeto inicial, em cujo culminou por se implementarem programas governamentais de desregulação, advindo um desemprego massivo, repressão sindical, redistribuição de renda em favor dos ricos e privatização de bens públicos associados a um sistema ditatorial e violento²².

Conforme menciona Zygmunt Bauman:

A “globalização” está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, “globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” - e isso significa basicamente o mesmo para todos²³.

Destaca ainda referido Autor que a significação mais profunda que a ideia de globalização tem transmitido “[...] é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais [...]. A globalização é a “nova desordem mundial” de Jowitt com um outro nome”²⁴, concluindo que a concepção referente à globalização refere-se explicitamente “[...] às ‘forças anônimas’ de von Wright operando na vasta ‘terra de ninguém’ - nebulosa e lamacenta, intransitável e indomável - que se estende para além do alcance da capacidade de desígnio e ação de quem quer que seja em particular”²⁵.

²⁰ SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho em la Constitución de 2008. p. 235-236.

²¹ FRITZ, Karen Beltrame Becker; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **O modelo de desenvolvimento econômico e o novo constitucionalismo na América Latina. Jurisdição Constitucional e Democracia.** Organizadora Adriana Fasolo Pilati Scheleder ... [et al.] – Itajaí: Ed. Da Univali, 2016, p. 60.

²² FRITZ, Karen Beltrame Becker; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. O modelo de desenvolvimento econômico e o novo constitucionalismo na América Latina. Jurisdição Constitucional e Democracia. p. 61-63.

²³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas.** Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 1999, p. 07.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as conseqüências humanas. p. 65-66.

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as conseqüências humanas. p. 67.

Nesse sentido, comenta Ramiro Ávila Santamaría que:

O estado se desnacionaliza e a nação se desestatiza, convertendo-se o estado em mediador de interesses particulares, normalmente relacionados aos das multinacionais, assegurando a competitividade mediante a flexibilização laboral e a subordinação da política e da economia. O estado é subordinado a forças alheias e não pode se controlar. Aliado a estes problemas econômicos ainda há problemas sociais derivados da biotecnologia, como a migração, o crime organizado, isto é, o estado não decide, e apenas segue as diretrizes externas²⁶.

Luigi Ferrajoli, por sua vez, reforça a ideia do enfraquecimento dos Estados Nacionais no mundo globalizado, onde o poder econômico exige o afastamento de regras estatais no cenário econômico mundial:

[...] En el mundo globalizado, este papel de regulación heterónoma de la economía por la política y el derecho entra en crisis con la pérdida de la capacidad de gobierno por parte de la primera y del papel de garantía del segundo, y, en lo que se refiere a Europa, con la institución del mercado común basado en la ya recordada prohibición de intervención de los Estados en la economía de sus países: un principio que fue justificado con la necesidad de garantizar la libre concurrencia entre las empresas a través de la exclusión para todas de las ayudas estatales, pero que más que nada ha realizado el sueño neoliberal de la ausencia de reglas y de límites a los poderes económicos y financieros²⁷.

Corroborando, Miguel Carbonel e Leonardo Garcia Jaramilho mencionam que:

[...] la globalización no implica la desaparición del Estado, sino un debilitamiento de su poder hacia el interior y el exterior, para permitir el fortalecimiento de los intercambios y las comunicaciones transnacionales [...]. La globalización presupone el desmantelamiento de las barreras de protección económica de los estados [...]²⁸.

Portanto, entende Luigi Ferrajoli, que nessa era de globalização o futuro dos países está cada vez menos em uma política interna, mas sim, em decisões externas, cujos atores internacionais (capital internacional) são quem vem decidindo sobre os caminhos do mundo, estando a sociedade, por ser impotente, submetida a tal cenário²⁹.

Nessa linha de pensamento, assevera ainda Luigi Ferrajoli que a globalização traz um esvaziamento do direito público estatal e, logo, um vazio das regras de direitos humanos frente aos poderes transnacionais, substituindo-se os velhos poderes estatais por uma preponderância da ordem econômica onde o mercado global se sobrepõe à política local:

A esta escala la globalización se ha resuelto en un vacío de derecho público todavía más grave, es decir, en un vacío de reglas, de límites y vínculos en garantía de los derechos humanos frente a los nuevos poderes transnacionales, sustraídos a la función de gobierno y control de los viejos poderes estatales. Así, a la primacía del mercado sobre la política ha correspondido, en el plano jurídico, la sustitución de

²⁶ SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *El Neoconstitucionalismo Transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. p. 188.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 144-145.

²⁸ CARBONEL, Miguel; JARAMILHO, Leonardo Garcia. *El Canon Neoconstitucional*. p. 596.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. p. 150.

las formas tradicionales de la normación heterónoma, general y abstracta, por un derecho de producción contractual, que inevitablemente refleja la ley del más flerte³⁰.

Assim, nesse contexto atual em que nos encontramos, Miguel Carbonel e Leonardo Garcia Jaramilho questionam acerca da efetiva proteção dos direitos fundamentais frente a essa política neoliberal, essa globalização sem limites, que objetiva uma livre circulação do capital, mas não do trabalho, haja vista, por exemplo, existir a garantia de qualquer pessoa poder sair de seu país, mas não de que irá entrar nos países industrializados³¹.

Frente a isso, a obra intitulada “Desobedecer”, de Frédéric Gros, traz uma ponderação, isto é, questiona por que vivemos em um mundo atual (que já vem dessa forma há anos) repleto de problemas sociais e de desestabilização da sociedade, sem contudo, darmos um basta nesse cenário, sem nos rebelarmos como sociedade unida para romper com esse sistema perverso e de desigualdade progressiva, remetendo o leitor a se perguntar por que é tão fácil ter em si a consciência de um mundo injusto e, por outro lado, tão difícil de desobedecer (romper) essa estrutura existente. Por que aceitamos o inaceitável?³².

Ao longo da obra, Frédéric Gros discorre a respeito desse conformismo generalizado, isto é, de uma forma até de submissão da sociedade frente ao poder econômico internacional, procurando encontrar respostas do porquê é tão fácil compreender acerca do desespero da ordem atual do mundo, mas tão difícil desobedecer³³.

Enfim, conforme menciona Boaventura de Sousa Santos citado por Ramiro Ávila Santamaría, a única forma de se recuperar a soberania e a independência é mediante a radicalização da democracia, com a reinvenção do Estado e a construção da globalização desde baixo³⁴, sendo que não se olvidando que os Estados, notadamente os mais pobres, não tem poder para incidir isoladamente no contexto global, parece extremamente necessário se pensar na construção de uma comunidade global, formada pelos Estados, fortalecendo-a, para que as decisões e ações globais negativas, provenientes dos atores internacionais, venham a ser responsabilizadas perante as pessoas que afetam³⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com isso, propôs-se com o artigo em questão apresentar conceitos importantes existentes no Direito e no cenário Global, como: a análise da expressão “Constituição”, “Constitucionalismo”, “Democracia”, “Neoconstitucionalismo” e “Globalidade”, de modo a se encontrar uma relação entre tais significados e o cenário globalizado que se vive, haja vista que o poder econômico a nível global, concentrado nas mãos de uma minoria (grandes conglomerados internacionais – multinacionais), vem dirigindo as ações no âmbito mundial, muitas vezes com consequências extremamente negativas para toda a sociedade, sem que os Estados Nacionais apresentem regras para impor limites a essas atuações do mercado econômico e, sem que a própria sociedade tenha forças para reagir.

O estudo discorre sobre a conceituação de Constituição, inclusive com relação as concepções

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. p. 162.

³¹ CARBONEL, Miguel; JARAMILHO, Leonardo Garcia. *El Canon Neoconstitucional*. p. 607/608.

³² GROS, Frédéric. **Desobedecer**. Tradução de Célia Euvaldo. São Paulo: Ubu Editora, 2018, p. 06.

³³ GROS, Frédéric. **Desobedecer**. p. 09/10.

³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democracia y participación. El ejemplo del presupuesto participativo*, Quito, Abya-Yala / FES-ILDIS, 2004 *apud* SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El Neoconstitucionalismo Transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008**. Quito, Fundación Rosa Luxemburg, 2011, p. 125.

³⁵ SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El Neoconstitucionalismo Transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008**. p. 191.

histórica ou institucional e, sob a perspectiva moderna e liberal, sendo vista ainda no âmbito sociológico, jurídico/positivista e, normativo, bem como mostra que tanto os conceitos de constitucionalismo como de democracia complementam o sentido de Constituição, a fim de que sejam alcançados os ideais de justiça, segurança jurídica e bem-estar social.

O neoconstitucionalismo, por sua vez, surge como uma corrente que vem explicar o constitucionalismo, sustentando o desenvolvimento da democracia constitucional e da força vinculante de todos os preceitos constitucionais, de modo a se tutelar as garantias e direitos fundamentais, tornando-os efetivos na sociedade e não apenas simples escritos no papel.

Em outras palavras, o neoconstitucionalismo é uma reação aos modelos fascistas que atentaram contra os direitos humanos.

Acontece, que no mundo atual, o processo de globalização acelerado e sem controle, decorrente de uma política neoliberal, tem trazido consequências negativas na órbita global, com a intensificação de problemas socioambientais (desmatamentos, desertificação de solos, consumo excessivo de recursos naturais não renováveis, poluição das águas, desigualdades econômicas cada vez maiores, dentre outros), constituindo-se em uma nova desordem mundial.

Com isso, os Estados Nacionais têm sido enfraquecidos frente à imposição econômica do mercado financeiro internacional, ficando a grande sociedade subjugada a esse poder concentrado na posse de poucos e, logo, vendo os direitos humanos sucumbirem diante da preponderância do poder econômico.

O que se nota é que a sociedade, de forma geral, até tem consciência do mundo injusto em que nos encontramos, mas tem dificuldade em desobedecer essa estrutura dominante que se apresenta (acabamos por aceitar o inaceitável), devendo se pensar em um modo de radicalização da democracia, com a reconstrução da globalização com outra ideologia e, na reinvenção dos Estados Nacionais, inclusive mediante a formação de uma comunidade global, para que as atuações e decisões dos organismos internacionais econômicos, a nível global, venham a observar e respeitar os direitos fundamentais sociais do ser humano e da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto, citando Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Ed.: Saraiva: São Paulo SP; 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 1999.

CARBONEL, Miguel; JARAMILHO, Leonardo Garcia. **El Canon Neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución De la Antigüedad a nuestros días**. Madri: Editorial Trotta, 2001.

FRITZ, Karen Beltrame Becker; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **O modelo de desenvolvimento econômico e o novo constitucionalismo na América Latina**. Jurisdição Constitucional e Democracia. Organizadora Adriana Fasolo Pilati Scheleder ... [et al.] – Itajaí: Ed. Da Univali, 2016.

GROS, Frédéric. **Desobedecer**. Tradução de Célia Euvaldo. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Ed.: Edijur: Leme SP, 1ª Ed, 2016.

MENDONÇA, Daniel; GUIBOURG, Ricardo A. **Odisea Constitucional: Constitución, Teoría y Método**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PASOLD, César Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Teoria e Prática. 13ª ed. Florianópolis SC: Conceito, 2015.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo Y Positivismo**. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 2005.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El Neoconstitucionalismo Transformador**. El Estado y el Derecho em la Constitución de 2008. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2011.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El Neoconstitucionalismo Transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008**. Apud Boaventura de Sousa Santos, Democracia y participación. El ejemplo del presupuesto participativo, Quito, Abya-Yala / FES-ILDIS, 2004.

A FUNDAMENTAÇÃO JUSNATURALISTA CRÍTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CENÁRIO DE RETROCESSO SOCIAL NAS DEMISSÕES TRABALHISTAS COLETIVAS NO BRASIL

Victória Faria Barbiero¹

Pablo Prestes Teixeira²

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo analisar os direitos fundamentais, sua fundamentação e essencialidade, a partir da visão do Perez Luño³, frente à mudança legislativa do art. 477-A da CLT⁴, na reforma trabalhista de 2017, que equiparou as demissões imotivadas coletivas às individuais, sem a necessidade de intervenção sindical. Isso representa um evidente retrocesso social e a precarização de um núcleo duro dos direitos fundamentais.

Em um primeiro momento, pretende-se analisar a teoria desenvolvida pelo autor em relação à fundamentação jusnaturalista crítica dos direitos fundamentais, inclusive apresentando outras fundamentações (naturalista, positivista e alternativa), consideradas insuficientes e não abrangentes do núcleo prometido pelos Direitos Fundamentais. Esses Direitos são valores escolhidos pela nossa sociedade, e visões reducionistas implicam em interpretações estreitas da expressão axiológica dos mesmos.

Um jusnaturalismo crítico verifica que os Direitos Fundamentais são um sistema de valores dotados de uma unidade de sentido, não podendo partir de uma visão reducionista que não afigure a totalidade de proteção dos mesmos. Isso significa que, partindo da teoria exposta, alterações que retrocedem direitos já garantidos (mesmo que por meio de legislações infraconstitucionais), atacam o valor que a Constituição representa, em sua totalidade.

Assim, a precarização do trabalho ataca não só os direitos trabalhistas, mas a dignidade humana do cidadão, seu direito à vida, moradia, alimento, etc. Por isso que, na segunda parte do artigo, parte da crítica da inovação legislativa trazida pela reforma trabalhista de 2017, no artigo que o art. 477-A da CLT⁵, que equipara as dispensas imotivadas coletivas e individuais, sem a necessidade de uma negociação com a instituição que defende os trabalhadores: os sindicatos.

Portanto, surge a essencialidade da discussão do constitucionalismo crítico frente a uma sociedade baseada no capitalismo predatório, onde a força de trabalho, historicamente, é explorada por classes capitalistas, criando uma ordem de desigualdade social latente e a precarização da vida em todos os seus termos. É necessária a criação de barreiras legais de precarização, baseado nos Direitos Fundamentais

¹ Mestranda e bolsista CAPES do Programa de Pós Graduação em Direito – PPGD pela Universidade de Passo Fundo, vinculada à linha de pesquisa em Jurisdição Constitucional e Democracia (2021). Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: 142281@upf.br.

² Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito Público pela Fundação do Ministério Público/RS (2011). Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha, campus São Gabriel (2008). Advogado.

³ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales (1984)**. Madrid: Tecnos, 2013.

⁴ BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**.

⁵ BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**.

transcritos na Constituição Federal de 1988⁶. Todavia, o movimento atual é contrário a essa ordem de diretos, sendo presente diariamente a mitigação desses valores nas alterações legislativas do Congresso Nacional.

1. UM APORTE SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS NÚCLEOS ESSENCIAIS

A soberania popular funda o sistema democrático atual, determinada por um poder constituinte, e dispõe um núcleo rígido/duro de vontades/anseios da população que se materializam na categoria dos direitos fundamentais. O núcleo dos direitos fundamentais concedidos na Constituição, enquanto texto, direito posto, é uma estrutura que deve ser interpretada a partir de fundamentos teóricos que condizem com aquilo que a ideia do constitucionalismo na modernidade pretende dispor, inclusive em relação à sua evolução histórica que a cada passo os tornam mais abrangentes e inclusivos. No presente capítulo, procura-se trabalhar com a fundamentação dos direitos fundamentais a partir da ideia de jusnaturalismo crítico cristalizada em Perez Luño⁷, passando por outras interpretações clássicas e suas ineficiências.

O autor, no livro “Os Direitos Fundamentais” trabalha com a parábola do homem-toupeira para desenhar as teorias de fundamentação dos direitos fundamentais⁸, principalmente a partir das ideologias que estão por trás dessas visões, como será demonstrado a seguir. O homem-toupeira é um cidadão que em 1978, fruto de um processo constitucional singular que ocorreu na Espanha, visualizou a implementação do sistema político democrático, e, tendo em vista a ebulição política da época, abandonou o autoexílio para se incorporar ativamente na vida cívica do novo Estado de Direito. Assim, o autor explica esses processos de fundamentação dos direitos humanos a partir da figura do pároco (jusnaturalismo), empresário (positivista) e advogado trabalhista (alternativa).

Assim, não é desejável que a fonte dos direitos fundamentais, ou qualquer outro direito, descanse meramente na vontade arbitrária de quem está no poder. Para isso, em uma abertura jusnaturalista, é necessário que situe o fundamento em uma ordem superior, objetiva e universal, e que os homens possam apelar a qualquer tempo e lugar⁹. Essa ordem é a “Lei Natural”, cujos dados e princípios objetivos e necessários se refletem na ordem natural e histórica.

São faculdades entregues ao homem pelo mero direito de sê-lo, por sua própria natureza, sempre correlacionada ao discurso católico/religioso, colocando Deus como fundamento inspirador do Direito e o reconhecimento da liberdade religiosa. Por isso, a ordem natural, em um primeiro momento, se coloca imanente ao homem enquanto ser, “criação” de Deus, retroalimentando a posição católica superior e aparente quando do surgimento dos direitos fundamentais¹⁰. A Constituição proclama como um de seus valores superiores o pluralismo político, o sentido de possibilitar que todos os setores da sociedade sejam representados.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

⁷ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales (1984)**.

⁸ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales (1984)**. p. 105-126.

⁹ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales (1984)**. p. 105-126.

¹⁰ Os direitos fundamentais surgiram após uma série de episódios que marcaram o mundo moderno. Comumente, a história atribui à ruptura causada pela Revolução Francesa como o acontecimento central que dá início à modernidade, mas existe uma série de rupturas e revoluções burguesas que nos levaram hoje ao que chamamos de modernidade. A partir de um poder constituinte, o constitucionalismo moderno e os direitos fundamentais tiveram como paradigma inicial a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1798, promulgada logo após a queda do rei Luiz XIV na França. O grande paradigma da mudança foi à positivação dessas demandas jusnaturalistas, ou seja, dos então chamados direitos naturais por meio da declaração.

Porém, verificar a partir da perspectiva jusnaturalista é limitado. O conceito se dá em uma ordem ontológica fechada e a-histórica de valores metafísicos, eternos e imutáveis, mas existe a crítica do risco de que a sociedade e as lutas sociais de agora, sejam apagadas¹¹. Existem valores e lutas agora (no tempo) que devem ser levadas em conta.

A perspectiva positivista difere no ponto que toda definição de constituição deve partir da lógica de Estado de direito. Esse tipo de Estado tem como objetivo prioritário a garantia, por meio da ciência jurídica, da liberdade dos cidadãos ante o governo, mediante a separação de poderes, o respeito ao princípio da legalidade e a independência dos juízes. Ademais, toda essa estrutura dura e teoricamente inflexível e estável, está arraigada na narrativa básica de salvaguardar a ordem econômico-social¹². A Constituição deve ser lida em uma chave de garantia, ou seja, como um instrumento legal para manter e garantir o *status quo* econômico e social.

Ou seja, a interpretação positivista do significado constitucional de Estado de Direito também seria apoiada, pela proteção dos direitos à propriedade, bem como pela definição de nosso modelo produtivo como economia de mercado. A ideia de Estado de direito é o berço dessa visão, não se apoiando fora da própria criação do direito e de teorias legalistas. Porém, essa teoria não enxerga uma possibilidade de alcançar qualquer justificativa de direitos fundamentais que transcenda a ordem positiva. O positivismo ignora o sentido do esforço histórico pelo reconhecimento constitucional, colocando as normas em um sistema fechado, que basta a si mesmo, não conferindo as devidas aberturas sociais.

Já, na perspectiva alternativa¹³, a Constituição é um ponto de partida para um amplo programa de profundas transformações, não um objetivo de chegada ou o equilíbrio da mudança de nosso sistema político e social. Portanto, os direitos fundamentais constitucionais não podem ser considerados como categorias voltadas para o reconhecimento de valores ou ideais eternos, nem como instrumentos destinados a garantir o *status quo* econômico-social. Pelo contrário, os direitos fundamentais são, acima de tudo, mecanismos necessários a promover um projeto de transformações políticas, sociais e econômicas, esse que é um projeto relativamente novo e contemporâneo.

Todavia, o uso alternativo da norma constitucional pode gerar um uso alternativo da constituição, pois tentativas de politizar abusivamente a interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais podem degenerar em um fenômeno regressivo com formas próprias que o autor chama de um “neonazismo jurídico”.

Explicadas essas construções, retoma-se um ponto basilar do desenvolvimento conferido pelo autor: uma fundamentação jusnaturalista crítica permite verificar que os direitos fundamentais devem ser (a) um sistema de valores dotados de uma unidade de sentido, e (b) uma estrutura aberta e dinâmica, corolário do pluralismo político¹⁴.

Quando se fala em sistema de valores (a), precisa-se reflexionar a partir da unicidade de interpretação, sentidos. A construção dos direitos fundamentais se dá a partir de escolhas, que formam o rol constitucional. Não foi uma escolha feita ao acaso, mas são direitos que expressam a vontade popular e todos devem se retroalimentar, pois, ao fim e ao cabo, são uma expressão ideológica única da sociedade. Ou seja, os direitos reconhecidos na carta constitucional representam a supremacia da expressão axiológica de nossa sociedade, nacional e internacional, que possui, em um todo, um só sentido, uma só ideologia.

¹¹ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales (1984)**. p. 105-126.

¹² LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales (1984)**. p. 105-126.

¹³ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales (1984)**. p. 105-126.

¹⁴ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales (1984)**. p. 105-126.

Perez Luño¹⁵ pretende demonstrar que a figura “ordenamento” jurídico não é meramente retórica, mas implica em: unidade, às normas se definem a partir de seu pertencimento no ordenamento jurídico, não o ordenamento em função das distintas normas singulares que o compõem; plenitude, o estatuto constitucional dos direitos fundamentais se apresentam como um sistema pleno, pretende responder a todas as exigências e necessidades básicas pessoais e coletivas de nossa conjuntura histórica; e coerência, como um conjunto de elementos em ordem sistemática, evitando lacunas em sua estrutura, tentando eliminar antinomias e contradições.

Ademais, essa ordem axiológica constitucional deve corresponder a uma estrutura aberta e dinâmica (b), onde verifica-se o pluralismo político e a democracia. A fundamentação dos direitos e liberdades é uma tarefa inesgotável, pois o tempo também o é. O ser humano está em uma eterna ebulição e seus desejos são constantemente nutridos e renovados. A questão aqui tem a ver diretamente com a ideia de tempo, da mudança da sociedade, a como esses direitos também devem se alimentar disso, de maneira democrática e não negligenciando os núcleos fundamentais já delineados enquanto ideologia (a). Autores como Alexy¹⁶, também trabalham com uma ideia similar quando pretendem a interpretação dos direitos fundamentais pelas estruturas jurídicas, sem deixar de lado seus núcleos duros e imutáveis.

Esse processo não é estanque, pelo contrário, é dinâmico e mutável, assim como a sociedade também o é. Todavia, não se pode abrir mão das garantias constitucionais e do fator ideológico geral que a vontade da Constituição molda. O próprio Hesse, ao contrariar Lassalle, já trabalha com esse sentido. Lassalle¹⁷, por meio de sua teoria crítica, tentou demonstrar que os mandamentos da constituição estariam adstritos a forças reais do poder e que só seriam efetivados se estivessem vinculados com a vontade das forças ativas da sociedade. Nessa mesma ideia, sem negar a existência de fatores reais, Hesse¹⁸ chega à conclusão que a constituição também serviria para ordenar esses fatores, a fim de que pudessem andar juntos com os ideais constitucionais, tornando-se a vontade da constituição uma força igualmente real.

Sarlet¹⁹, ao verificar a figura do não-retrocesso social e da reserva do possível, pretende dar respostas a problemas contemporâneos - que subsistem desde o surgimento do constitucionalismo moderno. O direito e o Estado, por ser um instrumento do capitalismo e subsistir dentro da lógica do capitalismo, não tem como ser um mecanismo de transformação social sem àquilo que chamamos de capital, de reservas financeiras. A categoria jurídica da reserva do possível, principalmente em Estados mais empobrecidos como o caso do Brasil e da América Latina, dá uma resposta aos problemas que surgem em relação a falta de capital para efetivar essas transformações sociais (sem adentrar nos problemas de corrupção política por não ser o foco do presente trabalho, mas também sem negá-lo de forma ingênua). A teoria do não-retrocesso social²⁰, todavia, está a pontuar que direitos já garantidos não podem ser perdidos, ou seja, não pode retroceder, voltar para trás no sentido de perder conquistas históricas da sociedade. Pensando a partir de um jusnaturalismo crítico, verifica-se que existe sim um núcleo duro de projetos sociais que não podem ser perdidos, já que correspondem a um sentido histórico imanente da Constituição Federal e da construção dos direitos fundamentais.

Portanto, a busca por fundamentação dos direitos fundamentais é latente, no agora, inesgotável

¹⁵ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales (1984)**.

¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008

¹⁷ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 11.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**.

conforme o movimento da sociedade. Também, não se deve ignorar a tarefa que é interpretá-los a partir de um todo, daquilo que o legislador por meio de um poder constituinte pretendeu dispor, a partir de suas garantias basilares. A unicidade da Constituição e de seu valor ideológico/teórico, é inquestionável e fundamental a fim de perquirir um Estado mais igualitário, com direitos essenciais que conferem a dignidade humana à todas e todos, sendo inconstitucionais quaisquer atos dos poderes constitucionalmente conferidos (legislativo, executivo, judiciário) que restrinjam ou mitiguem esses direitos, pois estão sob a guarda da constituição. Assim, no próximo capítulo pretende-se tratar da equiparação de dispensas coletivas e individuais, sem a necessidade de negociação coletiva, uma mitigação de direitos fundamentais trazida pela reforma trabalhista²¹.

2. DO RETROCESSO SOCIAL NA EQUIPARAÇÃO DE DISPENSAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS, SEM A NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Notadamente, em diversos períodos, por diversas razões, os direitos fundamentais são colocados a prova e sofrem restrições, inclusive pelos poderes constitucionalmente estabelecidos; os quais, através de seus atos por muitas vezes acabam ignorando a essência dos direitos fundamentais; colocando a prova todos os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais e justificando a preocupação e a necessidade da construção dogmática racional dos conceitos e fundamentos deste conjunto de normas ontológicas, garantidoras do Estado de Direito e programáticas.

Importante referir, que o reconhecimento dos direitos fundamentais não se dá exclusivamente em textos normativos específicos, como as constituições e os tratados internacionais de direitos humanos, eles também estão previstos em normas infraconstitucionais e nos princípios orientadores do direito, além de se constituírem em um valor inerente ao Sistema do Direito. Quanto ao ponto, vale transcrever o ensinamento do professor David Sánchez Rubio:

[...] Derechos humanos son aquellos derechos reconocidos, tanto en el ámbito internacional como nacional, por las constituciones, normas fundamentales, cartas magnas, tratados y declaraciones basadas en valores e interpretadas por una casta de especialistas²².

Além disso, somando-se aos conceitos anteriormente trabalhados, para o sociólogo Niklas Luhmann, os direitos fundamentais são verdadeiras instituições do sistema Direito, pois, ao definirem um conjunto de expectativas do comportamento social, contribuem para a estabilidade do próprio sistema social; neste sentido, a instituição de direitos fundamentais legitima uma presunção de consenso, permitindo ações que amparem o próprio sistema²³.

Logo, qualquer ato ou ação que vá contra os direitos fundamentais, além de representar a corrupção do sistema direito (pois as decisões são tomadas fora do sistema do direito, desrespeitando sua instituição fundamental, que são os direitos fundamentais), também pressupões um verdadeiro retrocesso social e uma evidente insegurança jurídica, fatos que tornam instáveis as relações jurídicas e, por conseguinte, afetam a estabilidade social e desrespeitam a dignidade dos seres humanos, comprometendo

²¹ BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 2 set. 2020.

²² RUBIO, David Sánchez. **Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación**. México: Akal, 2018. p. 28.

²³ LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política**. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

a credibilidade das instituições sociais e estatais²⁴.

No nosso país, além de ainda lutarmos pelo efetivo reconhecimento de direitos fundamentais, de tempos em tempos sofremos ataques aos direitos já reconhecidos, em verdadeiro retrocesso a efetivação de direitos fundamentais conquistados a duras penas. Exemplo mais recente disso é a Lei 13.467/2017, a chamada reforma trabalhista, lei que retirou inúmeros direitos dos trabalhadores, mitigando inclusive direitos de ordem fundamental. Dentre as mitigações evidenciadas, destacamos a disposta no art. 477-A da lei reformista, que contrariando a Constituição Federal, bem como convenções internacionais, equiparou as dispensas individuais, plúrimas ou coletivas, exonerando a necessidade negociação sindical²⁵.

Antes da reforma trabalhista de 2017, as dispensas em massa, motivadas pela alegada dificuldades econômicas empresariais eram nulas, caso não fossem precedidas de negociação coletiva; entendimento que se firmou jurisprudencialmente e se consolidou no Tribunal Superior do Trabalho (TST):

Entre o final do ano de 2008 e no início do de 2009, decisões dos Tribunais da 2.^a e da 15.^a Regiões Trabalhistas reputaram nulas dispensas em massa então promovidas, a pretexto de dificuldades econômicas empresariais, no auge da crise iniciada com a falência do Banco Lehman Brothers. A decisão do TRT 15, no paradigmático caso da Embraer, foi submetida à apreciação do Tribunal Superior do Trabalho, no qual se fixou a tese de que não pode haver dispensa coletiva que não seja precedida de negociação coletiva para casos futuros, mas permitiu a dispensa de inúmeros trabalhadores da Embraer²⁶.

O entendimento jurisprudencial que se sucedeu certamente casou muito incomodo à classe empresarial, especialmente em relação às grandes corporações internacionais, as quais encontravam uma barreira na legislação trabalhista. Notadamente, impedia a especulação do capital, puramente por interesses econômicos, frustrando a possibilidade de movimentação do parque industrial de acordo com suas meras conveniências ou impedindo a demissão de número expressivo de trabalhadores, sob a alegação de qualquer crise econômica, ceifando empregos, prejudicando famílias e a região afetada.

No entanto, as dispensas coletivas trazem inúmeros reflexos e consequências, as quais não afetam apenas os trabalhadores envolvidos, mas podem afetar a ordem econômica e a vida de uma comunidade²⁷. É evidente que quando uma empresa decide demitir um número significativo de trabalhadores, seja pela intensão de encerrar as atividades em terminada planta da empresa, seja para reduzir custos, ou qualquer outra motivação, tal decisão afeta sensivelmente a cidade ou a região de abrangência da referida empresa, o que certamente será sentido pelo comércio local, pela arrecadação de tributos e especialmente pelas famílias dos trabalhadores demitidos.

Todos estes fatos, que afetam as vidas das famílias dos trabalhadores demitidos e podem afetar drasticamente a economia de uma região inteira, possuem natureza de interesse difuso, legitimando inclusive a atuação do Ministério Público do Trabalho, através da Ação Civil Pública²⁸.

Além, disso a proteção contra despedidas imotivadas, em especial nas demissões coletivas, que afetam um número indeterminado de pessoal, representa um verdadeiro direito fundamental, que, em que pese não regulamentado, é reconhecido em nossa Constituição Federal de 1988, no seu art. 7.º, inciso I e

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 447.

²⁵ BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**.

²⁶ GALIA, Rodrigo Wasem. Os interesses difusos nas dispensas coletivas no Brasil após a reforma trabalhista. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, v. 13, n. 2, p. 379-406. dez. 2018. p. 401.

²⁷ GALIA, Rodrigo Wasem. **Os interesses difusos nas dispensas coletivas no Brasil após a reforma trabalhista**. p. 401.381

²⁸ GALIA, Rodrigo Wasem. **Os interesses difusos nas dispensas coletivas no Brasil após a reforma trabalhista**. p. 398/399.

nas convenções 158 e 154 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)²⁹.

Quanto ao ponto, denota-se que a proteção social contra despedidas imotivadas, exigindo-se a negociação sindical para tanto, além de corresponder a um direito humano de segunda geração, o qual busca promover a igualdade, também corresponde um direito humano de terceira geração, os quais englobam os direitos de solidariedade e fraternidade, onde encontramos a proteção dos direitos difusos; aqui cabe trazer a baila o seguinte comentário de Galia:

Conforme leciona Pedro Lenza, os direitos fundamentais classificam-se (seja em geração ou dimensão) da seguinte forma: i) Direitos Humanos de primeira geração: Dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade; ii) Direitos Humanos de segunda geração: Trata-se dos direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade. Tais direitos foram conquistados em razão das péssimas situações e condições de trabalho, as quais eclodiram vários movimentos buscando reivindicações trabalhistas e normas de assistência social; iii) Direitos Humanos de terceira geração: Essa geração de direitos foi marcada pela profunda alteração da sociedade, em virtude de profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), principalmente nas relações econômico-sociais. Surgem, pois, novos problemas e preocupações mundiais, tais como a necessária noção de preservação ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores, entre outros. Nessa dimensão de direitos, destaca-se os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, os quais englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e outros direitos difusos³⁰.

Assim, considerando que a proteção do trabalho contra despedidas imotivadas, em especial nas dispensas coletivas, corresponde a verdadeiro direito humano de ordem fundamental (de segunda e terceira dimensões), devidamente reconhecido no ordenamento interno e internacional; evidencia-se, que o art. 477-A da CLT³¹, incluído pela Lei 13.467/17³², representa um verdadeiro retrocesso social, por desconsidera todo o reconhecimento dos direitos fundamentais quanto à proteção dos trabalhadores, seja na perspectiva jusnaturalistas (pois, nega o caráter ontológico da proteção aos trabalhadores), seja na perspectiva positivista (pois, desconsiderou a legalidade da proteção da despedida imotivadas) e ou na perspectiva alternativa (tendo em vista, que abandonou o projeto de construção de uma sociedade justa e igualitária).

Quanto à perspectiva alternativa, pode-se concluir que a adoção de uma reforma trabalhistas, que mitiga direitos dos trabalhadores, em especial negando a proteção contra demissões coletivas, sobe a alegação de direitos de liberdade previstos constitucionalmente, podem efetivamente representar o fenômeno regressivo do “neonazismo jurídico”, como conceituo chamar o professor Perez Luño, tratado no capítulo anterior (notadamente, houve uma tentativa de politizar abusivamente a interpretação da Constituição).

Neste diapasão, vale lembrar, que a constituinte de 1988 optou pela criação de um Estado democrático de direito, baseado na dignidade da pessoa humana e na proteção social; logo, qualquer decisão ou ato político ou judicial que vá de encontro à proteção social e a dignidade da pessoa humana representa um verdadeiro retrocesso social, e por si só deveria ser considerada inconstitucional, pois contrária dos direitos fundamentais.

²⁹ GALIA, Rodrigo Wasem. **Os interesses difusos nas dispensas coletivas no Brasil após a reforma trabalhista**. p. 402.

³⁰ GALIA, Rodrigo Wasem. **Os interesses difusos nas dispensas coletivas no Brasil após a reforma trabalhista**. p. 385/386.

³¹ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**.

³² BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**.

Destarte, a inovação trazida pela reforma trabalhista de 2017, que no art. 477-A, da CLT³³, equiparou as dispensas imotivadas coletivas e individuais, sem a necessidade de intervenção sindical, representa um evidente retrocesso social, em relação aos direitos fundamentais sociais de todos os trabalhadores do Brasil; a manutenção do dispositivo reformador, vai de encontro aos objetivos do Direito do Trabalho, subsistema do direito, no qual o principal desígnio é a proteção social do trabalhadores e a eliminação das desigualdades sociais inerentes aos conflitos entre o capital e trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Notadamente, buscou-se com o presente artigo ponderar os direitos fundamentais, sua essencialidade e fundamentação, a partir da visão do Perez Luño³⁴, em relação à mudança na legislação trabalhista brasileira, que equiparou as demissões plúrimas, coletivas e individuais, excluindo a necessidade de negociação sindical nas dispensas coletivas.

Efetivamente, verificou-se que a Lei 13.467/2017, que no art. 477-A, da CLT³⁵, o qual equiparou as dispensas coletivas as individuais, sem a necessidade de negociação coletiva, frente a discussão do constitucionalismo crítico, ignorou a essência dos direitos fundamentais e toda a construção dogmática racional dos conceitos e fundamentos deste conjunto de normas ontológicas, garantidoras do Estado de Direito e programáticas; bem como, desconsiderou os mecanismos legais de proteção dos Direitos Fundamentais transcritos na Constituição Federal de 1988.

Como se vislumbrou, é latente a necessidade de fundamentação e interpretação dos direitos fundamentais, os quais são inesgotáveis e se revelam necessários a cada novo movimento social; além disso, também se faz necessária a compreensão uníssona da Constituição e de seus valores, que ao fim e ao cabo objetivam um Estado igualitário e que respeite a dignidade humana à todas e todos.

Em suma, a lei reformista de 2017, que equiparou as dispensas coletivas e individuais, excluindo a necessidade de negociação sindical nas demissões coletivas, representa um evidente retrocesso social, pois nega todos os fundamentos, a essência e a interpretação dos Direitos Fundamentais, negando a necessária proteção social a todas e todos os trabalhadores do Brasil. Logo, o art. 477-A, da CLT³⁶, mostra-se completamente inconstitucional e representa um verdadeiro e inaceitável retrocesso social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 15 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das leis do trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 2 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11

³³ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**.

³⁴ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales (1984)**.

³⁵ BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**.

de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 2 set. 2020.

GALIA, Rodrigo Wasem. Os interesses difusos nas dispensas coletivas no Brasil após a reforma trabalhista. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, v. 13, n. 2, p. 379-406. dez. 2018. p. 401.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 11.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales (1984)**. Madrid: Tecnos, 2013.

RUBIO, David Sánchez. **Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación**. México: Akal, 2018. p. 28.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

A DESINFORMAÇÃO COMO ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA: A NECESSIDADE DE UM CIBERESPAÇO FORTALECIDO

Érico Antonio P. Santos¹

Marcos Leite Garcia²

INTRODUÇÃO

Outrossim, o fenômeno da desinformação seja algo que esteve quase sempre presente na evolução da humanidade, o tema ganhou destaque nas eleições estadunidenses de 2016, e com o pleito eleitoral de 2018 no Brasil, com o problema das fake news, permitindo-se sopesar a sua influencia nos regimes democráticos.

O problema da desinformação não se resume tão somente com o surgimento das fake news, que, aliás, é o resultado da evolução e da mudança ocorrida na esfera pública, haja vista o advento da internet e o surgimento de um novo ciberespaço. Ainda não se podendo excluir os demais meios de comunicação de massa, como agentes colonizadores da informação.

Habermas observa essa colonização da informação desde quando a esfera pública limitava-se a vida monárquica, com a mudança para o surgimento de uma esfera pública burguesa³.

Deste modo, utilizando-se como metodologia, o método indutivo, o estudo se dispõe a identificar o problema da desinformação e por meio da utilização da revisão bibliográfica apresentar três subtítulos com elementos concatenados, demonstrando que o fenômeno da desinformação influencia sobremaneira o regime democrático.

1. A COLONIZAÇÃO DA ESFERA PÚBLICA

O processo de colonização da esfera pública decorre depois de um longo período de dominação. Não somos como as formigas que repetem a informação genética dos nossos ascendentes e que transmite aos descendentes, o comportamento humano é fruto de uma visão construída pelo mundo e pelas coisas⁴.

O objetivo da colonização da esfera pública é desintegrar a informação, de tal modo que seja estabelecida em consonância com um determinado interesse daquele que a manipula. Pode-se observar tal afirmação em dois momentos da humanidade, o primeiro pela dominação da religião e o segundo com o surgimento dos meios de comunicação de massa.

Em Luhmann, verifica-se que existem várias formas de se conceituar o sentido de poder, contudo, o

¹ Advogado, mestrando em direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 185620@upf.br

² Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí-SC. Também professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo-RS (Brasil). E-mail: mleitegarcia@terra.com.br

³ HABERMAS, Jünger. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. Traduzido por Denilson Luís Werle. 1ª Edição. São Paulo – SP: Ed. UNESP, 2014, p. 20; 24.

⁴ SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso**. Rio de Janeiro – RJ: Ed. Estação Brasil, 2019, p. 9.

autor propõe a tarefa de estabelecer o poder como meio de comunicação⁵. No mesmo sentido, assevera Castells que, “poder é a capacidade relacional que permite a um ator social influenciar assimetricamente as decisões de outro (s) ator (es) social (is) de formas que favoreçam a vontade, os interesses e os valores do ator que detém o poder⁶”

Aponta Habermas que, na monarquia absolutista a esfera de comunicação entre o soberano e os seus súditos ocorria através da imponência das suas roupas e acessórios, bem como nos luxuosos eventos sociais nos Castelos⁷. Com o surgimento da imprensa e posteriormente a descoberta da televisão, a prática reiterada e perpetuada no tempo dá lugar à colonização através dos meios de comunicação de massa.

Com o estudo empreendido sobre o tema em análise, resultou-se uma hipótese de que em cada período histórico a humanidade esteve sob o controle da colonização das informações. Depreende-se, tal ideia, por exemplos, na dominação da igreja, nas relações dos soberanos e seus súditos, com o surgimento da imprensa e dos meios de comunicação televisiva e atualmente com o advento da internet.

Habermas identifica que, a perda da racionalidade e da crítica é um dos fatores que resulta na colonização da esfera pública⁸. Na mesma toada Bobbio aduz que, o cidadão não educado é fruto do Estado Moderno, e, conseqüentemente irá gerar uma dominação do indivíduo⁹.

Não obstante, o surgimento da imprensa tenha sido imprescindível para a democracia, sendo inclusive afirmado por alguns que, o nascimento do Estado moderno se confundiu com o advento da imprensa, o fato é que em grande parte dos Estados Democráticos os meios de comunicação de massa, influenciados pelo poder do mercado desvirtuou a sua finalidade, qual seja, promover a informação livre e garantir o exercício da liberdade de pensamento.

Por tais fatos aduz Souza que, “sem a consciência crítica da ação dessas ideias sobre nosso comportamento, somos todos vítimas indefesas de uma concepção que nos domina sem que possamos sequer esboçar reação”¹⁰.

Também Habermas já havia identificado que, a perda da racionalidade crítica causaria a colonização da informação, nesta senda o autor aponta que, tal fato teria ocorrido com o advento do Estado Liberal, momento em que a esfera pública perde a racionalidade crítica face aos atos do absolutismo¹¹. O fato é que, a burguesia desenvolvia esse papel de racionalidade crítica, contudo, com o advento do liberalismo essa mesma burguesia passaram a serem os grandes proprietários, inclusive assumindo o controle não somente do poder econômico privado, mas também, do poder estatal.

Defronta-se, portanto, com um paradoxo. Haja vista que, aquele mesmo grupo detentor da racionalidade agora se tornar-se-ia o alvo das críticas. Mas quem os criticariam? Essa classe da sociedade moderna compreendeu muito bem como funcionava o sistema de colonização da informação, e, portanto, se tornam os proprietários dos principais jornais e sistemas de televisão, e logo passam a colonizar a esfera pública aos seus próprios interesses.

Com o pós-guerra, os Estados Democráticos passaram a se preocupar com a reformulação dos

⁵ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília – DF: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 4.

⁶ CASTELLS, Manuel. **O Poder da Comunicação**. Tradução Vera Lúcia Mello. São Paulo/Rio de Janeiro> Paz e Terra Editora, 2015, p. 57.

⁷ HABERMAS, Jünger. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. p. 22.

⁸ HABERMAS, Jünger. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. p. 27.

⁹ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio. 15ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Paz e Terra Ltda, 2018, p. 25.

¹⁰ SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso**. p. 22.

¹¹ HABERMAS, Jünger. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. p. 30.

meios de comunicações, em especial a televisão. Afim de evitar que grupos econômicos se tornassem os principais proprietários dos meios de comunicação de massa. Neste pensamento, Souza aduz que, países da Europa instituíram a divisão entre televisão pública e estatal, o autor informa ainda que ambas não se confundem, o destaque que interessa-nos é quanto ao conteúdo de informação, ou seja, a televisão pública passa a exercer o papel de uma esfera pública livre, sem a colonização de massa, o autor informa ainda que, infelizmente isso não ocorreu no Brasil¹².

Sendo este um dos principais fatores de colonização da esfera pública e causador do processo da desinformação.

2. A DESINFORMAÇÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Como observado, a colonização da esfera pública surge em decorrência do interesse econômico ou político de um determinado grupo social. Foi assim com a dominação do indivíduo pela igreja e no absolutismo dos soberanos, já na Sociedade contemporânea, desenvolve-se através dos grandes grupos econômicos, detentores dos meios de comunicação de massa.

O processo de colonização da esfera pública desenvolve-se ainda com a finalidade de atingir um objetivo, a desinformação. Em uma conceituação simples, desinformar consiste em produzir uma informação errada, com ou sem intenção, criar informação falsa. É importante destacar que, a desinformação sempre esteve presente na evolução social do indivíduo.

Nesse sentir, cita-se, por exemplo, a condenação de Jean Calas¹³, que fora condenado à morte em face do discurso de ódio pregado pela Inquisição da Igreja há época. Sem esquecer ainda a manipulação do Sinédrio judeu, que encampou o mesmo discurso de ódio contra Jesus, a fim de crucificá-lo, uma vez que as suas atitudes atentava contra os interesses políticos daquele tempo.

Há cerca de dois mil anos houve uma desavença entre Pilatos, o procurador romano da Judeia, e o Sinédrio de Jerusalém, a maior autoridade hebraica. O que estava em jogo era a vida de Jesus. Pilatos estava entre impor uma decisão unilateral [...] e acatar o que queriam os representantes do Sinédrio, que pediam a confirmação da condenação à morte de Jesus que eles mesmo já tinha pronunciado.¹⁴

Ressaltando-se que, a colonização da esfera pública ocorre com a manipulação da comunicação visando sempre o interesse de um determinado grupo. Na sociedade contemporânea esse grupo privilegiado é identificado pelo mercado, nominado por Ferrajoli de poderes selvagens¹⁵ e por Bobbio de poder invisível¹⁶.

Esse espaço público colonizado pelo dinheiro Habermas chama de refeudalização da esfera pública.¹⁷ Byung Chun Han vem dizer que:

¹² SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso**. p.135.

¹³ VOLTAIRE. **Tratado sobre a Tolerância**. Tradução Antonio Geraldo da Silva. São Paulo – SP: Editora Lafonte, 2017, p. 14.

¹⁴ ZANGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. 1ª edição, 3ª triagem. São Paulo – SP: Editora Saraiva, 2011, p. 31.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes: las crisis de la democracia constitucional**. Madrid: Editora Trotta, 2011. p. 45.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo**. p. 134.

¹⁷ HABERMAS, Jünger. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. p. 29.

O idiota é um idiossincrata [...]. Diante da coerção da comunicação e da conformidade, o idiotismo representa uma prática de liberdade [...]. O idiota é o moderno herético [...]. O idiota não comunica, ou melhor, se comunica através do não comunicável¹⁸ [...].

Atualmente, a colonização da esfera pública é evidente. Realizada pelos meios de comunicação de massa, por meio de programas moldados a atenderem aos seus interesses, manipulação dos noticiários jornalísticos., com objetivando o cunho financeiro e político. Uma sociedade que perdeu a racionalidade crítica será alvo fácil do processo de desinformação.

Neste pensamento Souza informa que, “o público, é deixado indefeso, é presa fácil de todo tipo de manipulação¹⁹”, aponta que o sujeito é exposto a informações que impedem a sua racionalidade impedindo-o de expor a sua opinião, portanto, é convencido de que as informações veiculadas pelos meios de comunicação de massa não admitem oposição, assim, o indivíduo perde a sua capacidade de pensar²⁰.

No Brasil, por exemplo, a televisão aberta, ou seja, aquela que o espectador não precisa pagar para ter acesso à grade de programação atingiu 70% (setenta por cento) dos aparelhos de televisão, entre os horários de 07h00min às 00h00min, conforme dados apresentados em novembro de 2019 pela ABERT (Associação Brasileira de Rádio e Televisão).²¹

Entende-se que a esfera pública é produto da alta cultura urbana²². O processo de manipulação do indivíduo por meio da desinformação se tornou uma cultura longínqua e habitual da sociedade moderna, onde o sujeito é levado a pensar pelo pensamento alheio, fruto da falta de racionalidade crítica.

Contudo, em ato contínuo ao desenvolvimento da evolução da sociedade moderna o advento da rede mundial de computadores construiu um novo espaço público, nominado de ciberespaço. Através da internet o uso das redes sociais e dos aplicativos disponíveis nos eletroeletrônicos o ciberespaço se tornou o novo espaço público para o exercício da democracia e da cidadania.

Não obstante, a importância imprescindível trazida pela internet, com todo o avanço tecnológico facilitador da Sociedade contemporânea, esse novo espaço público também passou a ser colonizado, atendendo, via de regra, os interesses de grupos econômicos e políticos.

Nas eleições estadunidense de 2016 a desinformação virtual assume o nome de fake news, acontecimento que também foi registrado no Brasil, no pleito eleitoral de 2018 e tornou-se um fato habitual no cenário virtual.

Vesting assevera que, nas eleições dos Estados Unidos da América de 2016, o candidato Donald Trump, por meio de sua equipe eleitoral utilizando-se das redes sociais e a ferramenta de algoritmos conseguiu montar o perfil dos seus potenciais eleitores²³.

A desinformação praticada pelos meios virtuais adquire proporções gigantescas, face ao Big Data. O excesso de informações na rede difunde rapidamente e atinge um número incontável de usuários, uma vez que atualmente qualquer aparelho smartphone pode se conectar a internet.

¹⁸ BYUNG, Chun Han. **Psicopolítica – O neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. 1ª Edição. Belo Horizonte – MG: Editora Ayine, 2018, p. 111; 112.

¹⁹ SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso**. p. 132.

²⁰ SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso**. p.136.

²¹ ABERT (Associação Brasileira de Rádio e Televisão). **TV aberta é líder de audiência, diz pesquisa**. Disponível em: <https://www.abert.org.br/web/notmenu/tv-aberta-e-lider-de-audiencia-diz-pesquisa.html>. Acesso em: 04 de dezembro de 2020.

²² VESTING, Thomas. **Fake News e Regulação. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial**. 2ª edição. São Paulo – SP: Revistas dos Tribunais, 2020, p. 196.

²³ VESTING, Thomas. **Fake News e Regulação. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial**. p. 194.

Nos episódios eleitorais, a difusão das fake news tem a finalidade de manipular as informações dos candidatos, induzindo o eleitor a erro ou no mínimo a dúvida. Contudo, é relevante ressaltar que, a fake news é também difundida com outros propósitos, tais como campanhas falsas sobre as vacinas, a dignidade e honra do sujeito, no direito penal, dentre outras.

Entretanto, é no campo político que a sua semente germina facilmente. Ocorre que, via de regra, por traz da difusão das fake news está sempre a polarização política, o discurso de ódio, a intolerância pelo outro, além do interesse oculto.

Nessa mesma linha assevera Rais que:

É claro que a desinformação polui o debate e cria uma atmosfera de incertezas e desconfiança, mas talvez o que parece ser ainda mais perigoso é a capacidade que essa poluição tem de alimentar e ampliar a polarização de opiniões na sociedade. Talvez a polarização seja a infecção enquanto a desinformação seja apenas uma de suas febres.²⁴

Em uma Sociedade contemporânea em que a colonização da esfera pública acompanha a evolução social e o processo de desinformação por meio de informações manipuladas, fake news, discurso de ódio e intolerância tornam-se cada vez mais comum, a democracia encontra-se ameaçada, fato que justifica-se a busca por um ciberespaço sem censura ao direito de manifestação, mas hígido e que respeite os fundamentos do Estado Democrático.

3. CIBERESPAÇO, UM NOVO MECANISMO DA DEMOCRACIA

Não obstante, a colonização da informação sempre presente na evolução social à esfera pública contemporânea adquiriu um novo espaço público. Oriundo do advento da rede mundial de computadores, o ciberespaço passa a funcionar como uma *Ágora*, contudo, não, mas nas praças públicas, e sim na esfera virtual.

Conquanto, a internet seja atualmente imprescindível para vida contemporânea, com o surgimento do ciberespaço, o processo de desinformação aperfeiçoa-se, e, portanto, utilizando-se da internet a colonização da informação agora por meio das fake news assume novos contornos.

O que antes era meio de controle exclusivo da mídia televisiva e das rádios, atualmente se tornou um mecanismo democrático ao alcance da maioria da população mundial. Ressalta-se que, não se vislumbra aqui, a criminalização da internet, pelo contrário, o advento da rede mundial de computadores é um mecanismo totalmente apto a se aperfeiçoar e legitimar o exercício da democracia.

Não por menos, em 2011, Frank La Rue, em Conferência na ONU, suscitou à necessidade de elevar o direito à internet à qualidade de direitos humanos, nos moldes do art. 19º da DUDH²⁵ (Declaração Universal dos Direitos do Homem), haja vista ser um meio de expressão de pensamentos, ideias e exercício da cidadania.

Analisando o surgimento das primeiras salas virtuais e a incipiente utilização da internet como mecanismo de exercício da democracia, no ano de 2002 Pierre Lévy, observou fatores que poderiam ocorrer com o excesso de informações na rede de internet. O sociólogo apontou que antes do Big Data as informações eram, em regra, levadas ao crivo de especialistas, pessoas pertencentes a esfera literária que analisavam as informações ante de serem repassadas ao público, no entanto, com o uso da internet esse

²⁴ RAIS, Diogo. **Desinformação no contexto democrático. Fake News e Regulação. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial.** p.251.

²⁵ LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia.** Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 28.

filtro não mas existiria²⁶.

Não é o objeto do trabalho analisar a relevância da internet diante da Sociedade contemporânea, em especial no contexto da democracia, tema que será trabalhado no deslinde da pesquisa e abordado na observação da ciberdemocracia. Contudo, vale destacar a título de exemplo, a Primavera Árabe, a Revolução das Panelas na Islândia, o Occupy Wall Street²⁷

Contudo, desde as eleições dos Estados Unidos da América, de 2016, e, posteriormente no Brasil, o processo de desinformação materializada pelo fenômeno das fake news, tem sido um problema para os regimes democráticos.

Ambos os pleitos eleitorais foram marcados por inúmeras denúncias de fake news, sempre com o propósito de fragilizar as Instituições democráticas, os demais Poderes políticos e instalar uma crise democrática no país.

Não faz sentido desvincular as fake news do interesse econômico ou político²⁸. Conforme já tinha sido concluído anteriormente, a colonização da esfera pública ocorrerá sempre com um interesse em favor de um determinado grupo.

A estratégia midiática de Trump, utilizando-se das redes sociais da mídia televisiva foram amplificadas com o uso da internet, em detrimento do erro cabal da sua adversária Hillary Clinton que utilizou-se somente de um BlackBerry e se perdia nas redes sociais²⁹. A ação de utilização das fake news em escala industrial na campanha eleitoral foram com o fim de construir mentiras que mudaram o panorama eleitoral do pleito no Brasil.³⁰

Deste modo, verifica-se que a difusão das fake news influenciam diretamente os fundamentos e pressupostos do regime democrático, contudo, não pode-se medir qual o tamanho dessa interferência. Nesse sentido, assevera Rais que:

Utilizemos como exemplo as eleições, essência do sistema democrático. Não é fácil identificar o impacto da desinformação em uma eleição. Muitas vezes não é possível de definir com precisão sequer os motivos que levaram, cada eleitor, individualmente, a votar em determinado candidato, quanto mais indicar de modo preciso o que o influenciou³¹.

Ademais, habitual a difusão das fake news perante as redes sociais e por traz da disseminação das notícias falsas sempre pode ser identificado o interesse econômico ou político. As de cunho político, em regra, visam atingir o direito de personalidade de um determinado candidato ou partido político, as Instituições democráticas ou Poderes da República.

Com efeito, sem deixar de mencionar que, acompanhando as fake news observa-se ainda o discurso de ódio, a polarização política e a intolerância. Fatores que tende a influenciar negativamente os regimes democráticos.

Nesse sentido aduz Sarmento que, “o *hate speech* destina-se exatamente a negar a igualdade entre

²⁶ LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. p. 59.

²⁷ CASTELLS, Manuel. **Movimentos Sociais na era da Internet**. Rio de Janeiro – RJ: Ed. Jorge Zahar Editor Ltda, 2013, p. 19.

²⁸ RAIS, Diogo. **Desinformação no contexto democrático. Fake News e Regulação. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial**. p. 254.

²⁹ CASTELLS, Manuel. **Ruptura**. Rio de Janeiro – RJ: Ed. Jorge Zahar Editor Ltda., edição brasileira: 2018, p. 33; 34.

³⁰ SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso**. p. 255.

³¹ RAIS, Diogo. **Desinformação no contexto democrático. Fake News e Regulação. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial**. p. 260.

as pessoas, propagando a inferioridade de alguns e legitimando a discriminação³². Nota-se, portanto, um paradoxo diante da finalidade de democracia, que tem por finalidade pregar a igualdade, a liberdade e a fraternidade, a inclusão e a garantia dos direitos fundamentais.

A luta por um ciberespaço hígido e capaz de garantir o exercício da democracia passa pelas garantias dos direitos fundamentais, da tolerância e da inclusão do outro. Relevante destacar o ensinamento de Dworkin informando que a:

Liberdade absoluta pode corromper de maneira absoluta, e que uma população que não consegue respeitar os princípios de prudência e moderação tende a comportar-se de modo tão imprudente e moderado a ponto de violar qualquer outro princípio, inclusive o da liberdade³³.

Nesta toada, utilizando-se do imperativo categórico de Kant e da sua racionalidade, ensina Garcia que, o indivíduo racional deve agir conforme a determinação dos princípios e das leis e prossegue ainda asseverando que a submissão racional do indivíduo a essas leis e princípios se torna fonte universal para essas leis e princípios³⁴.

Em Voltaire, na obra *Tratado sobre a Tolerância*, já observa-se o discurso do ódio pautado pelo fundamento religioso, como bem identifica-se no julgamento do protestante Jean Calas. Contudo, verifica-se também a luta do autor face a intolerância praticada pela Igreja há época³⁵.

Entrementes, a análise do tema permitiu observar que é possível a construção de um ciberespaço livre da colonização da informação. E para tanto, se faz necessário o uso da internet como ferramenta imprescindível, deste modo, pode-se obter os seguintes resultados: utilização das redes sociais por meio de páginas e perfis voltados para a informação técnica de temas apresentados como maior incidência de fake news; criação de grupos de debates perante as redes sociais, com a finalidade de divulgar material de alerta sobre as notícias falsas, além de promover a averiguação do conteúdo falso; e, por fim, promover a educação de cidadania e direitos fundamentais da população, através das parcerias com universidades, escolas, associações de bairros e comunidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, conclui-se que, a colonização da esfera pública integra a evolução social dos indivíduos, quando da ruptura do Estado absolutista para o Estado burguês, definia-se pela racionalidade e crítica desenvolvida pelos sujeitos da época.

Contudo, face o advento da Sociedade contemporânea perdeu-se a sua principal peculiaridade, ou seja, a racionalidade crítica, uma vez que fora colonizada pelas políticas do mercado.

Desde modo, a esfera pública passou a ser objeto de interesse dos grupos econômicos e políticos, e, portanto, consequentemente o processo de desinformação passou a ser fator constante e presente na Sociedade.

Com o advento da rede mundial de computadores e a democratização da internet, o ciberespaço

³² SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br>. Acesso em: 04/12/2020. p. 34.

³³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª Edição. São Paulo – SP: Ed. WMF Martins Fontes Ltda, 2010, p. 403.

³⁴ GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius ao Processo de Formação do Ideal dos Direitos Fundamentais**. Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 10, nº 2, Itajaí – SC, 2005. Disponível em: https://redib.org/Record/oai_articulo1596346-a. Acesso em: 10/11/2020.

³⁵ VOLTAIRE. **Tratado sobre a Tolerância**. p. 130;131.

torna-se o espaço público contemporâneo para o exercício da democracia.

Entretanto, com o surgimento das fake news, acompanhadas pelo discurso do ódio e da intolerância tornou-se necessário pensar em um ciberespaço hígido, livre da colonização das informações, a fim de que se possa observar as garantias fundamentais e o exercício da democracia.

Por derradeiro, a pesquisa permitiu identificar que é possível sim, pensar em um ciberespaço livre da desinformação e que respeite o exercício da liberdade de pensamento.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABERT (Associação Brasileira de Rádio e Televisão). **TV aberta é líder de audiência, diz pesquisa**. Disponível em: <https://www.abert.org.br/web/notmenu/tv-aberta-e-lider-de-audiencia-diz-pesquisa.html>. Acesso em: 04 de dez. de 2020.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio. 15ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo:Ed. Paz e Terra Ltda, 2018.

BYUNG, Chun Han. **Psicopolítica – O neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. 1ª Edição. Belo Horizonte – MG: Editora Ayine, 2018.

CASTELLS, Manuel. **O Poder da Comunicação**. Tradução Vera Lúcia Mello. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra Editora, 2015.

CASTELLS, Manuel. **Movimentos Sociais na era da Internet**. Rio de Janeiro – RJ: Ed. Jorge Zahar Editor Ltda, 2013.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura**. Rio de Janeiro – RJ: Ed. Jorge Zahar Editor Ltda., edição brasileira, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª Edição. São Paulo – SP: Ed. WMF Martins Fontes Ltda, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes: las crisis de la democracia constitucional**. Madrid: Editora Trotta, 2011.

GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius ao Processo de Formação do Ideal dos Direitos Fundamentais**. Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 10, nº 2, Itajaí – SC, 2005. Disponível em: https://redib.org/Record/oai_articulo1596346-a. Acesso em: 10 nov. 2020.

HABERMAS, Jünger. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. Traduzido por Denilson Luís Werle. 1ª Edição. São Paulo – SP: Ed. UNESP, 2014.

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br>. Acesso em: 04 dez. 2020.

SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso**. Rio de Janeiro – RJ: Ed. Estação Brasil, 2019.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília – DF: Editora Universidade de Brasília, 1985.

VESTING, Thomas. **Fake News e Regulação. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial**. 2ª

edição. São Paulo – SP: Revistas dos Tribunais, 2020.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a Tolerância**. Tradução Antonio Geraldo da Silva. São Paulo – SP: Editora Lafonte, 2017.

ZANGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. 1ª edição, 3ª triagem. São Paulo – SP: Editora Saraiva, 2011.

A ANÁLISE DO CRESCIMENTO ECONÔMICO E O REFLEXO NA DIMENSÃO DA POBREZA

Mateus Rigo Longo¹

Franco Scortegagna²

Karen Beltrame Becker Fritz³

INTRODUÇÃO

A questão da má distribuição de renda além de níveis elevado de pobreza⁴ transformam o Brasil em um país com uma das maiores desigualdades do mundo. Por mais que o país tenha deixado de possuir índices alarmantes de fome, ainda há uma parcela significativa da população que ingere menos calorias do que seria necessário e recomendado.

Na última década, houve um crescente aumento nas discussões acerca da redistribuição de renda, pobreza e desigualdade entre regiões no Brasil. A literatura aborda a temática da pobreza em grande parte comparando-a ao Produto Interno Bruto (PIB). Contudo, em uma economia tão desigual como a do Brasil, torna-se impossível justificar a pobreza em relação ao PIB⁵.

Há uma grande diferença entre as regiões do Brasil quando o assunto é renda. A pobreza configura-se de diferentes formas em cada região, ou seja, ser pobre no Nordeste, é diferente de ser pobre na região Sul, ou mesmo, ser pobre na área urbana ou na área rural. Por isso, os estudiosos que tem como foco a pobreza foram, ao longo dos últimos anos, moldando a metodologia de análise e envolvendo outros fatores além dos monetários, como é o caso da análise multidimensional, na qual se enquadra os estudos de Amartya Sen.

Amartya Sen⁶ defende que somente a questão monetária não seria suficiente para avaliar o fenômeno da pobreza, mas deve envolver aspectos qualitativos e quantitativos, como a facilidade de acesso aos bens, à educação, à cultura, à saúde, à localização geográfica, entre outros aspectos. Apesar de a utilização do aspecto monetário ser algo de mais fácil comparação mundial, os demais aspectos devem ser considerados e analisados.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito Processo Civil e Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo, atualmente advogado. E-mail: mateusrlongo@hotmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito Processo Civil, Especialista em Direito do Consumidor e Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo, atualmente orientador do Programa Balcão do Consumidor – UPF. E-mail: fscortegagna@upf.br

³ Pós-Doutora em Direito - Universidade de Sevilla, Espanha. Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - FD/UPF. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo - PPGDireito/UPF; Professora Colaboradora do Mestrado em Ciências Ambientais da Universidade de Passo Fundo – PPGCiamb. E-mail: karenfritz@upf.br

⁴ SILVA NETO, Darcy Ramos; OLIVEIRA, Sibebe V. Políticas sociais e pobreza no Brasil: desafios em direção ao desenvolvimento humano. **Textos de Economia**, v. 20, p. 51-71, 2017. p. 52.

⁵ ARAÚJO, Victor; FLORES, Paulo. Redistribuição de renda, pobreza e desigualdade territorial no Brasil. **Revista de Sociologia Política**, v. 25, n. 63, p. 159-182, set. 2017. p. 163.

⁶ SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Estudos⁷ que analisaram a exclusão social e a pobreza, consideraram índices que foram estabelecidos com base na abordagem das capacitações de Amartya Sen, demonstrando que a mensuração e compreensão da pobreza atualmente, vai muito além da consideração de aspectos meramente econômicos. Nesse sentido, estabeleceu-se como problemática: qual a percepção sobre a dimensão da pobreza no Brasil, com base na abordagem das capacitações e nos conceitos de desenvolvimento de Amartya Sen?

Objetiva-se com isso, demonstrar que o processo de desenvolvimento depende da expansão das capacidades e liberdades dos indivíduos. Para ser possível alcançar esse objetivo, será utilizado o pensamento de Amartya Sen, que largamente defende que o desenvolvimento não deve ser mensurado exclusivamente, considerando somente o crescimento econômico.

1. A POBREZA MULTIDIMENSIONAL E O CRESCIMENTO ECONÔMICO

O desenvolvimento como crescimento econômico⁸, foi assim compreendido por um longo período. Associado ao progresso, ao uso de tecnologias e intensa industrialização, o desenvolvimento enquanto resultado do crescimento era sinônimo de qualidade de vida e aperfeiçoamento das sociedades, por meio do acúmulo de riquezas.

Durante o século XIX, acreditava-se que a crescente industrialização promoveria a todos os países o desenvolvimento tão esperando, o que foi possível somente para poucos, no início do século XX, como o caso dos Estados Unidos, Inglaterra, Japão, Canadá, entre outros⁹. Esse modelo de desenvolvimento, embasava-se no elevado consumismo, tendo o PIB (Produto Interno Bruto) como indicador unidimensional.

Pensava-se que existia uma relação direta entre o processo de industrialização, o crescimento econômico, e o desenvolvimento. Aos poucos, observou-se que esse crescimento econômico proporcionado pela industrialização em diversos países, como o caso do Brasil, não representou um maior acesso da população a serviços como saúde e educação¹⁰.

Por conseguinte, não se observava uma melhor qualidade de vida dessa população, colocando em debate o sentido que era atribuído ao desenvolvimento como resultado do crescimento. Foi a partir de 1940, que esse modelo passou a ser questionado, levando em consideração que o processo social é algo indivisível e seu desenvolvimento, não surge somente em decorrência das condições econômicas, mas sim, de vários aspectos que são vivenciados pela sociedade. Na visão de Amartya Sen,

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. Apesar de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas — talvez até mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de

⁷ BENTO, José Alex N.; et al. Avaliação multidimensional da exclusão social em áreas rurais *Revista Ciências Administrativas*, v. 22, n. 1, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Brasil, jan. jun. p. 306-331, 2016. p. 307.

⁸ SILVA, Dalvanir A. S; NELSON, Aline V. M; SILVA, Maria Aparecida R. Do Desenvolvimento como crescimento econômico ao desenvolvimento como liberdade: a evolução de um Conceito. *Editora Unijuí*, ano 16, n. 42, p. 42-71, jan./mar, 2018. p. 42.

⁹ SILVA, Dalvanir A. S; NELSON, Aline V. M; SILVA, Maria Aparecida R. **Do Desenvolvimento como crescimento econômico ao desenvolvimento como liberdade: a evolução de um Conceito.** p. 42.

¹⁰ SILVA, Dalvanir A. S; NELSON, Aline V. M; SILVA, Maria A. R. **Do Desenvolvimento como crescimento econômico ao desenvolvimento como liberdade: a evolução de um Conceito.** p. 49.

liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade¹¹.

Pode-se constatar que o modelo de desenvolvimento pregado pelo capitalismo, o qual eleva o crescimento econômico como promotor da qualidade de vida da população, acabava por reduzir o desenvolvimento humano, desencadeando uma maior desigualdade social e de renda¹².

Nesse sentido, considerando tais apontamentos, o Brasil é estimado como um dos países com maior número de desigualdades do mundo¹³, ocupando a décima posição entre os países que possuem maior desigualdade de renda. Apesar da pobreza ser relatada sempre considerando aspectos monetários, não há um consenso exato de como definir ou conceitua-la, visto que ainda se trata de um conceito em construção.

2. A POBREZA COMO CONSEQUÊNCIA DO CRESCIMENTO ECONÔMICO

Internacionalmente, a pobreza é um dos temas mais relevantes socialmente e politicamente. Muito discutida em fóruns globais a sua superação é uma questão ética e de desenvolvimento¹⁴. Apesar de esforços contínuos por parte de organizações e governos, existem ainda inúmeras pessoas no mundo todo, em situações de pobreza extrema, as quais motivam novos desafios para a sua compreensão e superação.

Nesse sentido, a pobreza deve ser compreendida diante de três aspectos: repensar a forma como ela é compreendida além de termos monetários; torna-se relevante a criação de métodos para a sua mensuração mais adaptados à realidade, considerando todos os aspectos multidimensionais da pobreza e; criação de programas mais abrangentes cujo seja melhorar as condições de vida das pessoas em situação de pobreza¹⁵.

A compreensão da pobreza é algo complexo, mas na maioria das vezes deve ser compreendida como uma situação onde as necessidades básicas das pessoas não são atendidas da maneira que precisam ser. Por isso, muitos dos estudiosos que se utilizam do tema da pobreza, consideram-na associada aos padrões de vida das pessoas, dentro de um contexto socioeconômico¹⁶.

Por isso, diante da dualidade de opiniões sobre como conceituar a pobreza, Amartya Sen¹⁷ salienta que sua compreensão deve envolver múltiplas abordagens, considerando assim valores monetários, não monetários e sociais. Cabe frisar que serão considerados para este estudo, os conceitos de pobreza e

¹¹ SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 16.

¹² SILVA, Dalvanir A. S; NELSON, Aline V. M; SILVA, Maria Aparecida R. **Do Desenvolvimento como crescimento econômico ao desenvolvimento como liberdade: a evolução de um Conceito**. p. 49.

¹³ SILVA NETO, Darcy Ramos; OLIVEIRA, Sibeles V. **Políticas sociais e pobreza no Brasil: desafios em direção ao desenvolvimento humano**. p. 54.

¹⁴ MERCADO, Cláudia Giménez; ADARME, Xavier Valente. Una aproximación a la pobreza desde el enfoque de capacidades de Amartya Sen. **Provincia**, n. 35, jan/jun. p. 99-149, 2016. p. 100.

¹⁵ MERCADO, Cláudia Giménez; ADARME, Xavier Valente. **Una aproximación a la pobreza desde el enfoque de capacidades de Amartya Sen**. p. 100.

¹⁶ SILVA NETO, Darcy Ramos; OLIVEIRA, Sibeles V. **Políticas sociais e pobreza no Brasil: desafios em direção ao desenvolvimento humano**. p. 55.

¹⁷ SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 52.

incapacidade utilizando-se os preceitos do economista Amartya Sen, por compreender que suas abordagens tratam de um conceito mais amplo, adequado aos padrões atuais de vida.

Os conceitos disseminados por Amartya Sen, juntamente com ideais de outros autores como Mahub ul Haq e Sudhir Anand, corroboraram para a criação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), no ano de 1990¹⁸. Para Sen, devia-se deslocar o foco em indicadores como Produto Interno Bruto (PIB) total e per capita para se estabelecer a formação da riqueza, para analisar aspectos que envolviam educação, saúde, moradia, lazer, entre outras variáveis, salientando que os grupos sociais devem ser analisados com base nas condições que promovam o seu bem-estar¹⁹.

Sendo assim, avaliar a qualidade de vida e a capacidade das pessoas em manter essa qualidade não deve considerar somente a quantidade de renda que possibilitam atingir essa qualidade, pois a riqueza, não é o que estabelece as condições, mas sim, o meio para alcançar outras coisas²⁰. Enquanto a visão com foco no crescimento econômico considera somente a renda, a visão voltada ao desenvolvimento humano amplia as escolhas, considerando aspectos econômicos, culturais, sociais e políticos. Mesmo que a renda seja necessária para que todos os aspectos sejam possíveis, a sua distribuição desigual torna o seu emprego como indicador inviável²¹.

Há quem conceitue a pobreza com base em medidas monetárias e não monetárias²². As medidas monetárias levam em consideração valor necessário para aquisição de alimentação mínima para a sobrevivência, denominado de linha de indigência.

Já, a pobreza não monetária considera bens que afetam o bem-estar das pessoas, como acesso à água potável, rede de esgotos, coleta de lixo, transporte coletivo, entre outros, considerados imprescindíveis para que as pessoas tenham uma vida saudável e de qualidade. Para mensurar essas necessidades, primeiro elas devem ser determinadas e serem estabelecidos pisos para as mesmas, para então, poder analisar quais os indivíduos que não possuem acesso a quantidades inferiores aos pisos estabelecidos e assim, considerados como pobres²³.

Nesse sentido, as várias formas de pobreza necessitam de um indicador que considere a sua multidimensionalidade, além de considerar como o indivíduo percebe a sua situação social. A abordagem multidimensional da pobreza, também considera o acesso das pessoas aos bens públicos em geral e a possibilidade de os mesmos exercerem a sua cidadania social²⁴.

Assim, compreende-se que o conceito da pobreza vai muito além da questão econômica e monetária, envolvendo aspectos relacionados às políticas governamentais e bem-estar da sociedade, além de considerar a capacidade das pessoas em obter seu bem-estar.

¹⁸ SILVA, Dário Rodrigues. **Índice de pobreza multidimensional no Brasil de 2001 a 2015**: uma aplicação da Metodologia do PNUD aos dados da PNAD IBGE. 2019. Disponível em: <http://www.abep.org.br/xxiencontro/arquivos/R0125-1_1.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

¹⁹ SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 55.

²⁰ SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 55.

²¹ SILVA, Dário Rodrigues. **Índice de pobreza multidimensional no Brasil de 2001 a 2015**: uma aplicação da Metodologia do PNUD aos dados da PNAD IBGE. 2019. s/p.

²² LOPES, Helger M; MACEDO, Paulo Brígido R.; MACHADO, Ana Flávia. **Análise de Pobreza com Indicadores Multidimensionais: Uma aplicação para Brasil e Minas Gerais**. 2016. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/~abeporgb/publicacoes/index.php/anais/article/view/1452>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

²³ LOPES, Helger M; MACEDO, Paulo Brígido R.; MACHADO, Ana Flávia. **Análise de Pobreza com Indicadores Multidimensionais: Uma aplicação para Brasil e Minas Gerais**. s/p.

²⁴ SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 17.

3. ABORDAGEM DAS CAPACITAÇÕES DE AMARTYA SEN

A abordagem que trata do Desenvolvimento Humano busca empregar temas relacionados ao bem-estar das pessoas para discutir o crescimento econômico e justificá-lo. Nesse sentido, emprega-se dentro dessas discussões a abordagem das capacitações, exposta pelo autor Amartya Sen²⁵. Essa abordagem defende que o desenvolvimento das pessoas está atrelado a um processo que promove a expansão de suas liberdades reais²⁶.

Para Amartya Sen, o desenvolvimento pode ser visto como um processo que envolve a expansão das liberdades das pessoas. Por isso, compreende-se a relação existente entre os dois conceitos, ao entender que a liberdade como livre condição das pessoas é o motor do desenvolvimento em uma sociedade. “A lacuna entre as duas perspectivas (ou seja, entre uma concentração exclusiva na riqueza econômica e um foco mais amplo sobre as vidas que nós podemos levar) é uma questão fundamental na conceituação do desenvolvimento”²⁷.

Nesse sentido que se defende a concepção do desenvolvimento como algo além da acumulação de riquezas. A abordagem das capacitações defende a ampliação das oportunidades e possibilidades de escolha das pessoas, para que possam levar o tipo de vida que desejam, a partir do que podem realizar. Em outras palavras, as pessoas podem considerar como vida boa ter saúde, trabalho, vida social, e para alcançar isso, precisam possuir capacidades²⁸.

Observa-se que a abordagem das capacitações não considera somente a renda como o único caminho para o desenvolvimento. Por isso, não há uma ligação direta entre crescimento e desenvolvimento humano, pois somente o crescimento humano, que retrata aspectos monetários, não é o único responsável pelo desenvolvimento. Isso porque, o desenvolvimento considera aspectos como qualidade de vida e distribuição dos benefícios sociais, além dos aspectos monetários²⁹. Portanto, a renda é um meio para ser alcançado o bem-estar das pessoas, mas não o fim para isso, tendo em vista que o aumento da renda nem sempre é acompanhada de aumento das capacidades para alcançar a liberdade desejada, ou no caso, o desenvolvimento.

Considerando, todavia, o que defende a abordagem das capacitações de Amartya Sen, as liberdades correspondem aos meios que os indivíduos possuem para além de alcançar o seu bem-estar, ampliar o seu número de liberdades que promovem juntas, o desenvolvimento humano. Para o autor, há cinco formas de liberdade que as pessoas possuem e conseqüentemente, ampliam suas capacitações:

Cinco tipos distintos de liberdade vistos de uma perspectiva “instrumental”, são investigados particularmente nos estudos empíricos a seguir. São eles: (1) liberdades políticas, (2) facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência e (5) segurança protetora. Cada um desses tipos distintos de direitos e oportunidades ajuda a promover a capacidade geral de uma pessoa³⁰

A liberdade política refere-se à livre iniciativa da pessoa em escolher, eleger e opinar sobre seus

²⁵ SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 17

²⁶ CORREA-MACANA, Esmeralda; COMIM, Flávio. Mudança climática e desenvolvimento humano: uma análise baseada na Abordagem das Capacitações de Amartya Sen. **Economía, Sociedad y Territorio**, v. 13, n. 43, p. 577-618, 2013. p. 578.

²⁷ SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**.

²⁸ CORREA-MACANA, Esmeralda; COMIM, Flávio. Mudança climática e desenvolvimento humano: uma análise baseada na Abordagem das Capacitações de Amartya Sen. p. 578

²⁹ SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**.

³⁰ SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 25.

representantes. As facilidades econômicas, representam o acesso aos recursos enquanto que as oportunidades sociais, envolvem a facilidade em obter educação e saúde, principalmente. Outra liberdade elucidada por Amartya é as garantias de transparência, que evidenciam o poder de confiança atribuído ao cidadão para com seus representantes e a capacidade dos mesmos em oferecer confiança. Por fim, a liberdade de segurança protetora atribui a capacidade que as pessoas possuem em não estar vulneráveis à riscos, como guerras, epidemias, incertezas econômicas, entre outras adversidades.

Além dos cinco instrumentos de liberdade relatados, encontra-se na literatura³¹ um sexto instrumento que poderia ser incluído, referente ao meio ambiente, um recurso não considerado pelas abordagens de Sen, mas que é de extrema importância para a promoção do bem-estar. Isso porque uma liberdade pode corroborar para a promoção de outras, como exemplo, o acesso à saúde reduz a vulnerabilidade à doenças e epidemias, aumentam possibilidades de interagir socialmente, de trabalhar, entre outros.

Tais interações de liberdades influenciam o processo de desenvolvimento humano e por isso, quando há restrição de direitos ou dificuldades de acesso das pessoas a esses serviços, há ausência de liberdades. A dificuldade em acessar serviços de saúde, educação, má distribuição de alimentos e renda, degradação do meio ambiente, falta de água e saneamento básico, são restrições que diminuem a liberdade e conseqüentemente, a capacidade das pessoas em obter o bem-estar³².

Nessas concepções, o conceito de capacitações é definido por Amartya Sen, descrevendo que a mesma se refere à liberdade real para que as pessoas possam realizar ou alcançar tal bem-estar. Assim, escolher entre as opções e simplesmente, não ter nenhuma opção para escolha é bem diferente, e nesse último caso, o bem-estar da pessoa se torna muito limitado.

Contudo, mesmo quando as pessoas de um grupo disponibilizarem de iguais bens e recursos, não significa que todos atinjam o mesmo patamar de bem-estar³³. Por isso, embasados nos pressupostos de Amartya Sen, reforça-se que as comparações de bem-estar entre pessoas não podem considerar somente renda ou aquisição de bens primários, mas sim, envolvendo a pluralidade de espaços que elas estão inseridas, como condição econômica, política, social, e ainda, recursos naturais e condições climáticas.

Parte dessa visão mais ampla, que a abordagem das capacitações se torna um modelo para a análise de bem-estar, qualidade e padrões de vida, pobreza e desigualdade, elaborada por meio de questionamentos originados por Amartya Sen, para compreender e mensurar a pobreza³⁴. Portanto, a abordagem das capacitações utiliza e considera, além dos meios que uma pessoa tem para alcançar as coisas, mas dos fins que ela consegue atingir.

No caso das políticas públicas destinadas a proporcionarem o bem-estar, ao utilizarem a abordagem das capacitações, baseiam-se em critérios de justiça cujo objetivo não é maximizar o resultado quantitativa, mas disponibilizar oportunidades para os indivíduos possam alcançar o seu bem-estar. Em outras palavras, o desafio das políticas públicas destinadas à combater a pobreza, é maximizar as capacidades dos indivíduos em utilizar os recursos e transformá-los em liberdades de escolhas.

³¹ CORREA-MACANA, Esmeralda; COMIM, Flávio. **Mudança climática e desenvolvimento humano: uma análise baseada na Abordagem das Capacitações de Amartya Sen**. p. 579

³² SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 25.

³³ CORREA-MACANA, Esmeralda; COMIM, Flávio. **Mudança climática e desenvolvimento humano: uma análise baseada na Abordagem das Capacitações de Amartya Sen**. p. 600.

³⁴ PORSSE, Melody de Campos S; KLERING, Luis Roque. A abordagem das capacitações: um modelo alternativo para as ações públicas. p. 144

4. MENSURAÇÃO DA POBREZA E EXCLUSÕES SOCIAIS

Apesar de notória a luta contra a pobreza e exclusão social, não há um consenso de como esta deve ser mensurada e analisada. Os estudos sobre a pobreza³⁵ de um modo geral, seguem por duas vertentes: uma quantitativa e mais objetiva e outra, qualitativa e mais subjetiva. Vale destacar que ambas as abordagens, são complementares.

Na primeira vertente, considera-se como pobreza econômica, pois leva em consideração a insuficiência de renda como definição da pobreza, sendo empregado para a delimitação as chamadas linhas de pobreza. Na segunda vertente, que surge como crítica à abordagem quantitativa da pobreza, leva em conta outros aspectos mais qualitativos, como social, político e cultural³⁶.

Foi a partir de 1990, com o Índice de Desenvolvimento Humanos (IDH), que surgiu por meio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que os conceitos de bem-estar e pobreza passaram a ser considerados com base em uma visão mais ampla. Assim, atualmente existem duas formas de se analisar e entender a pobreza, seja no meio urbano ou no meio rural: considerando as necessidades básicas insatisfeitas e a provação das capacidades humanas³⁷.

Na abordagem das necessidades básicas insatisfeitas, devem ser consideradas aquelas além da alimentação, como educação, saúde, moradia e saneamento por exemplo. Enquanto privação das capacidades, a pobreza constitui-se na privação da liberdade de escolha dos indivíduos em possuir a vida que desejam³⁸. Essa concepção possibilita compreender a natureza e as causas da pobreza, estabelecendo bases mais assertivas do que corrobora com as desigualdades sociais³⁹.

Quando se considera a pobreza e a exclusão social, esta última possui um conceito mais amplo, justamente pelo fato da pobreza comumente ser considerada somente por fatores monetários⁴⁰. Isso porque um indivíduo pode estar desempregado, inserido em cenário de exclusão, mas não estar privado de serviços essenciais, como saúde, por exemplo. Por isso, em alguns ambientes, como o caso do meio rural, por exemplo, pode-se identificar baixos índices de escolaridade mediante elevados índices de analfabetismo, coleta seletiva de lixo, água encanada, saneamento, mesmo com índices mais amenos de renda, configurando assim um cenário de exclusão social e privações de capacitações⁴¹.

Assim, para a análise da pobreza, podem ser considerados três aspectos de estudo: passivo de educação, passivo de renda e passivo ambiental⁴². Tais aspectos também são denominados de Índices de Exclusão Social (IES)⁴³, e serve para mensurar os padrões de exclusão, compreendidos como sinônimos de pobreza. Essa visão mais ampla, considerando indicadores sociais além de indicadores de renda, deve-se à influência de Amartya Sen, cuja teoria defende que os pobres são indivíduos que não possuem liberdade e capacitação para levar a vida que desejam, muito além das questões de renda.

³⁵ BENTO, José Alex N.; et al. Avaliação multidimensional da exclusão social em áreas rurais *Revista Ciências Administrativas*, v. 22, n. 1, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Brasil, jan. jun. p. 306-331, 2016. p. 307.

³⁶ BENTO, José Alex N.; et al. Avaliação multidimensional da exclusão social em áreas rurais *Revista Ciências Administrativas*. p. 307.

³⁷ SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**.

³⁸ SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**.

³⁹ BENTO, José Alex N.; et al. Avaliação multidimensional da exclusão social em áreas rurais *Revista Ciências Administrativas*. p. 308.

⁴⁰ BENTO, José Alex N.; et al. Avaliação multidimensional da exclusão social em áreas rurais *Revista Ciências Administrativas*. p. 308.

⁴¹ BENTO, José Alex N.; et al. Avaliação multidimensional da exclusão social em áreas rurais *Revista Ciências Administrativas*. p. 308.

⁴² BENTO, José Alex N.; et al. Avaliação multidimensional da exclusão social em áreas rurais *Revista Ciências Administrativas*. p. 312.

⁴³ LEMOS, J.J.S. **Mapa da Exclusão Social no Brasil: radiografia de um país assimetricamente pobre**. 3. ed. Fortaleza: Banco do Nordeste Brasil, 2012. p. 55.

Em um estudo que analisou os indicadores de qualidade de vida dos agricultores em comunidades rurais do Ceará⁴⁴, Brasil, identificou que na área rural pode ocorrer exclusão social assim como nas cidades. No estudo, ficou destacado que os agricultores apresentavam elevado analfabetismo, assim como privação de água encanada, saneamento e coleta seletiva de lixo.

Conforme justifica Amartya Sen,

Fatores econômicos e sociais como educação básica, serviços elementares de saúde e emprego seguro são importantes não apenas por si mesmos, como pelo papel que podem desempenhar ao dar às pessoas a oportunidade de enfrentar o mundo com a coragem e liberdade. Essas considerações requerem uma base informacional mais ampla, concentrada particularmente na capacidade de as pessoas escolherem a vida que elas com justiça valorizam⁴⁵.

Cabe frisar que mesmo quando existem algumas liberdades, como o caso de segurança econômica, mas não há a existência de outras, como exemplo, a liberdade política, os indivíduos sofrem privações. A negação de liberdades políticas ou civis são deficiências no processo de desenvolvimento⁴⁶. Nas abordagens de Amartya, as capacidades dos indivíduos são ampliadas pelo aumento de suas liberdades e podem ser aumentadas em decorrência de políticas públicas.

Da mesma forma, a privação de capacidades em alguns casos está relacionada com a questão da baixa renda, que por sua vez, são justificativas para elevadas taxas de analfabetismo, más condições de saúde e moradia, entre outros problemas. Da mesma forma, boas condições de educação auxiliam no alcance de outras capacidades como o caso de rendas mais elevadas. Para Amartya Sen, essa relação dupla é o fundamento para a análise do desenvolvimento, diferentemente, da abordagem tradicional que foca no crescimento econômico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente estudo foi demonstrar que o processo de desenvolvimento depende da expansão das capacidades e liberdades dos indivíduos. Pode-se enfatizar, utilizando-se das abordagens de Amartya Sen, sobre liberdade e capacitações, que a visão de desenvolvimento por meio do crescimento econômico não conseguiu atender ao seu preceito inicial.

Para Amartya, o desenvolvimento deve ser visto como um meio para a anulação das privações de liberdade de uma população e a partir dessas liberdades, então, deve-se analisar o desenvolvimento, e não com base em indicadores de crescimento econômico. Considerar o desenvolvimento com base somente em indicadores monetários acaba por mascarar problemas sociais inerentes aos países, como educação, saúde, segurança, liberdade política entre outros.

A abordagem de desenvolvimento defendida por Amartya Sen, estabelece que os indivíduos precisam possuir suas liberdades expandidas para que haja desenvolvimento de uma população. Mesmo que alguma liberdade não seja prontamente utilizada, ela deve estar disponível para todos os membros de uma sociedade para que o desenvolvimento possa ser mensurado e enriquecido.

Embasado em cinco liberdades específicas, que são as liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora, Sen baseia seu estudo sobre o

⁴⁴ BENTO, José Alex N.; et al. Avaliação multidimensional da exclusão social em áreas rurais **Revista Ciências Administrativas**. p. 329.

⁴⁵ SEN, Amartya K. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 90.

⁴⁶ XAVIER, Ana Carolina I. **Notas sobre a concepção de desenvolvimento de Amartya Sen**. Monografia apresentada ao curso de Economia, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 45 p. Rio de Janeiro, 2014. p. 19.

desenvolvimento, considerando as capacidades do indivíduo em viver com qualidade. A análise única e exclusiva do desenvolvimento utilizando como balizador o crescimento econômico tornou-se deficitária e incompatível, a partir do momento em que países com elevado crescimento econômico passaram a apresentar índices elevados de pobreza.

Nesse sentido, os aspectos monetários representados pela renda, passam a ser somente mais um indicador para a análise do desenvolvimento, e não somente o único. Índices de Desenvolvimento Humano (IDH) e Índices de Pobreza Multidimensional passaram a ser utilizados, permitindo a análise mesmo que superficial da qualidade de vida da população.

Apesar de compreensível, há ainda discussões acerca da aplicabilidade dos conceitos e abordagens propostas por Amartya Sen. Contudo, a disseminação e influência de seus pensamentos pode ser confirmado, pela crescente literatura que aborda a temática. Cabe frisar que a delimitação de um conceito único para o desenvolvimento ainda é algo incapaz e problemático, mas a defesa de uma abordagem que considere a liberdade e a expansão das capacitações está cada vez mais proeminente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARAÚJO, Victor; FLORES, Paulo. Redistribuição de renda, pobreza e desigualdade territorial no Brasil. **Revista de Sociologia Política**, v. 25, n. 63, p. 159-182, set. 2017.

BENTO, José Alex N.; et al. Avaliação multidimensional da exclusão social em áreas rurais **Revista Ciências Administrativas**, v. 22, n. 1, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Brasil, jan. jun. p. 306-331, 2016.

CORREA-MACANA, Esmeralda; COMIM, Flávio. Mudança climática e desenvolvimento humano: uma análise baseada na Abordagem das Capacitações de Amartya Sem. **Economía, Sociedad y Territorio**, v. 13, n. 43, p. 577-618, 2013.

FORTINI, Rosimere Miranda; et al. Mensuração da Pobreza multidimensional rural nas Mesorregiões Norte e Jequitinhonha de Minas Gerais. **Rev. Econ. Sociol. Rural**, Brasília, v. 57, n. 1, p. 161-180, jan. 2019.

FRAGA, Érica. **Crise empurra 7,4 milhões de brasileiros para pobreza, segundo dados do Banco Mundial**. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/crise-empurra-74-milhoes-de-brasileiros-para-pobreza-segundo-dados-do-banco-mundial.shtml>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

LEMOS, J.J.S. **Mapa da Exclusão Social no Brasil**: radiografia de um país assimetricamente pobre. 3. ed. Fortaleza: Banco do Nordeste Brasil, 2012.

LOPES, Helger M; MACEDO, Paulo Brígido R.; MACHADO, Ana Flávia. **Análise de Pobreza com Indicadores Multidimensionais: Uma aplicação para Brasil e Minas Gerais**. 2016. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/~abeporgb/publicacoes/index.php/anais/article/view/1452>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

MERCADO, Cláudia Giménez; ADARME, Xavier Valente. Una aproximación a la pobreza desde el enfoque de capacidades de Amartya Sem. **Provincia**, n. 35, jan/jun. p. 99-149, 2016.

PORSSE, Melody de Campos S; KLERING, Luis Roque. A abordagem das capacitações: um modelo alternativo para as ações públicas. **REDES**, Santa Cruz do Sul, v. 13, n. 1, p. 137 - 159, jan./abr. 2008.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani C. de. **Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale,

2013.

SEN, Amartya K. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA NETO, Darcy Ramos; OLIVEIRA, Sibeles V. Políticas sociais e pobreza no Brasil: desafios em direção ao desenvolvimento humano. **Textos de Economia**, v. 20, p. 51-71, 2017.

SILVA, Dalvanir A. S; NELSON, Aline V. M; SILVA, Maria Aparecida R. Do Desenvolvimento como crescimento econômico ao desenvolvimento como liberdade: a evolução de um Conceito. **Editora Unijuí**, ano 16, n. 42, p. 42-71, jan./mar, 2018. p. 42.

SILVA, Dário Rodrigues. **Índice de pobreza multidimensional no Brasil de 2001 a 2015**: uma aplicação da Metodologia do PNUD aos dados da PNAD IBGE. 2019. Disponível em: <http://www.abep.org.br/xxiencontro/arquivos/R0125-1_1.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

SILVA, Maria O. da S. Os programas de transferência de renda e a pobreza no Brasil: superação ou regulação? **Revista de Política Pública**, v. 9, n. 1, p.251-278, jul./dez. 2005.

XAVIER, Ana Carolina I. **Notas sobre a concepção de desenvolvimento de Amartya Sen**. Monografia apresentada ao curso de Economia, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 45 p. Rio de Janeiro, 2014.

A LEGITIMA DEFESA DA DEMOCRACIA: UM ATO DE SOBERANIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Paulo Rogério Bueno da Silva¹

INTRODUÇÃO

As sociedades têm vivido tempos em que a crença subjetiva numa origem comum une as pessoas como membros de uma coletividade, na qual estão presentes valores, medos e aspirações.

Deste sentimento se destacam características culturais e raciais comuns, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, também pode salientar uma fragmentação social importante.

De qualquer sorte, o ser humano dotado de uma inteligência invulgar vai deslocando-se por diferentes espaços e com isso alcançando profundas ondas de desenvolvimento nos mais variados locais.

Nesse sentido, a diversidade de ideias tem contribuído para a construção e formação da identidade própria de cada grupo humano em um território e num determinado período.

Nessa quadra do pensamento, um lugar comum inegável e que une os mais variados matizes de pensamento político, racial ou cultural de uma sociedade encontra seu vértice em um pequeno pedaço de papel chamado de Constituição. Ressalta-se que não se trata de um simples e qualquer pedaço de papel, como já disse Ferdinand Lassale².

Absolutamente, desse pequeno pedaço de papel, justamente por conter praticamente todos os anseios de um povo, destaca-se por sua supremacia sobre os diversos sistemas sociais, e emana prescrições políticas e normas jurídicas, cujos efeitos têm a pretensão de limitar o poder do Estado e de dirigir toda a sociedade que lhe está albergada.

Assim é que, da Constituição emanam efeitos jurídicos para todo o restante do ordenamento jurídico que lhe está abaixo hierarquicamente. Não exatamente como pensara Hans Kelsen³, mas um pouco além, porque esses efeitos jurídicos tanto podem se traduzir como a criação de regras escritas, emanadas do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, num sistema dinâmico de normas hierarquicamente enfeixadas, mas também esses efeitos constitucionais, por assim dizer, podem ser sentidos no momento em que os operadores, na aplicação do direito, traduzem ou conformam aquele texto já emanado pelo Legislador à Constituição vigente.

Como instância jurídica, cumpre ao Estado exercer, de forma limitada, o monopólio da coação, seja física, seja cultural ou seja econômica, sobre cada indivíduo ou sobre grupos sociais em um dado território.

Por outro lado, como instância política, o Estado exerce seu poder onde quer que exista um

¹Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (1992); Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela IMED Passo Fundo (2016); Especialista em Direito Tributário pela UNISINOS; Atuou como Professor da Graduação em Direito na UPF e na URI, Mestrando em Direito pelo programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo; e-mail 181032@upf.br.

²LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 6.

³KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1990, p. 118-119.

agrupamento social. Para que o Estado exerça o poder é preciso que haja uma identificação razoável entre o “pretendente ao poder” e o povo. Daí, então pode-se falar em poder legítimo, isto é, porque é aceito e acatado pela maioria⁴.

Esse fenômeno, portanto, nos permite entender a legitimidade do Estado em interferir na vida das pessoas, cobrar impostos, dividir renda, implantar programas sociais, imputar penas. Na conformação constitucional de justiça à brasileira temos a aspiração republicana de satisfação das necessidades, dos anseios e interesses das pessoas em contraste com o respeito democrático às Instituições e aos direitos e liberdades individuais e coletivos.

Assim, neste trabalho analisar-se-á, ainda que brevemente, uma noção da figura do Estado, para entender que, apesar de seus múltiplos aspectos, não deve exprimir um sentido desagradável ou de desaprovação ao associá-lo à força sem controle. Nos tempos atuais, a supremacia dos atos praticados pelo Estado - Republicano e Democrático - somente poderão ser considerados legítimos e legais quando prosseguem com seus objetivos próprios, respeitando os direitos de cada indivíduo, da sociedade como um todo, sob a baliza constitucional, mas com vista ao interesse público subjacente ou bem comum.

Ao aqui tratar da Democracia, ver-se-á que esta explicita a valoração fundamental do legislador constituinte, pois condensa uma opção política nuclear e reflete a inspiração ideológica da constituição. Em um sentido moderno, a democracia será concebida como uma forma de governo indireta, baseada no princípio da representação. Mas não apenas isso, o sentido democrático moderno pressupõe a limitação dos poderes do Estado através de um amplo catálogo de direitos, liberdades e garantias ao cidadão.

Finalmente, será objeto de estudo a instauração do inquérito criminal nº 4781, do Supremo Tribunal Federal, para apurar notícias falsas (*fake news*) e ataques feitos a ministros da Corte. Nessa abordagem, serão relatadas tão-somente algumas das críticas que, tradicionalmente, a doutrina aponta para considerá-lo inconstitucional. Por outro lado, far-se-á breve análise sobre a questão política subjacente, que justifica a sua instauração e procedimento.

1. O ESTADO

A noção de Estado é utilizada em diversos sentidos. Observa-se hodiernamente a tendência de expressá-la sempre em sentido pejorativo, marcadamente com o sentido ideológico do momento.

Confunde-se a ideia de Estado com aquela decorrente de doutrinas cristalizadas a partir dos ideais monárquicos renascentistas, distorcendo, em teoria, o que se deva entender como Estado de Direito⁵.

Essa tendência, decorrente de um ideal liberal e individualista, presente a partir da época histórica das luzes, mas que não raro volta com toda carga, torna senso comum confundir Estado e governo, e ainda, condicionar o senso comum a entender o Estado somente como Estado-força.

Com efeito, empregou Machiavel a palavra Estado como equivalente a “soberanias que têm ou tiveram autoridade sobre os homens”, conceito que, ainda quando se o interprete como uma abstração, é aparentado ao “grande Leviatã” de Hobbes (a personalização da instituição estatal como poder independente e superior ao homem) e, enfim, ao poder do *príncipe* como detentor dessa *soberania*⁶.

Não obstante, o Estado, a partir do constitucionalismo do século XIX, passa a sofrer limites em seu

⁴SERPA, José Hermílio Ribeiro. **A Política, o Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais. Um reexame fenomenológico.** Editora Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 2002, p. 21.

⁵DE MORAES, Emanuel. **A Origem e as transformações do Estado.** Ed. Imago. Rio de Janeiro, 1996, p. 15.

⁶DE MORAES, Emanuel. **A Origem e as transformações do Estado,** p. 16.

poder soberano. É o próprio Estado admitindo que deve acatar os chamados direitos subjetivos individuais, assumindo o Direito proeminência máxima para estabelecer os limites e possibilidades do Estado e das pessoas.

A produção estatal do Direito, e não se está negando a existência do chamado pluralismo jurídico, determina o próprio comportamento do Estado, frente à Constituição e o ordenamento jurídico. É a competência da competência, é o Estado, por meio do Direito a limitar a soberania dele próprio, obrigando-se a respeitar o Direito vigente pressuposto pela sociedade, que por autodeterminação criou o próprio Estado soberano.

A força coativa (psicológica ou material) provém do Direito e não do Estado. O Direito posto advém do pressuposto, como nos ensina Eros Grau⁷. O Estado nasce na sociedade, mas somente em casos específicos de descumprimento da norma jurídica pode atuar, em decorrência de uma espécie de mandato social, podendo nesses casos exercer o constrangimento físico ou material, dentro dos limites impostos pelo próprio Direito.

As exigências republicanas e democráticas do bem comum – não no sentido da soma dos bens particulares, não uma coalizão de egoísmos, mas o que condiciona o bem e o progresso de toda a sociedade, sem constituir propriedade de ninguém - legitimam o poder do Estado, cuja razão de ser está em assegurar a ordem, manter a paz e contribuir para a prosperidade social, seja quando intervém ou seja quando se mantém neutro. Porém, o poder político do Estado será ilegítimo se não estiver sob os limites estabelecidos pela própria Constituição e pelo Direito.

Estado, no sentido técnico deste termo, só existe onde uma convivência, estabelecida em um determinado território, esteja sujeita a um complexo de regras que se denomina "ordenamento", sendo esse ordenamento garantido por um poder uno. Sem unidade de poder não há Estado, embora possa ser múltipla a forma de seu exercício. Daí podermos dizer que o Estado é a organização de uma convivência em uma unidade de poder⁸.

É nessa ordem de estudos que o Estado, graças a uma análise fenomenológico-histórica, surge com uma entidade tridimensional consistindo no *factum* social de uma convivência ordenada (*substratum* social e formas do poder político) segundo um sistema de normas (ordenamento jurídico) na medida e em função de um mundo de valores (dimensão axiológicopolítica)⁹.

A legitimidade, e, portanto, a constitucionalidade dos atos praticados pelo Estado, mesmo no exercício do *imperium*, tem seus limites, fundamento e origem nos ditames democráticos e republicanos exarados pela atual Constituição jurídica.

2. A DEMOCRACIA

Em um sentido moderno, a democracia será concebida como uma forma de governo indireta, baseada no princípio da representação majoritária. Mas não apenas isso, o sentido democrático moderno pressupõe a limitação dos poderes do Estado através de um amplo catálogo de direitos, liberdades e garantias ao cidadão.

Como marco histórico, a fim de entender a política no mundo ocidental, pode-se dizer que uma nova visão acerca da democracia surgiria apenas no esteio das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII.

⁷GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. Editora Malheiros, São Paulo, 2014, p. 70.

⁸REALE, Miguel. **Direito e Teoria do Estado**. Disponível em file:///C:/Users/prbue/Downloads/66181-Texto%20do%20artigo-87566-1-10-20131125.pdf. Acesso em 13/08/2020. p. 88.

⁹REALE, Miguel. **Direito e Teoria do Estado**, p. 87.

Para os limites deste trabalho afigura-se aceitável o conceito de democracia deliberativa como a que parte do ideal republicano do *self government*, isto é, pessoas governam-se a si próprias através da ação política e das leis que elas próprias dão a si mesmas. Tem por premissas uma ideia de virtude cívica, igualdade dos participantes no processo político, direitos de participação dos cidadãos na vida pública e controle dos seus representantes.

As principais características da democracia indireta ou representativa são, dentre outras: a soberania popular, como fonte de poder legítimo do povo; a vontade geral; o sufrágio universal, com pluralidade partidária e de candidatos; a distinção e a separação dos poderes; o regime presidencialista; a limitação das prerrogativas do Estado; e a igualdade de todos perante a lei.

Pela teoria moderna da democracia o respeito integral aos direitos do homem somente será alcançável se o poder político pertencer ao povo - de forma indireta, como regra, mediante a eleição de representantes previamente escolhidos pelos partidos políticos -.

Ressalte-se, contudo, que, diferentemente dos demais poderes públicos, o Poder Judiciário apresenta uma notável particularidade. Embora seja ele, por definição, a principal garantia do respeito integral aos direitos, em especial aos humanos, na generalidade dos países os magistrados, salvo raras exceções, não são escolhidos pelo voto popular.

Na verdade, o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocábulo) é um atributo eminente, o único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*; é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízes inspiram no povo. Ora, essa característica particular dos magistrados, numa democracia, funda-se essencialmente na independência e na responsabilidade com que o órgão estatal em seu conjunto, e os agentes públicos individualmente considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui¹⁰.

Em uma república democrática, os controles institucionais de abuso de poder pelos órgãos do Estado são de duas espécies: o horizontal, ligado ao mecanismo da separação de Poderes, e o vertical, fundado na soberania popular. Na verdade, a democracia é o regime político no qual ninguém, nem mesmo o povo soberano, exerce um poder absoluto, sem controles. O poder soberano do povo só pode ser exercido, legitimamente, no quadro da Constituição. E é, justamente, ao Poder Judiciário que incumbe a magna função de interpretar os limites constitucionais dentro dos quais há de ser exercida a soberania popular¹¹.

Nessa quadra de pensamento far-se-á, a seguir, uma breve análise do tão debatido inquérito (INQ) n.º 4781, instaurado pelo Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de investigar a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas e ameaças contra a Corte, seus ministros e familiares.

3. O INQUÉRITO E A DEFESA DA DEMOCRACIA

Conforme amplamente noticiado pelos meios de comunicação, o Exmo. Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Dias Toffoli, anunciou a abertura de um inquérito criminal (Portaria n.º 69 de 14 março de 2019) para apurar notícias falsas (*fake news*) e ataques feitos a ministros da Corte. De igual forma, anunciou que o inquérito será conduzido pelo Ministro Alexandre de Moraes, mediante designação,

¹⁰COMPARATO, Fabio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. vol.18 n.º 51. São Paulo, 2004, p. 1.

¹¹COMPARATO, Fabio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático**, p. 6.

sem livre distribuição do feito. O Inquérito, na dicção do respeitável Ministro, teria o condão de velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e seus integrantes¹².

Até onde pode-se inferir, os motivos do procedimento criminal instaurado dão conta da existência de notícias fraudulentas, conhecidas como *fake news*, denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de ânimos caluniantes, difamantes e injuriantes, que atingem a honorabilidade e segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares.

Assim, o Presidente da Corte Suprema decidiu, nos termos do artigo 43 e seguintes do regimento interno, instaurar inquérito criminal para apuração dos fatos e infrações correspondentes em toda a sua dimensão. Diante do sigilo imposto pelo STF, é de extrema dificuldade a tarefa de analisá-lo *pari passu*. Todavia, neste texto, serão relatadas tão-somente algumas das críticas que, tradicionalmente, a doutrina aponta para considerá-lo inconstitucional. Por outro lado, será objeto de breve análise a questão política subjacente, que justificam a sua instauração e procedimento.

Quanto as críticas, por primeiro apontar-se-á que o objeto do inquérito seria indefinido, por não indicar fato específico a ser investigado.

André Borges Uliano, em artigo publicado pelo Instituto Politeia, aduz que o inquérito instaurado pelo Presidente do STF faz, basicamente, é instituir um “Estado Policial” no Brasil. Portanto, seria incompatível com as liberdades constitucionais uma investigação que não contenha um fato específico que lhe sirva de objeto¹³.

Terceiro, O STF não teria, diante da Constituição e de seu Regulamento Interno, atribuição para o caso, uma vez que o inquérito instaurado não versaria sobre crime ocorrido no tribunal, e não haveria qualquer indicação de que cuida de pessoa com foro perante o STF.

Quarto, a instauração do referido inquérito, pelo órgão do Poder Judiciário, violaria o sistema acusatório adotado pela Constituição de 1988. A Constituição Brasileira de 1988, no art. 129, I, determina a competência privativa do Ministério Público para promover a ação penal pública (sistema acusatório). Assim, não caberia ao Poder Judiciário a função de acusar, estabelecendo um sistema não previsto pelo ordenamento, que, abstratamente, pode ir de encontro às garantias do cidadão perante o poder de punir do Estado.

Quinto, o referido inquérito estaria violando a liberdade de expressão. Segundo André Borges Uliano.

Com certeza, outras críticas à constitucionalidade do Inquérito existem. No entanto, não serão abordadas em face do limite e objeto do presente estudo.

Ciente de todas as manifestações contrárias ao referido inquérito n.º 4781 que são traçadas diariamente por estudiosos do direito, em especial do Direito Constitucional, seria natural que se fizesse um simples questionamento: Ora, por qual motivo o Supremo Tribunal Federal - que exerce as vias de Corte Constitucional e, portanto, tem a relevante atribuição de interpretação e guarda da Constituição, agregando o importantíssimo sentido à ordem jurídica nacional – instaurou esse inquérito, utilizando-se do *poder de império* do Estado, no qual determinou censuras ao Facebook, Twitter e periódicos eletrônicos, além de prisões de ativistas? Por que a Corte Suprema do Brasil se expôs tanto sob o ponto de vista político e social, com um procedimento tão questionado?

Naturalmente é importante buscar na história recente do País a explicação, e não apenas nas justificativas fáticas dadas para a abertura do referido inquérito, pois essas são apenas as consequências de

¹²GAZETA DO POVO, 2020.

¹³POLITEIA, 2020.

algo mais profundo que se pode sentir no sistema político republicano e democrático do Brasil.

Na conturbada história política do Brasil, desde 1889 quando Proclamada a República e deposta a Monarquia Constitucional de Dom Pedro II, tivemos sete Constituições. Esse fato explica a história da República Brasileira, que foi marcada, desde seu início, por inúmeros golpes de Estado e pela instabilidade, cenário que parecia atenuado a partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988.

O fato indelével é que a República Brasileira nasce primeiro, como uma aceitação das elites e, segundo, muito importante ressaltar, sob a batuta da espada das forças armadas do País. Portanto, a nossa história republicana – indo de encontro à sua significação axiológica – sempre demonstrou ter um caráter autoritário e excludente, garantindo privilégios e negando direitos.

A participação militar na vida política nacional foi uma constante da história republicana do país, fato que não abandona o imaginário do nosso povo como algo bom, e que será sempre a solução de todos os problemas comuns de uma nação de tamanho continental, multicultural e com baixos níveis de educação.

Com a redemocratização do Brasil, a partir de 1985, esse viés autocrático das oligarquias econômicas e políticas começou a ser abrandado, havendo uma conscientização democrática em torno da Constituição Federal de 1988. Com o avançar do tempo, questões como direitos humanos, liberdades individuais, respeito às minorias foram encontrando mais espaço nas agendas das elites e dos Poderes constituídos, mais especificamente do Poder Judiciário.

O que viria a partir da chegada do Partido dos Trabalhadores explica, porém, em boa parte, as seguidas crises que assolariam a República e que projetaram o cenário de crises políticas que se experimenta atualmente.

Com efeito, por meio da operação “Lava a Jato” tanto o Ministério Público Federal quanto a Polícia Federal escancaram um sistema de corrupção praticado por boa parte de políticos importantes, de vários partidos, e empresários, que já havia se sedimentado nos porões da República – a corrupção existe desde a sua instauração -.

Com a prisão de caciques de partidos políticos tradicionais, de um Ex-Presidente da República e diversos empresários, o sentimento de revolta da população volta-se contra a classe política, levando os partidos políticos a perderem credibilidade como veículos transformadores da sociedade. Grande parte dos jovens brasileiros não se engajam mais nesses espaços públicos, por desacreditar totalmente na política, na democracia e até mesmo no seu próprio País. O Poder Legislativo perde seu protagonismo diante de uma sociedade perplexa e encurralada.

Ao lado, a transformação dos meios de comunicação, com o avanço da internet e das redes sociais, desloca a atenção da maioria das pessoas das mídias convencionais, que perdem sua credibilidade, para a rede de informações e focos particulares (internet).

A economia vai mal! A educação vai mal! A saúde vai mal! Corrupção! As pessoas não se sentem seguras para sair às ruas! Um batalhão de pessoas sem emprego ou com empregos informais se empilham nas ruas das grandes cidades! Moradores de favelas multiplicam-se sem qualquer perspectiva de futuro! Os ricos cada vez mais ricos separam-se - com fortes grades e carros blindados - dos pobres, cada vez mais pobres! O Brasil realmente seria o País do futuro?

Assim, eleito com 57,7 milhões de votos, Jair Bolsonaro chegou ao poder, no dia 1º de janeiro de 2019, contra várias pesquisas divulgadas e gastando menos do que qualquer candidato. Com oposição ferrenha, fenômeno que o PT não enfrentou, o atual Presidente da República, um candidato *outsider*¹⁴,

¹⁴LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Zahar. Edição do Kindle.

promete lutar a favor dos costumes tradicionais, contra a corrupção, ter uma agenda econômica liberal e não ser um Presidente da República cooptado pelo que chamou de *establishment*.

A partir desse momento surgem, mais do que nunca, grandes protestos em face do Supremo Tribunal Federal e do Parlamento brasileiro. O politicamente correto é a ordem do momento, e os culpados pelas mazelas e entraves ao desenvolvimento ético e econômico do Brasil são os Congressistas e os Ministros do STF, os quais, alegam os partidários do então Presidente, estariam agindo contra à vontade popular. A divisão do País se acentua entre “eu ou eles”. Não há espaço para posições contrárias à “vontade majoritária do povo”. A democracia, o direito de pensar diferente ou os freios e contrapesos, não podem atrapalhar a agenda conservadora e liberal que impulsionará, indubitavelmente, o País ao pleno desenvolvimento.

Ferrajoli já advertia, alguns anos antes, estar em curso um processo de desconstitucionalização do sistema político italiano. Assim como no Brasil de agora, o processo italiano se manifestou na construção de um regime baseado no consenso ou, no mínimo, na aquisição pacífica, por uma parte relevante da sociedade italiana, de uma longa série de violações da letra ou do espírito da Constituição. O seu aspecto mais grave, contudo, consistiu na rejeição manifestada pela atual classe governante ao próprio constitucionalismo, ou seja, aos limites e vínculos constitucionais impostos às instituições representativas. Disso resultou a progressiva transformação de fato do sistema político italiano em uma forma de democracia plebiscitária fundada na explícita pretensão de onipotência da maioria governativa e de neutralização do complexo sistema de regras, de separações e contrapesos, de garantias e de funções e instituições de garantia, que constituem a substância da democracia constitucional. A ideia elementar que está na base desta pretensão é que o consenso popular é a única fonte de legitimação do poder político e serviria, portanto, para legitimar todos os abusos e para deslegitimar críticas e controles. O inteiro edifício da democracia constitucional fica em razão disso minado à sua raiz: pela intolerância em relação ao pluralismo político e institucional; pela desvalorização das regras; pelos ataques à separação de poderes, às instituições de garantia, à oposição parlamentar, aos sindicatos e à liberdade de imprensa; pela rejeição, em síntese, do paradigma do Estado constitucional de direito como sistema de vínculos legais impostos a qualquer poder¹⁵.

Para além dessas questões, a contingência de um vírus letal, que dizimou grande parte da população dos Países acentua o problema, que de sanitário e de saúde pública, passa a ser, no Brasil, problema político e econômico. Hidroxicloroquina ou isolamento social? Empregos ou vida? A polarização da sociedade entre partidários da esquerda ou da direita, determina se o cidadão é a favor da vida ou um insensível que só pensa com a razão de um economista.

Enquanto essa “loucura” se sucede na vida nacional proliferam-se os ataques aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sejam nas redes sociais, sejam nas ruas. Pedidos de fechamento Supremo Tribunal Federal ou intervenção militar é algo rotineiro na Praça dos Três Poderes em Brasília, com explosão de rojões e fogos em direção ao Palácio do STF. Igualmente essas manifestações, mediante notícias inverídicas ou deturpadas, ocorrem tanto no Facebook como no Twitter. Até mesmo ameaças de morte a familiares dos Ministros! As pessoas, em nome de suas convicções políticas, estão extrapolando o limite do razoável num País – e aqui não há um pinga de ironia - em que o samba, o futebol e o carnaval sempre foram alegorias de um povo pacífico.

Fato é, que diante da orquestrada fragilização da política partidária e de tantos ataques ao Supremo Tribunal Federal, e aos seus componentes, tem-se um ataque direto à República e à Democracia. Esse ataque se explica pelo papel democrático do Poder Judiciário – que de fato não é eleito pelo povo - mas

¹⁵FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. Editora Saraiva, São Paulo. Edição do Kindle, 2014, p. 156-157.

como um todo se justifica pela credibilidade das suas decisões e pela honorabilidade de seus componentes. Desfazer o papel soberano daquele Poder, como se suas decisões fossem contrárias ao desenvolvimento ético, social ou político do Brasil, é atentar diretamente contra a Democracia e a República.

Mas não é apenas uma questão de opções políticas, de direita ou esquerda, pois a ruptura é mais profunda, tanto em nível emocional quanto cognitiva. Trata-se do colapso gradual de um modelo político de representação e governança: a democracia liberal que se havia consolidado nos dois últimos séculos, à custa de lágrimas, suor e sangue, contra os Estados autoritários e o arbítrio institucional. Da insatisfação popular surgem lideranças políticas que, na prática, negam as formas partidárias existentes e alteram de forma profunda a ordem política nacional e mundial¹⁶.

Com efeito, as duas regras informais decisivas para o funcionamento de uma democracia seriam a tolerância mútua e a reserva institucional. Tolerância mútua é reconhecer que os rivais, caso joguem pelas regras institucionais, têm o mesmo direito de existir, competir pelo poder e governar. A reserva institucional significa evitar as ações que, embora respeitem a letra da lei, violam claramente o seu espírito. Portanto, para além do texto da Constituição, uma democracia necessitaria de líderes que conheçam e respeitem as regras informais¹⁷.

Os políticos agora tratam seus rivais como inimigos, intimidam a imprensa livre e ameaçam rejeitar o resultado de eleições. Eles tentam enfraquecer as salvaguardas institucionais de nossa democracia, incluindo tribunais, serviços de inteligência, escritórios e comissões de ética¹⁸.

Democracias podem morrer não nas mãos de generais, mas de líderes eleitos – presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder. Alguns desses líderes desmantelam a democracia rapidamente, como fez Hitler na sequência do incêndio do Reichstag em 1933 na Alemanha. Com mais frequência, porém, as democracias decaem aos poucos, em etapas que mal chegam a ser visíveis¹⁹.

Para aqueles que procuram entender o Brasil dentro de uma linha histórica linear, como existente em outros cantos do planeta, fica a frustração em reconhecer que esse é um país surreal, onde história factual e a ficção escrevem mais um capítulo da política nacional.

É necessário, nesse momento institucional brasileiro, que se faça um verdadeiro debate sobre a essência da democracia, já que se está vivendo em num contexto em que o pluralismo ético e cultural, com direito a diferentes visões de mundo ou de distintos modos de vida, tem como efeito perverso a contraditória proclamação de que a única verdade é que tudo é relativo, tanto no espaço público quanto nas relações privadas, numa postura tão nociva à preservação da sociedade que todo ato de autoridade, por mais singelo que seja, é percebido como a imposição de valores não compartilhados, e o próprio conceito de sociedade parece não se ajustar a essa realidade.

Pois bem, a tal ponto se dilatou em nossos dias a concepção do *direito à divergência* que muitos consideram legítimo exercê-lo até mesmo para sacrificar os próprios valores democráticos, que dão suporte a esse direito, desde que, perdoe-se a ironia, a sua morte se opere democraticamente. Para o bem ou para o mal essa atitude demissionária das democracias ocidentais levantou a necessidade de uma *democracia de combate*, onde as ideias do certo ou do errado, do justo ou do injusto, não podem depender apenas do resultado das urnas, razão pela qual mecanismos necessários a defender a democracia, dela

¹⁶CASTELS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Editora Zahar, Rio de Janeiro, 2018, p. 7-8.

¹⁷LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Zahar. Edição do Kindle, 2018, p. 7.

¹⁸LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**, p. 9.

¹⁹LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**, pp. 10-11.

própria, são necessários, mesmo nos maiores momentos de insensatez majoritária²⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade é um fato primitivo e humano, que não decorre de qualquer voluntarismo, mas sim, de uma necessidade intrínseca própria de sua natureza. O homem tem em si consciência de sua individualidade, com necessidades, tendências e aspirações, mas que para serem satisfeitas necessita viver em comunidade com outros homens.

Portanto, regras de conduta impõem-se ao homem e estas regras formulam-se a partir da noção de solidariedade social que o impede de não praticar nenhum ato contra os outros membros dessa sociedade. Nessa quadra surge o direito, como necessidade de regulação das ações sociais e individuais, e que para ser legítimo deve ser a expressão e desenvolvimento próprios de um sentimento coletivo de pertencimento.

Em decorrência, temos o surgimento do Estado, como expressão política do homem, no qual percebe-se a diferenciação entre governantes e governados, em que o poder é exercido pelas Instituições através e em decorrência do direito.

A legitimação desse poder político tem origem no princípio republicano e democrático que atribui à sua existência uma instância coletiva, soberana, una e indivisível, que pertence a todo povo e não apenas a uma parte dele ou à algum indivíduo em particular.

A democracia é o regime político no qual ninguém, nem mesmo o povo soberano, exerce um poder absoluto, sem controles. O poder soberano do povo só pode ser exercido, legitimamente, no quadro da Constituição. E é, justamente, ao Poder Judiciário que incumbe a magna função de interpretar os limites constitucionais dentro dos quais há de ser exercida a soberania popular.

No curso das transformações do significado sociopolítico do Estado, a compreensão do desempenho dos tribunais exige um entendimento mais amplo sobre o que devem ser as funções do sistema judicial, de modo a se discutir não só o exercício de funções instrumentais (resolução de conflitos, controle social), mas também as funções políticas e simbólicas que têm vindo a assumir²¹.

Portanto, entende-se que foi legítima e necessária a ação do Supremo Tribunal Federal ao instaurar o inquérito nº 4781 porque, tal qual em outros países, o Brasil está vivendo uma espécie de política de aversão plantada por segmentos ou setores que queriam ou querem subverter as Instituições Públicas brasileiras. Essa subversão é sutil e a democracia começa a se tornar apenas aparente, enquanto sua essência é lentamente corrida.

Não se olvide, contudo, que nos tempos atuais, a supremacia dos atos praticados pelo Estado - Republicano e Democrático - somente poderão ser considerados legítimos e legais quando prosseguem respeitando os direitos de cada indivíduo, da sociedade como um todo, sob a baliza constitucional, mas com vista ao interesse público subjacente ou bem comum.

Defender as Instituições Públicas Republicanas no Brasil atualmente não é tarefa fácil, pois se a democracia é fraca e escorrega para o totalitarismo, é preciso defendê-la até mesmo contra a maioria popular. A democracia deve ser compreendida não apenas como um sistema de governo assentado no princípio majoritário, mas também, ou, antes de tudo, é uma filosofia, um modo de viver e, quase

²⁰ZAGREBELSKI, Gustavo. **A crucificação e a Democracia**. Ed. Saraiva, São Paulo. 1ª ed. 2012, p. 9.

²¹SANTOS, Boa Ventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. Editora Cortez, São Paulo. 3ª Edição, 2014. p. 7.

acessoriamente, uma forma de governo²².

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Ed. Forum, Belo Horizonte. Ed. 2018.

BECKER, Daniel *et al.* **Entre Bentham e Kant: Covid-19 e a retomada do dilema mais famoso da filosofia**. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/entre-bentham-e-kant-covid-19-e-a-retomada-do-dilema-mais-famoso-da-filosofia-07042020>. Acesso em 02 de setembro de 2020.

BOBBIO, Norberto, *et al.* **Dicionário de Política**. Volume 1. Editora UNB, Brasília. 11ª ed. 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Fragmentos de um dicionário político**. Editora Paz & Terra, São Paulo. 23ª ed. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento interno**. Supremo Tribunal Federal. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020.

CASTELS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Editora Zahar, Rio de Janeiro, 2018.

COMPARATO, Fabio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. vol.18 n.º 51. São Paulo, 2004.

DE MORAES, Emanuel. **A Origem e as transformações do Estado**. Ed. Imago. Rio de Janeiro. 1996.

DUGIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Editora ícone, São Paulo. Ed. 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. Editora Saraiva, São Paulo. Edição do Kindle, 2014.

GAZETA DO POVO. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/toffoli-abre-inquerito-para-investigar-ataques-ao-stf-apos-criticas-da-lava-jato-cakxy3i1yia63bbw8dfx6igr5/>. Acesso em: 26/08/2020.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. Editora Malheiros, São Paulo. 2014.

LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Zahar. Edição do Kindle, 2018.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 32ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo. 2016.

²²ZAGREBELSKI, Gustavo. **A crucificação e a Democracia**, p. 10.

PAUPÉRIO, A. Machado. **Teoria do Estado Resumida**. Ed. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1985.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação. A nova retórica**. Editora Martins Fontes, São Paulo. 3ª ed. 2020.

PORTAL EDUCAÇÃO. Disponível em <https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/cotidiano/filosofia-medieval-patristica-e-escolastica---resumo/51214#:~:text=Baseadas%20nas%20Ep%C3%ADstolas%20de%20S%C3%A3o,IX%20ao%20s%C3%A9c..> Acesso em 13/08/2020.

REALE, Miguel. **Direito e Teoria do Estado**. Disponível em file:///C:/Users/prbue/Downloads/66181-Texto%20do%20artigo-87566-1-10-20131125.pdf. Acesso em 13/08/2020.

SANTOS, Boa Ventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. Editora Cortez, São Paulo. 3ª Edição, 2014.

SERPA, José Hermílio Ribeiro. **A Política, o Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais. Um reexame fenomenológico**. Editora Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 2002.

ULIANO, André Borges. **Entenda por que o inquérito instaurado por Dias Toffoli é ilegal**. Instituto Politeia. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/inquerito-toffoli-ilegal/>. Acesso em 28/08/2020.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **A crucificação e a Democracia**. Ed. Saraiva, São Paulo. 1ª ed. 2012.

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS EM TRANSNACIONAIS

Luiza Spagnol Lourenço Telles¹

Maira Angélica Dal Conte Tonial²

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da utilização do instituto da arbitragem como um meio de solução de dissídios individuais decorrentes de relação de emprego em transnacionais, tendo em vista que os dissídios estão se tornando cada vez mais presentes devido a modernidade e divergência de opiniões. Conforme elencada na Constituição da República Federativa do Brasil, todos nós temos uma condição jurídica de igualdade, para tanto, surgiu a figura da arbitragem.

A arbitragem no Brasil é regulada pela Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, é considerada como um meio alternativo de solução de conflitos, de forma extrajudicial, na qual não há intervenção estatal.

O instituto da arbitragem apresenta como diferencial a celeridade de todo o processo, pois não prevê a interposição de recursos, o que, em regra, reduz a duração do todo. Além disso, as partes envolvidas na lide têm a possibilidade de escolher um terceiro para julgar o conflito, podendo nomear alguém de confiança de ambas as partes, assim trazendo mais segurança e especialidade à sentença.

Cabe considerar que a utilização da arbitragem em dissídios individuais só se deu após a reforma trabalhista, a qual será analisada de forma geral, dando foco às vantagens e desvantagens dessa alteração.

No que tange as transnacionais, encontram-se situações em que o empregado é a parte mais vulnerável da relação, o qual deve ser buscado um modo de resolver da forma mais favorável possível, focando sempre na efetividade de seus direitos sociais trabalhistas.

Devido a um panorama histórico e modernizado, a arbitragem encontra-se como uma saída para as partes, sendo utilizada em cenário nacional e internacional, permitindo a celeridade da resolução da lide e tendo um alcance da justiça por meio da intervenção de um terceiro, esse chamado de árbitro, o qual possui conhecimento e preparação para a solução desses impasses.

1. A ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

A fim de abordar o instituto da arbitragem de modo geral, analisar-se-á sua evolução histórica e utilização ao longo dos tempos, inclusive as possibilidades e impossibilidades do uso de tal método de solução de litígios. Ainda, será feita uma breve comparação da utilização do instituto da arbitragem antes e depois da Reforma Trabalhista de 2017.

Contemporaneamente, vive-se em uma sociedade onde os litígios são frequentes, para tanto, foram criados vários meios para solucioná-los, como por exemplo, a arbitragem, a qual é um meio heterocompositivo de solução de controvérsias que auxilia o Poder Judiciário e possibilita o acesso à

¹ Aluna do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Email:149810@upf.br.

² Doutoranda em Direito pela Univali. Mestre em Direito pela Unissinos, Graduada em Direito pela UPF. Email: mairatonial@upf.br

Justiça. Nos próximos parágrafos busca-se fazer uma breve análise histórica e quais são os casos em que se pode utilizar tal instituto.

Scavonne³ define arbitragem como “... o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro...”.

No que diz respeito ao cenário brasileiro, o ordenamento jurídico adotou a Lei da arbitragem como novo instituto. Na perspectiva de Muniz⁴, a arbitragem goza de maior aceitação e eficácia se comparado a outras formas alternativas para solução de controvérsias, como a mediação e a conciliação.

Faz-se necessário conceituar a arbitragem de forma ampla, sendo ela uma técnica para solucionar controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas, as quais recebem os seus poderes por meio de uma convenção privada, baseando a sua decisão sem a intervenção do Estado, essa decisão assume a eficácia de uma sentença judicial⁵.

Já, no que tange o cenário internacional, tal instituto também é utilizado, mais precisamente no direito mercantil “... instrumento que tem sido adotado como técnica extrajudicial mais comum no que concerne ao direito mercantil pelos países cujo comércio internacional é intenso”⁶.

No Brasil, a arbitragem é legalmente conhecida desde os tempos da colonização portuguesa, entretanto, atualmente, vem encontrando um novo caminho através de câmaras arbitrais e da elaboração de projetos de lei, dos quais culminou na Lei 9.307/96⁷. A arbitragem, no entendimento de Nelson Nery Junior⁸, traz uma natureza jurisdicional.

A Reforma Trabalhista instituiu a cláusula compromissória da arbitragem, podendo ser inserida nos contratos individuais de trabalho por vontade de alguns trabalhadores que percebam salários superiores ao dobro do teto⁹ dos benefícios da Previdência Social¹⁰.

Constata-se que, como forma de solução de conflitos, a arbitragem possui caráter privado e natureza voluntária. Suas principais vantagens são: celeridade, informalidade do procedimento, flexibilidade, especialidade, confiabilidade e confidencialidade¹¹.

A arbitragem, regulada pela Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, é uma forma extrajudicial de solução de conflitos, usando como característica principal uma terceira pessoa que opera sendo um juiz privado, conhecido como árbitro. Na arbitragem, as partes poderão acordar um procedimento célere e simples, o que traduz grandes benefícios para as partes de boa-fé¹². Contemporaneamente, a arbitragem possui a mesma força que uma sentença judicial que transita em julgado, isso porque o Código de Processo

³ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 8. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 02.

⁴ MUNIZ, Tânia L. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 40.

⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993. p.19.

⁶ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A arbitragem**: solução alternativa de conflitos. Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal 1996, p. 149-173

⁷ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais de arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.24.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 1.300.

⁹ Atualmente no valor de R\$ 6.101,06 (seis mil cento e um reais com seis centavos).

¹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 399.

¹¹ ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 908.

¹² FICHTNER, José Antonio et al. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p.709.

Civil incluiu a decisão arbitral no rol dos títulos executivos judiciais ¹³.

Assim que, atualmente existem várias alternativas para solução de litígios no âmbito trabalhista, visto que as críticas em relação à Justiça estão cada vez mais frequentes. Devido às relações de trabalho estar se modificando cada vez mais, se torna mais comum um conflito nesse ambiente.

1.1 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM ANTES E DEPOIS DA REFORMA TRABALHISTA

Nesse tópico, pretende-se abordar as mudanças pertinentes a Lei 13.467/2017, como o instituto era antes da reforma, o que mudou e quais os critérios da mudança. Destaca-se que a explanação realizada não tem o intuito de analisar as mudanças de forma exaustiva, mas sim as principais transformações e comparações.

Antes da promulgação da Lei da Reforma Trabalhista no ano de 2017, a arbitragem já estava inserida no direito trabalhista. A Constituição Federal, com posterior redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, apresenta em seu Artigo 114, parágrafo 2º, que caso as partes recusem-se à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado ajuizar dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho

Com o advento da Lei 13.467/2017, a qual institui a Reforma Trabalhista, passou a haver autorização expressa para a aplicação da arbitragem na solução de conflitos individuais de trabalho, inserida no artigo 507-A desta Lei.

Em razão dessa mudança, surgiram algumas regras específicas para serem observadas, como por exemplo, possuir remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral da Previdência Social, que haja concordância do empregado ou então que a iniciativa de optar pela arbitragem parta dele ¹⁴.

Ao utilizar o padrão remuneratório do empregado como critério para aplicação da arbitragem, afronta-se diretamente o princípio constitucional da isonomia, devido ao fato de estar sendo reservada para um grupo de trabalhadores específicos, que terão a possibilidade, caso queiram, de optar pelo instituto da arbitragem para resolverem seus litígios ¹⁵.

Independente da validade da cláusula compromissória no contrato individual de trabalho quer seja de adesão ou não, o empregado possui o direito de escolha do procedimento arbitral, em virtude da sua vulnerabilidade¹⁶.

Entende-se que com o passar dos tempos os meios de solução de litígios passaram por mudanças, juntamente com a modernização. Com isso, observa-se que nem todas as mudanças vem para melhorar, algumas apenas para confundir um pouco mais.

¹³ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem: mediação e conciliação. p. 19.

¹⁴ SOUZA, Magali Rodrigues de; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Arbitragem nas relações de trabalho: Inovações decorrentes da lei 13.467/2017**. Revista de processo, vol. 284, p. 535-554, out. 2018. p. 09.

¹⁵ BENEVIDES, Camilla Martins dos Santos; VILLATORE, Marco Antônio César. **A reforma trabalhista e a utilização da arbitragem como forma de resolução de conflito trabalhista para cumprir função pacificadora perante as modificações econômicas, sociais e culturais**. Revista de direito do trabalho, vol. 201, p. 169-183, mai. 2019. p. 05.

¹⁶ CORNÉLIO, Raphael Lima Lemes; GONÇALVES, Mauro Pedroso. **Cláusula compromissória no contrato individual de trabalho: a extensão da liberdade do trabalhador na escolha do procedimento arbitral**. Revista de arbitragem e mediação, vol. 60, p. 131-149, jan. - mar. 2019.p. 09.

1.2 VANTAGENS E DESVANTAGENS DE SUA UTILIZAÇÃO

O instituto da arbitragem já existe há tempo como meio de solução de conflitos, com a presença de um terceiro imparcial para pacificar as controvérsias, embora tenha alcançado destaque nos últimos tempos, a arbitragem é um meio utilizado há anos pelos mais diversos povos.

Conforme afirma Scavone¹⁷, “é um dos mais antigos meios de composição de conflitos pela heterocomposição, ou seja, a solução do conflito por um terceiro imparcial, expressa as seguintes vantagens: especialização, rapidez, irrecorribilidade, informalidade e confiabilidade”.

Como a sentença arbitral não precisa mais ser validada por um juiz, a arbitragem garante maior celeridade aos processos arbitrais, estando aliada ao princípio da irrecorribilidade das sentenças arbitrais, e minimizando o excesso de decisões conforme expresso no artigo 31 e 18 da Lei nº 9.307/96, anteriormente citados.

Nas palavras de Gorczewski¹⁸, a arbitragem traz diversas vantagens, principalmente em benefício de quem a usufrui “O procedimento arbitral é flexível e rápido”, e ainda “Se elas próprias se dispuserem a nomear uma pessoa de sua confiança para atribuir a solução do conflito, provavelmente, após a apresentação da sentença arbitral acolherão a decisão”.

No âmbito comercial, a arbitragem prevalece pelas vantagens oferecidas, uma vez que as negociações feitas por diferentes nações se tornam complicadas por terem uma série de elementos contraditórios, como a legislação de outros países, regras processuais, língua e costume, etc.¹⁹.

As vantagens são inúmeras, mas o instituto da arbitragem causa preocupações na esfera trabalhista, em especial, decorrente ao alto custo que pode envolver a instauração do tribunal arbitral e da possibilidade de manipulação do instituto²⁰. Para Carlos Henrique Bezerra Leite²¹, a possibilidade de a arbitragem ser posta aos trabalhadores que recebam remuneração superior a duas vezes o limite máximo do teto da Previdência Social, é inconstitucional.

Assim, por mais que a arbitragem apresente algumas desvantagens, seus aspectos positivos, quando bem utilizada, se sobressaem, tornando essa forma de solução de conflitos bastante viável no cenário atual, em que se buscam soluções justas, rápidas e efetivas.

2. DIREITOS TRABALHISTAS

O direito do trabalho possui princípios que visam proteger a integridade do trabalhador, visto que, este é considerado hipossuficiente. Desse modo, é necessário analisar qual a natureza do direito discutido pelas partes, para que após isso, possa ser decidido o meio utilizado para solucionar o conflito.

O direito individual do trabalho caracteriza-se por uma relação específica que se estabelece entre o prestador de serviço e outra pessoa que dirige, assalaria, e aproveita do resultado da força do trabalho do obreiro. Essa relação é caracterizada pelo estado de subordinação no qual o obreiro está submetido em

¹⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem: mediação e conciliação. p. 22.

¹⁸ GORCZEWSKI, Clovis. **Formas alternativas para resolução de conflitos: a arbitragem no Brasil** - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99.

¹⁹ BRANCO, LuizellaGiardino B. **A arbitragem nos contratos internacionais**. Disponível em: <www.internacional-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawarbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf> Acesso em: 02 jun. 2019.p. 28.

²⁰ FICHTNER, José Antonio et al. **Teoria Geral da Arbitragem**. p. 710.

²¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. p. 399.

razão de um contrato de trabalho²².

Entretanto, as relações coletivas se efetivam entre os entes coletivos de trabalho. É denominada assim, porque o ente coletivo (geralmente sindicato) representa os interesses de determinado grupo de pessoas, quais sejam, os empregados e os empregadores, considerados em conjunto, e não individualmente²³.

Ainda, os conflitos coletivos podem ser de natureza jurídica ou econômica. Os de natureza econômica também podem ser denominados de conflitos coletivos de interesses, onde os empregados reivindicam a criação de novas e melhores condições de trabalho²⁴.

Os conflitos coletivos podem ser resolvidos através da arbitragem, por decisão das partes envolvidas, de forma facultativa. Pode-se dizer que primeiramente, as partes devem buscar resolver o conflito através da negociação coletiva, podendo dar origem à convenção ou acordo coletivo de trabalho. Sendo essa frustrada, as partes podem eleger o árbitro e pacificar o conflito pela arbitragem, havendo recusa por uma das partes, deverá ser resolvido por intermédio de dissídio coletivo. Nesse sentido, ao entendimento de Martins, “dissídios coletivos, o que se discute é a criação de novas normas ou condições de trabalho para a categoria, ou a interpretação de certa norma jurídica²⁵”.

Portanto, o direito do trabalho possui o direito individual, o qual considera a individualidade do empregado e do empregador, e o direito coletivo, que considera o empregado e o empregador em sua coletividade. Ambos analisam defender direitos e deveres das duas partes envolvidas.

2.1 FORMAS DE SOLUÇÃO DE DISSÍDIOS TRABALHISTA

Os métodos de tratamento de controvérsias vêm se modificando conforme o passar dos anos, visto que a sociedade está cada vez mais tecnológica e atualizada. Tendo em vista que a função primordial do Direito é prevenir conflitos, passou a existir duas formas para solucionar conflitos: a autônoma (autotutela e auto composição) e a heterônoma (mediação, jurisdição e arbitragem). Nesse capítulo, serão abordados com maior ênfase os meios heterônomos.

A forma de conflitos autônoma ocorre quando se efetiva somente com a participação dos indivíduos, cujos interesses são divergentes. Diante da aplicação do princípio da proteção e da irrenunciabilidade, não se reconhece a eficácia jurídica plena para a resolução de conflitos individuais do trabalho através da autotutela e autocomposição²⁶.

A autodefesa ocorre quando as próprias partes fazem a defesa de seus interesses, uma parte impõe a solução do conflito à outra. É exemplo de autodefesa, a greve e o *lockout*²⁷. Pois “Entende-se, portanto, como autodefesa o meio reconhecido a uma das partes de utilizar de suas próprias forças para convencer a parte contrária a negociar”²⁸.

A autocomposição é um meio de resolução de conflitos pelo qual as próprias partes interessadas solucionam suas controvérsias, sem que haja a intervenção de um terceiro. Destarte, as partes discutem

²² CAIRO, Jose Jr. **Curso de Direito do Trabalho**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 49.

²³ CAIRO, Jose Jr. **Curso de Direito do Trabalho**. p. 49.

²⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p.813.

²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. p. 821.

²⁶ CAIRO, Jose Jr. **Curso de Direito do Trabalho**. p. 132.

²⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. p.865.

²⁸ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 217.

seus próprios interesses, fazem concessões recíprocas e negociam com o intuito de solucionar a lide. Esse meio de resolução é exercido por intermédio de negociação coletiva, podendo ou não, ser precedida de mediação²⁹.

Caso não seja possível dirimir o conflito através das alternativas anteriores, busca-se então pela heterocomposição assim “...Significa a expressão hetero-composição a solução do conflito por um terceiro, estranho ao problema ...”³⁰.

A jurisdição ou tutela é a forma de solucionar os conflitos por meio da intervenção do Estado, gerando o processo judicial. Fica condicionada à Justiça do Trabalho solucionar esses conflitos, nas Varas do Trabalho processam-se os dissídios individuais, e nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho processam-se os dissídios coletivos³¹.

Além dos meios de solução de litígios citados acima, existe também a figura da arbitragem, a qual é abordada no decorrer do projeto. Sabe-se que a cada dia que passa, a vida em sociedade se torna mais complexa, surgindo então relações que necessitam ser regulamentadas pelo Direito. Com o surgimento do conflito os envolvidos têm a opção de meios alternativos que não a Jurisdição pelo Estado.

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Nesse tópico, analisar-se-á a importância dos princípios que fundamentam o direito do trabalho e suas regras, tendo que vista que os princípios acabam influenciando na elaboração das regras, como proposições ideais, em especial o da proteção.

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado³² “No Direito, os princípios cumprem funções diferenciadas. Atuam, na verdade, até mesmo na fase de construção de regra de Direito – fase pré-jurídica ou política”.

Nas relações de emprego há certo desequilíbrio econômico entre as partes, sendo o empregado a parte hipossuficiente, não possuindo a mesma igualdade jurídica que seu empregador. Sendo assim, o princípio da proteção do trabalhador é visto com um dos princípios básicos desse ramo do direito. Como leciona Vólia Bomfim Cassar³³ “Para compensar esta desproporcionalidade econômica desfavorável ao empregado, o Direito do Trabalho lhe destinou uma maior proteção jurídica.”

O Princípio da Proteção está inserido em um contexto constitucionalizado, o qual reconhece a relação desigual no âmbito trabalhista. A Constituição Federal trouxe vários direitos sociais trabalhistas, tendo como objetivo proteger a relação entre empregado e empregador barrando os abusos capitais sobre o trabalhador³⁴.

Sendo o princípio da proteção o mais importante do Direito do Trabalho, ele se expressa de três formas distintas, a regra “*in dubio pro operário*”, a regra da norma mais favorável e a regra da condição mais benéfica. Ambas as regras buscam pela aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, visando então, a sua proteção³⁵.

²⁹ ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. p. 857.

³⁰ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. p. 219.

³¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. p. 872.

³² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013.p. 187.

³³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.p.169.

³⁴ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 166-167.

³⁵ ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. p. 54-55.

Na regra da norma mais favorável, busca-se manter o equilíbrio contratual entre as partes desiguais. Essa subdivisão do princípio da proteção defende a aplicação da fonte em vigência que mais favorecer o empregado³⁶.

No que tange a regra da condição mais benéfica, a mesma se preocupa com a garantia do contrato, mantendo cláusulas que serão mais vantajosas ao trabalhador. Essa regra defende a alteração posterior das cláusulas somente se surgirem outras mais benéficas, caso contrário, mantêm-se o contrato intocável³⁷.

A última subdivisão do princípio da proteção traz a regra “*in dubio pro operário*”, ela se trata de quando uma mesma situação apresenta várias interpretações referentes a um único dispositivo, o qual causa dúvida na interpretação. Nesse caso será escolhida a que possuir o entendimento mais favorável ao trabalhador³⁸.

Constata-se, desse modo, que o princípio aqui abordado demonstra ser sempre favorável em relação ao empregado, tendo em vista que este é a parte mais frágil e conseqüentemente, hipossuficiente na relação trabalhista. Os princípios servem para guiar e embasar qualquer mudança que ocorra na legislação trabalhista.

3. EMPRESAS TRANSNACIONAIS

No presente tópico serão abordadas as empresas transnacionais no ambiente empregatício e sua contextualização, além disso, será abordado como essas empresas buscam resolver seus conflitos e a efetividade dos direitos sociais trabalhista de seus empregados, tendo em vista que, na maioria das vezes, as empresas transnacionais se prevalecem em relação aos direitos de seus empregados.

Analisar-se-á o principal objetivo das empresas transnacionais, juntamente de sua contextualização, tendo em vista que tais empresas oferecem oportunidades de emprego para a população aonde elas se encontram.

Ao entendimento de Luiz Olavo Baptista, as empresas transnacionais são interligadas entre si e não possuem personalidade jurídica própria, segundo ele “É composta por certo número de subsidiárias e tem uma ou mais sedes, constituídas em diversos países, de acordo com a legislação local que lhes dá personalidade jurídica e, sob certo aspecto, a nacionalidade³⁹.”

Assim as empresas transnacionais, produzem reflexos e impactos que não passam despercebidos por elas estarem posicionadas como “centro de mando e decisão na Sociedade”, sendo elas, efetivamente, uma figura de abordagem frequente na esfera internacional. Devido às suas complexas relações com os Estados nacionais, em geral, elas se tornam sujeitas ao direito interno. Contudo, pelo tamanho que às vezes possuem também se apresentam no campo internacional⁴⁰.

Para Ianni, as empresas transnacionais, juntamente com outras corporações e conglomerados conhecidos como multinacionais, transnacionais, mundiais, globais ou planetários, “[...] são responsáveis pela formação, funcionamento e transformação do que se poderia denominar *shopping center* global, espalhando-se por países e continentes”.⁴¹ E, essa mobilidade das transnacionais, que migram a produao,

³⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. p. 164-165.

³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. p. 205-206.

³⁸ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. p. 172-174.

³⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa Transnacional e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.p.17.

⁴⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.48.

⁴¹ IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995. p. 135.

conforme interesses, pode desestabilizar a arrecadação, por reduzir a autonomia ou até mesmo diminuir as oportunidades de emprego⁴².

Logo, as transnacionais focam principalmente na obtenção de lucros, não importando onde serão instaladas. Portanto, sua imprevisibilidade acaba trazendo alguns malefícios para os Estados onde elas se encontram, reduzindo, principalmente, o número de empregos e oportunidades trabalhistas.

3.1 A ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRANSNACIONAIS

A partir do momento que duas partes possuem ideias divergentes acerca de determinada situação, assim como necessidades diferentes, variando conforme a época, cultura, costumes, etc. Nesse tópico será dada ênfase no instituto da arbitragem como meio de resolução de conflitos transnacionais.

Considerando que, ao longo da história foram surgindo diversos instrumentos para a solução de conflitos, tanto no Poder Judiciário, como fora dele, os instrumentos para resolução foram reconhecidos juridicamente apenas na história mais recente da humanidade, assim “Esses ‘mecanismos alternativos’ (arbitragem, conciliação, mediação...) podem ser estratégias adotadas para tratar os conflitos sociais e interindividuais, salientando-se que é o próprio modelo conflitual de jurisdição que precisa ser revisto⁴³.”

Existe uma lacuna de tempo entre o planejamento, a aceitação e a prática de convenções e tratados internacionais, nesse sentido, a arbitragem se torna necessária, permitindo a condução de conflitos de maneira que diminua os confrontos de interesses, caso viessem a depender do ordenamento jurídico dos países em conflito. Visto que, “não é possível afirmar com certeza que o direito nacional de determinado país será sempre aplicável às transações comerciais que envolverem os seus nacionais”, a decisão tomada não será sempre pelos seus próprios tribunais⁴⁴.

O instituto da arbitragem possui importância significativa no que diz respeito aos contratos internacionais. Considerando-se que o direito interno de cada país não é exigível ou de aplicação compulsória, o contrato acaba se tornando lei suprema entre as partes. A arbitragem, no Direito internacional, não possui força vinculante, apresentando apenas meras consequências morais, uma vez que não existe a possibilidade de invocar a força de um Estado sobre o outro⁴⁵. É utilizada como objeto de tentativa de consolidação por instituições privadas, tendo como foco, unificar as regras para delimitação de contratos⁴⁶.

Conforme Glitz⁴⁷, “as divergências entre o Direito Internacional e a legislação doméstica tendem a se dissipar conforme se harmonizem os princípios relacionados aos negócios internacionais”. Assim, pela abordagem anterior, a utilização da arbitragem no contexto internacional é muito ampla, principalmente em conflitos de origem comercial, levando em consideração as divergências enfrentadas entre os ordenamentos jurídicos envolvidos.

⁴² BRIGAGÃO, Clóvis; RODRIGUES, Gilberto M. A. **Globalização a olho nu: o mundo conectado**. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004. p.82.

⁴³ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Unijuí, 2010. p.115.

⁴⁴ GREBLER, Eduardo. **A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias e o Comércio Internacional Brasileiro**. In: III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, v. 1, n.1. Belo Horizonte: CEDIN, 2006. p. 96.

⁴⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem no sistema jurídico brasileiro**. In: GARCEZ, J.M.R. A arbitragem na era da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 1997.p.21-34.

⁴⁶ CORDEIRO, D. **A lexmercatoria e as novas tendências de codificação do Direito do comércio internacional**. In: Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.7, n.7, jan/jun.2008.p. 88.

⁴⁷ GLITZ, Frederico. **Contrato, globalização e Lex mercatoria**. Rio de Janeiro: Clássica, 2012.p. 297.

3.2 EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS

Levando-se em consideração que as empresas transnacionais focam na obtenção de lucros, isso faz com que elas se mudem frequentemente se acharem que o local já não traz mais benefícios. Portanto, acaba prejudicando o empregado juntamente de seus direitos sociais trabalhistas.

O Direito Internacional do trabalho trata da proteção do trabalhador na área do Direito Internacional Público, seja como parte de um contrato ou como ser humano, o qual estabelece a universalização de princípios da justiça social. Além disso, estuda questões conexas visando à melhoria das condições de vida do trabalhador e a harmonia entre o desenvolvimento técnico-econômico e o progresso social⁴⁸.

De acordo, Husek⁴⁹ tem como objeto e finalidade o Direito Internacional do Trabalho como uma forma de universalizar os princípios de justiça social e de buscar a uniformização das normas jurídicas como uma forma de desenvolver a cooperação internacional, além disso, entende que “O objetivo básico é a condição da melhoria da vida do trabalhador, não importa raça, sexo, idade, cultura, nível social, espécie profissional, nacionalidade, religião etc.”.

Para Jeremy Rifkin⁵⁰, em sua obra, observou que a oferta de vagas se tornou menor que o crescimento da População Economicamente Ativa (PEA), o que decorria, principalmente, da evolução tecnológica e novos métodos de trabalho que permitiam a possibilidade de produzir mais com menor participação de mão de obra .

O Direito do Trabalho deve integrar o mínimo existencial, uma vez que se não tiver uma fonte de renda se torna impossibilitado de conseguir o seu sustento e o de sua família. A partir da ideia de que o trabalho não é uma mercadoria, e dos direitos sociais, evoluindo para a ideia de “constitucionalismo social”, passou-se a exigir a proteção da dignidade da pessoa do trabalhador ao Estado⁵¹.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que cada Estado se compromete a adotar medidas, em plano econômico e técnico, visando assegurar o pleno exercício do direito do trabalhador. Fica nítido que os direitos trabalhistas, assim como os direitos sociais, humanos e fundamentais devem ser assegurados de forma progressiva, não permitindo retrocesso⁵².

Diante disso, houve o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, a qual se baseou em argumentos humanitários e políticos, fundamentando a justiça social no âmbito internacional trabalhista. Quando a industrialização nos países europeus se encontrava veloz, surgiram condições sociais e políticas devido aos movimentos de reivindicação dos trabalhadores⁵³.

Portanto, levando-se em consideração que o Direito Internacional do Trabalho visa proteger os direitos sociais e humanos do trabalhador, foi criada a Organização Internacional do Trabalho para assegurar esses direitos, visto que, em âmbito internacional, mais precisamente nas transnacionais, esses direitos são pouco assegurados devido ao fato das mesmas estarem em frequente mudança.

⁴⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000. p. 139.

⁴⁹ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de Direito Internacional público e privado do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.p.63.

⁵⁰ RIFKIN, Jeremy. **Fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis de empregos e a redução da força global de trabalho**. São Paulo: Makron Books, 1995.p. 349.

⁵¹ LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O Valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2006.p. 35.

⁵² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma trabalhista**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.p. 19.

⁵³ CAVALCANTE, Lygia Maria Godoy Batista. **A dignidade da pessoa humana como norma principiológica de aplicação no Direito do Trabalho**. In: Direitos Humanos. Essência do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007. p. 144.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, estudou-se o instituto da arbitragem dando foco em sua utilização como uma forma de resolução de dissídios individuais trabalhistas, dando atenção à relação de emprego em transnacionais.

A arbitragem é um meio privado e alternativo para buscar solução judicial por meio de um terceiro imparcial, no cenário brasileiro foi adotada a Lei da arbitragem como novo instituto, sendo esse de maior aceitação e eficácia.

Esse instituto permite que as partes acordem um procedimento mais célere e simples, podendo as mesmas, pactuarem o procedimento com informalidade, flexibilidade, especialidade e confidencialidade.

No que tange às transnacionais, a arbitragem é um meio muito utilizado na esfera internacional, levando-se em consideração o seu caráter jurisdicional, o que difere da mediação e conciliação. Sua abordagem internacional é bastante ampla, pois se leva em consideração as divergências enfrentadas nos ordenamentos jurídicos envolvidos.

Tendo em vista que as empresas transnacionais buscam apenas a obtenção de lucro, o empregado acaba sendo prejudicado e tendo seus direitos sociais trabalhistas afetados. A arbitragem possui grande importância nessa relação, pois o direito interno de cada país não é exigível ou de aplicação compulsória, o que torna o contrato entre as partes como uma lei suprema.

Contudo, o instituto da arbitragem é utilizado como um objeto de tentativa de consolidação por meio das instituições privadas, tendo como objetivo principal a unificação das regras para delimitação dos contratos. Sua utilização torna-se necessária, tendo em vista a possibilidade de resolução dos mais variados conflitos, podendo assim, satisfazer a vontade das partes envolvidas sem prejudicar a parte mais vulnerável.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A arbitragem**: solução alternativa de conflitos. Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal, Brasília, n. 2, p. 149-173, maio - ago. 1996.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa Transnacional e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BENEVIDES, Camilla Martins dos Santos; VILLATORE, Marco Antônio César. **A reforma trabalhista e a utilização da arbitragem como forma de resolução de conflito trabalhista para cumprir função pacificadora perante as modificações econômicas, sociais e culturais**. Revista de direito do trabalho, vol. 201, p. 169-183, mai. 2019.

BRANCO, LuizellaGiardino B. **A arbitragem nos contratos internacionais**. Disponível em: <www.internacional-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawarbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2020.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da

Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em 24 de outubro de 2020.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm> Acesso em 20 de outubro de 2020.

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm> Acesso em 20 de outubro de 2020.

BRIGAGÃO, Clóvis; RODRIGUES, Gilberto M. A. **Globalização a olho nu: o mundo conectado**. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

CAIRO, Jose Jr. **Curso de Direito do Trabalho**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

CAVALCANTE, Lygia Maria Godoy Batista. **A dignidade da pessoa humana como norma principiológica de aplicação no Direito do Trabalho**. In: Direitos Humanos. Essência do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CORDEIRO, D. **A lexmercatoria e as novas tendências de codificação do Direito do comércio internacional**. In: Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.7, n.7, jan./jun.2008.

CORNÉLIO, Raphael Lima Lemes; GONÇALVES, Mauro Pedroso. **Cláusula compromissória no contrato individual de trabalho: a extensão da liberdade do trabalhador na escolha do procedimento arbitral**. Revista de arbitragem e mediação, vol. 60, p. 131-149, jan. - mar. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

FICHTNER, José Antonio et al. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma trabalhista**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GIGLIO, Wagner D. CORRÊA, Claudia GiglioVeltri. **Direito processual do trabalho**. 16. ed. ver., ampl., atual. e adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007.

GLITZ, Frederico. **Contrato, globalização e Lex mercatoria**. Rio de Janeiro: Clássica, 2012.

GORCZEWSKI, Clovis. **Formas alternativas para resolução de conflitos: a arbitragem no Brasil - Porto Alegre**: Livraria do Advogado, 1999.

GREBLER, Eduardo. **A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de**

- Mercadorias e o Comércio Internacional Brasileiro.** In: III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, v. 1, n.1. Belo Horizonte: CEDIN, 2006.
- HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de Direito Internacional público e privado do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- IANNI, Octávio. **A sociedade global.** 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: Saraiva. 2018.
- LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O Valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho.** São Paulo: Ltr, 2006.
- MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Internacional Econômico.** Curitiba: Juruá, 2005.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de et al. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.
- MUNIZ, Tânia L. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96.** Curitiba: Juruá 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado.** 3. ed., São Paulo: RT, 1997.
- RIFKIN, Jeremy. **Fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis de empregos e a redução da força global de trabalho.** São Paulo: Makron Books, 1995.
- ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2018.
- SANTANNA, Ana Carolina Squadri. **Sobre a participação do Estado na arbitragem comercial internacional: arbitrabilidade subjetiva e objetiva.** In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VIII, 2011.
- SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais de arbitragem.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação.** 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SOUZA, Magali Rodrigues de; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Arbitragem nas relações de trabalho: Inovações decorrentes da lei 13.467/2017.** Revista de processo, vol. 284, p. 535-554, out. 2018.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos.** Ijuí: Unijuí, 2010.
- SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho.** São Paulo: LTr, 2000.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem no sistema jurídico brasileiro.** In: GARCEZ, J.M.R. A arbitragem na era da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

O ACESSO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS MIGRANTES EM TEMPOS DA PANDEMIA DO COVID-19

Carla Della Latta¹

Renata Buziki Caragnatto²

INTRODUÇÃO

Em uma perspectiva global e em tempos de pandemia, o fenômeno das migrações se coloca como algo a ser melhor compreendido, no que tange ao aumento, alastramento e propagação do atual problema de saúde mundial, o COVID-19. Desde a Era do Descobrimento, os movimentos migratórios colaboram significativamente com a globalização. Sem precisar fugir de nossa própria realidade, um exemplo disso são os nossos antepassados, no qual pode-se entender que esse processo afetou significativamente nossa cultura.

Levando tudo isso em conta, nos cabe a seguinte problemática de estudo: como garantir o acesso aos direitos fundamentais dos migrantes em época de pandemia? Ainda objetiva-se compreender reflexos trazidos por esta discussão durante o atual momento de pandemia.

Este é um estudo bibliográfico, que tratou de articulações teóricas. Neste sentido foram discutidas e analisadas as informações de modo a explorar o conteúdo relacionando com o objetivo proposto. O trabalho está ancorado em obras que discutem a perspectiva da globalização e da migração e suas implicações voltadas à temática em evidência. O texto busca fazer uma análise crítica-reflexiva em torno da questão da globalização, lança um olhar sobre o fenômeno da imigração e, por fim, traz à tona a questão sanitária e de deslocamento, no sentido de compreender seus direitos nessa relação.

1. A GLOBALIZAÇÃO E O FENÔMENO DA IMIGRAÇÃO

Ao falarmos de globalização, no sentido geral da palavra, automaticamente remetemos à ideia de integração entre os povos, expansão de tecnologia, crescimento econômico, e conseqüentemente imigração. Nesse sentido:

A globalização do mundo expressa um novo ciclo de expansão do capitalismo como modo de produção e processo civilizatório de alcance mundial. Assinala a emergência da sociedade global como uma totalidade abrangente, complexa e contraditória. Uma realidade ainda pouco conhecida, desafiando práticas e ideias, situações consolidadas e interpretações sedimentadas, formas de pensamento e voos da imaginação³

¹ Barachel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Campinas do Sul – RS. Brasil. Advogada. E-mail: carladellalatta@hotmail.com

² Barachel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA. Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Maximiliano de Almeida – RS. Brasil. Advogada. E-mail: renatacaragnatto@hotmail.com.

³ IANNI, Octavio. Globalização e a nova ordem internacional. In: REIS FILHO, D. A.; FERREIRA, J.; ZENHA, C., org. **O século XX, o tempo das dúvidas: do declínio das utopias às globalizações**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

A globalização parece ter dispensado fronteiras, carregado do sentimento liberalista, a expectativa criada por imigrantes e candidatos a asilo político em torno de uma maior facilidade de locomoção. De acordo com Annoni e Valdes⁴, em virtude de vivermos em um mundo globalizado, as manifestações xenofóbicas crescem ao passo que o número de imigrantes aumenta.

Além disso, de acordo com dados extraídos do site do Senado Federal³ países como o Brasil, tem um elevado aumento de movimentos migratórios, de acordo com o Relatório Anual do Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra), lançado pelo Ministério da Justiça em 2019, registraram, de 2010 a 2018, um total de 774,2 mil imigrantes e refugiados. Reitera-se que diversos países passam por situações de crise econômica atualmente, fator que se acentua ainda mais devido ao período de pandemia sendo enfrentado. Conforme leciona Baeninger et al.⁵ este cenário faz com que os imigrantes, os quais almejam melhores condições, tenham suas expectativas frustradas.

Insta salientar, conforme Annoni e Valdes⁶ a fragilidade e a escassez de ações efetivas dos Estados quanto à receptividade de imigrantes e refugiados, as quais além de obsoletas, não atentam ao cumprimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, principal ferramenta de proteção em termos de garantias fundamentais, em virtude de um nacionalismo exacerbado que ainda se encontra enraizado nas bases de governo. Tais fatores refletem diretamente acerca do enfraquecimento do poder estatal diante de um mundo globalizado.

Não obstante aos problemas relacionados com a efetividade dos Direitos Humanos advindos do uso, abuso e desuso propiciados pelo nacionalismo, os fluxos globais projetaram luzes sobre a existência de Estados fortes, Estados fracos, Estados impérios, Estados pós-nacionais, Estados que existem nominalmente apenas e, com eles, a defesa e promoção gradativa dos Direitos Humanos, muito mais como assunto nacional do que efetivamente normas ius cogens conforme padrões fixados pela ONU.⁷

Segundo Annoni e Valdes⁸ conflitos armados, conquista de território e imposições religiosas não se encontram mais como únicos e exclusivos fatores que desencadeiam os processos migratórios. Fatores como busca por melhores condições de trabalho, estabilidade financeira, segurança jurídica e crises sanitárias também passaram a integrar este rol. Tendo em vista, o momento atual, cabe salientar os movimentos migratórios em face de crises sanitárias. Como destaca Baeninger⁹ parte da população encontra-se mais vulnerável aos impactos causados pelo novo coronavírus. Neste rol de minorias, é que se encontram os migrantes, que além de não estar em seu país de origem, acabam expostos a certos riscos que comprometem sua saúde, não só em relação a enfermidades, mas também ao bem-estar físico, mental e social.

Conforme Staffen¹⁰, é a busca pelo desenvolvimento humano que incentiva as pessoas a migrarem de um lugar a outro, e não simplesmente por motivo de fuga de guerras ou desastres naturais. O autor diz ainda, que encontrar facilidades em outros espaços e territórios é encontrar o direito de sobrevivência sadia, com qualidade e sem privações.

Em tempos de globalização desenfreada, melhores oportunidades passam a ser vislumbradas ao

⁴ ANNONI, Danielle; VALDES, Lysian Carolina. **O direito internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Juruá, 2013.

⁵ BAENINGER, Rosana *et al.* **Migrações Internacionais e a pandemia da Covid-19**. Campinas. Nepo/Unicamp, 2020. Disponível em: <<https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/miginternacional/miginternacional.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁶ Annoni e Valdes. **O direito internacional dos refugiados e o Brasil**.

⁷ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

⁸ Annoni e Valdes. **O direito internacional dos refugiados e o Brasil**.

⁹ BAENINGER, Rosana *et al.* **Migrações Internacionais e a pandemia da Covid-19**.

¹⁰ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**.

mesmo passo que fatores como idioma, locomoção e comunicação não são considerados empecilhos, por se tornarem cada vez mais acessíveis, como por exemplo pela utilização de meios tecnológicos como a internet, explica Cardoso¹¹. O aumento significativo dos movimentos migratórios torna-se inevitável frente ao contexto de globalização. Os aspectos positivos destes movimentos são inquestionavelmente maiores que os negativos, conforme Baeninger¹², os mesmos poderiam ganhar ainda mais pontos benéficos através de políticas públicas adequadas e eficientes.

Apesar de se apresentar como um dos processos mais benéficos em termos de igualdade e redução da pobreza, entre outros fatores, há de se salientar que em tempos de pandemia a imigração, em razão da grande e facilitada mobilidade populacional e acompanhada de um movimento global acelerado, acaba sendo um agravante da situação epidêmica em razão das condições sanitárias e de vida dos imigrantes e refugiados, associada à falta de preocupação e atuação dos órgãos governamentais diante desta situação, o que implica direta e negativamente nas políticas de saúde pública de combate a endemias segundo Baeninger et al.¹³

Independentemente do tempo em que se vive, as imigrações são movimentos que se fazem presentes rotineiramente e tem suma importância na história da humanidade. Portanto, torna-se fácil concluir que as políticas públicas que partam do princípio da não discriminação, bem como aquelas que respeitem de forma consciente os direitos humanos, terão muito mais êxito e progresso do que aquelas que ainda tentam se opor de forma inflexível, tanto à globalização quanto aos movimentos migratórios.

2. CIDADES GLOBAIS COMO FOCO DA MIGRAÇÃO E PROLIFERAÇÃO DA PANDEMIA

O termo cidade global remete à denominação de cidades que teriam enorme influência mundial, em todos os seus aspectos, como economia, trabalho e desenvolvimento humano. A presente explicação é advinda da socióloga holandesa Saskia Sassen, no seu livro *A Cidade Global*, publicado no ano de 1991, que criou o termo a fim de definir cidades a exemplo de Tóquio, Londres e Nova York, como verdadeiras potências globais, onde os assuntos ocorridos têm influência imediata mundialmente.

Ao adentrar no assunto das cidades globais logo interliga-se as mesmas aos movimentos migratórios, tendo em vista que por serem grandes centros, o fluxo de migrantes que chegam a esses locais conseqüentemente é maior de acordo com Sassen¹⁴. Os imaginários urbanos podem ser considerados um dos fatores de maior relevância para a ocorrência dos movimentos migratórios nas cidades globais.

Ocorre que em tempos de epidemia, os imaginários urbanos para migrantes restam prejudicados. Conforme explica Telarolli Jr¹⁵ as políticas públicas no combate a endemias sempre se trataram de um problema para a Administração Pública, uma vez que desde o período republicano o ingresso de um grande número de estrangeiros, relacionado à ocorrência de epidemias de doenças transmissíveis, gerou repercussões demográficas e sanitárias variáveis.

Ao abordar o tema das cidades globais, em âmbito brasileiro não há como fugir da relação com a

¹¹ CARDOSO, Gustavo. **O que é – Internet**. 1ª Ed., S.L: Quimera Editores, 2003.

¹² BAENINGER, Rosana. Estrangeiros autorizados a trabalhar no Brasil. In: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos. **Doutores 2010: estudos da demografia da base técnico-científica brasileira**. Ciência Tecnologia e Inovação. Brasília: 2010, p.442-507.

¹³ BAENINGER, Rosana *et al.* **Migrações Internacionais e a pandemia da Covid-19**.

¹⁴ SASSEN, Saskia. **As narrativas da globalização**. 2010. Disponível em: <<http://www.saskiasassen.com/PDFs/interviews/As-Narrativas-da-globalizacao.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

¹⁵ TELAROLLI Jr., Rodolpho. Imigração e epidemias no estado de São Paulo. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, III (2):265-283 Jul.-Oct. 1996. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59701996000200004>. Acesso em: 02 jun. 2020.

cidade de São Paulo, visto que posteriormente à década 1980, cidades como São Paulo, Hong Kong e Toronto, entre outras, passaram a incorporar o rol de cidades globais junto a Nova York, Londres e Tóquio, como menciona Santos¹⁶. Porém, quando o assunto abordado trata de crises relativas a epidemias, o histórico da cidade de São Paulo desde os tempos mais remotos, justamente por ser considerada um grande centro urbano, destino final de muitos migrantes, acaba sendo grande centro de propagação de doenças, tal como da Covid-19.

As transferências de migrantes para os núcleos urbanos sempre representaram um fator agravante em épocas de epidemia, seja pelo deslocamento de uma cidade a outra, seja pela continua procura de migração para outros países. De acordo com Telarolli Jr¹⁷ como consequência desses destroncamentos, a transmissibilidade altera de forma progressiva a proporção de indivíduos suscetíveis a doenças epidêmicas numa região ou município, especialmente nas cidades globais devido ao fato de se tratarem de grandes centros de desenvolvimento econômico, social, político e cultural, muito procurados por migrantes e refugiados, além de que a dificuldade de mobilização a fim de paralisação de trabalho nestes locais é ainda maior, como vem sendo enfrentado diante da pandemia atual. Segundo Baeninger et al.¹⁸, além dos problemas gerais enfrentados em qualquer tempo de pandemia, alia-se a isso os problemas diariamente enfrentados por imigrantes e refugiados nas grandes metrópoles, como dificuldade de comunicação e tratamento desigual escancarado.

A fim de se vislumbrar a situação enfrentada pelos migrantes no Brasil, mais especificamente na cidade São Paulo, pode-se relatar a história de uma imigrante haitiana de 24 anos infectada pelo Coronavírus dentro da maternidade de um hospital paulista, onde o local de internação da imigrante, assim como a maioria dos hospitais públicos brasileiros, não possuía o equipamento utilizado na confirmação de diagnósticos do covid-19. Desta forma acabou sendo transferida para a UTI do Hospital de Clínicas de São Paulo, e desde então a família da paciente Joanneda, irmão e namorado, também imigrantes, não conseguiram informações precisas sobre as condições e o estado de saúde da mesma, de acordo com a reportagem do site UOL¹⁹. Em entrevista à jornalista do site UOL²⁰, o irmão de Joanneda retratou a dificuldade de comunicação enfrentada pelos imigrantes nos casos em que necessitam recorrer aos serviços de saúde, bem como falta de compreensão acerca do funcionamento do sistema de saúde brasileiro, além dos flagrantes episódios de preconceito enfrentados.

Ocorre que, apesar das inúmeras deficiências encontradas em relação migrantes e ao acesso a saúde, a Lei nº 13.445 de 2017 (Lei da Migração)²¹ em seu artigo 4º, inciso VIII, garante o acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória. De acordo com a Baeninger et al²² a ampliação do xenorracismo, ganha ainda mais força no contexto de pandemia, o que aliado a negação ao acesso à saúde pública aos migrantes, interfere diretamente nos movimentos migratórios, inclusive na prática da imigração

¹⁶ SANTOS, Lucas Q. dos. **A cidade global na obra de Saskia Sassen**. Trabalho de Conclusão de Curso. 2016. Universidade Estadual Paulista.

¹⁷ TELAROLLI Jr., Rodolpho. Imigração e epidemias no estado de São Paulo.

¹⁸ BAENINGER, Rosana *et al.* **Migrações Internacionais e a pandemia da Covid-19**.

¹⁹ UOL. Imigrante haitiana gestante contraiu coronavírus durante internação. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/25/imigrante-haitiana-gestante-contraiu-coronavirus-durante-internacao-em-sp.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

²⁰ UOL. Imigrante haitiana gestante contraiu coronavírus durante internação. 2020.

²¹ BRASIL. **Lei nº 13.445, Lei da Migração**. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13445.htm.

Acesso em: 05 set. 2020.

²² BAENINGER, Rosana *et al.* **Migrações Internacionais e a pandemia da Covid-19**.

reversa.

Em razão da pandemia do Coronavírus, por serem autônomos em sua maioria, os imigrantes acabam optando pela imigração reversa como uma forma de proteção aos seus direitos, ou seja, retornam ao país de origem, tendo em vista que o Brasil já não oferece mais as mesmas condições de vida, tratamento desigual frente aos nacionais e ausência de acesso a direitos. De acordo com Rodrigues e Almeida²³ a exemplo disto, encontram-se os paraguaios residentes na cidade de São Paulo, os quais viviam em moradia coletiva de imigrantes no bairro do Bom Retiro e trabalhavam em oficinas de costura, porém estão retornando ao Paraguai (país de origem) utilizando-se do transporte de sacoleiros brasileiros.

Diante da pandemia do Coronavírus, de acordo com Baeninger et al²⁴ é evidente a diminuição da chegada de migrantes e solicitantes de refúgio, incluindo neste rol aqueles que utilizava o Brasil como rota para alcançar outro país de destino, além da intensificação do retorno para os países vizinhos. Porém qualquer tipo de movimento migratório se torna mais difícil no presente momento tendo em vista, as fronteiras fechadas, barreiras sanitárias e quarentenas.

Apesar do direito de ir e vir se encontrar assegurado no artigo 5º, XV da Constituição Federal²⁵, em tempos de pandemia é necessário que certos direitos, tal como o direito à saúde, se sobressaiam sobre os demais. Como explica Baeninger et al.²⁶, haja vista que o risco de contágio e propagação por meio dos movimentos migratórios é acentuado consideravelmente, ainda mais em cidades polo de migrantes, levando risco não só aos adotantes destes movimentos como a todos aqueles que acabam envolvidos nestes processos, é de fundamental importância a observação ao princípio da proporcionalidade para que se possa equilibrar os direitos individuais com as vontades da sociedade.

3. O DIREITO DE IR E VIR E O DIREITO À SAÚDE NA PANDEMIA DE COVID – 19

O direito de ir e vir, ou direito de locomoção está previsto no artigo 5º, XV da CF²⁷, determinando a livre locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. Ocorre que, em tempos de pandemia, tal como da COVID-19, o isolamento social passa a ser uma medida essencial no combate à disseminação do coronavírus, não havendo outra alternativa mais eficiente e segura para sua detenção, até que chegue ao mercado uma vacina para seu tratamento, o que tem se tornado uma obsessão mundial. Porém, vislumbrando as medidas aplicáveis, alguns questionamentos começam a ser levantados, tais como a hierarquia do poder público sobre os direitos e liberdades individuais.

A Constituição Federal Brasileira garante o direito de ir e vir, porém cabe salientar que apesar de se tratar de um direito fundamental, o direito de locomoção não é absoluto. Segundo Ferreira e Moribe (2020)²⁸ embora o artigo 5º, XV da CF verse sobre um direito fundamental, algumas restrições são aplicadas pela própria Constituição em face do dispositivo, como: prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e

²³ RODRIGUES, A.; ALMEIDA, Lalo de. **Folha de São Paulo**. Sem comida, estrangeiros de SP pulam refeições e já voltam para seus países. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/04/sem-comida-estrangeiros-de-sp-pulam-refeicoes-e-ja-voltam-para-seus-paises.shtml?origin=folha>>. Acesso em: 03 jun. 2020

²⁴ BAENINGER, Rosana *et al.* **Migrações Internacionais e a pandemia da Covid-19**.

²⁵ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2020.

²⁶ BAENINGER, Rosana *et al.* **Migrações Internacionais e a pandemia da Covid-19**.

²⁷ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

²⁸ FERREIRA, André; MORIBE, Camila Misko. **Tempos de Pandemia e o Direito Constitucional de Ir e Vir**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325170/tempos-de-pandemia-e-o-direito-constitucional-de-ir-e-vir>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

fundamentada de Juiz; prisão civil, administrativa ou especial para fins de deportação, observada legislação específica; durante estado de sítio, para determinar a permanência da população em determinada localidade.

A restrição ao direito de ir e vir vislumbra a delimitação do poder estatal. Em razão da pandemia da COVID – 19, o direito de restrição acabou sendo limitado por meio de normas infraconstitucionais, tais como a quarentena e o isolamento. A Lei nº 13.979/20²⁹, no seu artigo 1º, em seus incisos I e II, disciplina sobre os institutos do isolamento e da quarentena:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Importante destacar que o Código Penal³⁰, mais precisamente no seu artigo 268, prevê a prática de crime a quem infringir determinação do poder público (leis, decretos, portarias, etc.), destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa, o que pode se dar de maneira comissiva ou omissiva. O direito de locomoção, justamente por sua característica de não ser absoluto, tem o dever de coexistir com os demais princípios estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro. É neste viés que se encontra o direito à saúde em época de pandemia segundo Baeninger et al.³¹

Tendo em vista a situação epidêmica, a Lei 13.979/2020³² ao dispor sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, acaba por salvaguardar o direito à saúde. Sobre os movimentos imigratórios também instituiu-se novas regras a partir da pandemia do coronavírus.

Em virtude da pandemia da Covid-19, o direito de locomoção e o direito à saúde acabaram entrando em conflito. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem aplicando o princípio da proporcionalidade pra resolver tal conflito. O princípio da proporcionalidade segundo Pires³³ originou-se nos remotos séculos XII e XVIII, quando gravitavam sobre a Inglaterra as teorias jusnaturalistas, que promulgavam o homem como indivíduo titular de direitos imanentes a sua natureza. Além do mais, segundo o autor³⁴, o princípio da proporcionalidade foi um dos primeiros princípios a trazer a “humanidade” como elemento de julgamento, distanciando o julgador de atentar simplesmente para os “caprichos da lei”, dura e fria como era.

A regra do princípio da proporcionalidade é a de que colisões de direitos fundamentais sejam

²⁹ BRASIL. **Lei nº 13. 979, medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional**. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em: 06 jun. 2020.

³⁰ BRASIL. **Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2020.

³¹ BAENINGER, Rosana *et al.* **Migrações Internacionais e a pandemia da Covid-19**.

³² BRASIL. **Lei nº 13. 979, medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional**.

³³ PIRES, Diego B de S. **Princípio da proporcionalidade versus razoabilidade**. 2007. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/principio-da-proporcionalidade-versus-razoabilidade/>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

³⁴ PIRES, Diego B de S. **Princípio da proporcionalidade versus razoabilidade**

solucionadas por ponderação de acordo com Alexy³⁵. A fim de se definir o conceito e a utilização do princípio da proporcionalidade pelo STF na prática, podemos utilizar como paradigma o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do HC 82.424 de 2003³⁶: “[...] o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos.”

Embora o STF conte com um imenso rol de competências, a pandemia não foi motivo de julgamentos de alta repercussão até o presente momento do estudo, se não, o julgamento das ADIs nº 6341³⁷ e nº 6343³⁸ que discutem o reconhecimento da autonomia de municípios e governos estaduais para decretarem medidas sanitárias de contenção a pandemia e a da ADO nº 56³⁹ que dispõe sobre a instituição de renda mínima temporária durante a crise socioeconômica ocasionada pela COVID-19. As decisões do STF tem forte convergência à proteção do direito à saúde ao cidadão, o comprovante dessa tendência se confirma nos julgados que conflitam com o direito como se pode verificar na jurisprudência do Tribunal.

Com a tendência à defesa do direito à saúde, o questionamento acerca da aplicação de medidas menos invasivas ao direito de locomoção passa a ser constante tanto quanto as preocupações com aqueles que se deparam ainda com maiores dificuldades nos locais onde vivem, conforme Baeninger et al (2020)⁴⁰ nestes rol se encontram os imigrantes, os quais geralmente não são incluídos em estratégias e planos nacionais de combate à epidemia.

Contudo, basta uma análise superficial para perceber a situação catastrófica que nos encontramos. Diante desta realidade os Estados restaram obrigados a desenvolver planos sanitários que evitem o crescente número de mortos, as dispensas de trabalhadores e a falência de empresas. Consoante explica Baeninger et al.⁴¹, o Brasil com a finalidade de achatando a curva de infecção, aderiu ao isolamento social e à quarentena forçada, restrições de viagem e limitações de atividades econômica, de trabalho e da vida pública, visto que a curto prazo não existem outras medidas, como por exemplo, as vacinas.

Independentemente da restrição ao direito do deslocamento, as medidas de isolamento e quarentena tem o objetivo único de contenção ao coronavírus. Por hora, tais medidas são estritamente necessárias para que atinja o objeto de proteção à saúde. Conforme entendimento de Baeninger et al⁴² ao deparar-se com situações como a pandemia da COVID – 19, em que surgem conflitos entre o direito de locomoção e o direito à saúde, também é formidável questionarmos a necessidade e os limites de aplicação de certas medidas a fim de que não haja restrição incompatível ao acesso a direitos fundamentais, visando a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito.

Advém que diante da pandemia do coronavírus, quando o problema envolvido tem uma relação estrita com a saúde pública, as medidas sanitárias de combate à disseminação do vírus, além de terem prazo determinado, passaram por crivo jurisdicional, o que pode ser constatado no texto do §1º, do artigo 3º da Lei 13.979/20⁴³:

³⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Afonso Heck. 2ª edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2008.

³⁶ STF. **HC 82.424 de 2003**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

³⁷ STF. **ADI 6341**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 10 ago. 2020

³⁸ STF. **ADI 6343**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

³⁹ STF. **ADO 56**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883259>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁴⁰ BAENINGER, Rosana *et al*. **Migrações Internacionais e a pandemia da Covid-19**.

⁴¹ BAENINGER, Rosana *et al*. **Migrações Internacionais e a pandemia da Covid-19**.

⁴² BAENINGER, Rosana *et al*. **Migrações Internacionais e a pandemia da Covid-19**.

⁴³ BRASIL. **Lei nº 13. 979, medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional**.

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

Ademais, mesmo após diversas crises sanitárias terem ocorrido, como a peste bubônica, a febre amarela, a varíola, a cólera e a gripe do porco (H1N1), nenhuma legislação foi implantada de forma permanente. Como explica Ferrão⁴⁴, os fluxos migratórios em conjunto com situações como as pandêmicas, instituem numerosos desafios e profundas mudanças no contexto de instituição de políticas públicas que visem uma atenção especial a esses problemas endêmicos, além de respostas coordenadas e adaptadas num contexto de mobilidade regional e internacional, não só para o momento mas para futuras crises que possam vir a existir.

Levando em consideração o princípio da proporcionalidade e o atual momento vivenciado, é indispensável tratamento digno e acesso a saúde de forma igualitária. Como leciona Baeninger et al⁴⁵, os Estados tem o dever de respeitar o direito à saúde de migrantes, refugiados e outras pessoas deslocadas, sendo assegurado o fornecimento de medicamentos, prevenção e tratamento essenciais de forma não discriminatória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo compreender os reflexos trazidos pela migração no mundo jurídico no que tange ao acesso a direitos fundamentais, como o direito a saúde e o direito de ir e vir em época de pandemia. Nesse sentido, o que se defende não é a prevalência de um direito específico sobre os demais. O acesso a direitos fundamentais, os quais refletem uma vida digna ao cidadão, aonde quer que resida, é o que traz mais segurança aos adotantes dos movimentos migratórios. Para tanto, o Estado tem o dever de garantir tratamento igualitário a todos os que no país residem, principalmente, em épocas de crise, tal como na de pandemia.

Há que se pensar, que num momento como o da pandemia da Covid-19, os migrantes encontram-se em situação ainda mais fragilizada, a instabilidade entre permanecer no país para onde migraram e seu país de origem, torna-se inevitável, o que no presente momento dificulta ainda mais a situação, levando em consideração, o conflito instaurado entre o direito de ir e vir e a disseminação do vírus. Não por acaso, diante da ocasião torna-se necessário a intervenção do poder judiciário a fim de disciplinar tais conflitos.

É incontestável que na era da globalização, os movimentos migratórios são cada vez mais frequentes, havendo a necessidade de ponderar certos comportamentos e atitudes diante das situações como do Covid-19. O direito a saúde, justamente por se tratar de um direito fundamental, deve ser assegurado pelo Estado. No presente momento, com as agravantes trazidas pela pandemia, a fim de que possam permanecer no país ao qual migraram mesmo diante da situação que se desencadeou, a fim de que se evite a proliferação do vírus, o acesso a saúde deve ser facilitado, barreiras como a do idioma devem ser eliminadas, para que futuramente o direito de ir e vir continue sendo respeitado e utilizado por migrantes para buscarem melhores condições de vida.

⁴⁴ FERRÃO, Jorge. Migrações. In: **Revista Internacional em Língua Portuguesa: Migrações**. Lisboa: Clio Artes Gráficas, 2011, p. 9-11. Disponível em: <<http://aulp.org/wp-content/uploads/2019/01/RILP24.pdf#page=360>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

⁴⁵ BAENINGER, Rosana et al. **Migrações Internacionais e a pandemia da Covid-19**

Sendo assim, dada a discussão torna-se necessário que a lei seja cumprida em sua totalidade. A criação de políticas públicas de inclusão de migrantes se tornam imprescindíveis para que barreiras como a do idioma, do acesso a informação e o alcance a serviços essenciais sejam superadas, para que os migrantes efetivamente tenham acesso aos direitos que lhe são legalmente assegurados, independentemente do momento vivido.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Afonso Heck. 2ª edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2008.

ANNONI, Danielle; VALDES, Lysian Carolina. **O direito internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Juruá, 2013.

BAENINGER, Rosana. Estrangeiros autorizados a trabalhar no Brasil. In: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos. **Doutores 2010: estudos da demografia da base técnico-científica brasileira**. Ciência Tecnologia e Inovação. Brasília: 2010, p.442-507.

BAENINGER, Rosana *et al.* **Migrações Internacionais e a pandemia da Covid-19**. Campinas. Nepo/Unicamp, 2020. Disponível em: <<https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/miginternacional/miginternacional.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____. **Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2020.

_____. **Lei nº 13.979, medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional**. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em: 06 jun. 2020.

_____. **Lei nº 13.445, Lei da Migração**. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>.

Acesso em: 05 set. 2020.

_____. **Portaria nº 255, restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros**. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria-255-20-ccv.htm#art10>. Acesso em: 03 jun. 2020.

CARDOSO, Gustavo. **O que é – Internet**. 1ª Ed., S.L: Quimera Editores, 2003.

FERREIRA, André; MORIBE, Camila Misko. **Tempos de Pandemia e o Direito Constitucional de Ir e Vir**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325170/tempos-de-pandemia-e-o-direito-constitucional-de-ir-e-vir>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

FERRÃO, Jorge. Migrações. In: **Revista Internacional em Língua Portuguesa: Migrações**. Lisboa: Clio Artes Gráficas, 2011, p. 9-11. Disponível em: <<http://aulp.org/wp->

content/uploads/2019/01/RILP24.pdf#page=360>. Acesso em: 13 jun. 2020.

IANNI, Octavio. Globalização e a nova ordem internacional. In: REIS FILHO, D. A.; FERREIRA, J.; ZENHA, C., org. **O século XX, o tempo das dúvidas: do declínio das utopias às globalizações**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

IOM. Indicadores de Governança Migratória apontam São Paulo como cidade global líder na gestão das migrações. 2019. Disponível em: < <https://brasil.iom.int/news/indicadores-de-governan%C3%A7a-migrat%C3%B3ria-apontam-s%C3%A3o-paulo-como-cidade-global-l%C3%ADder-na-gest%C3%A3o-das>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

PIRES, Diego B de S. **Princípio da proporcionalidade versus razoabilidade**. 2007. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/principio-da-proporcionalidade-versus-razoabilidade/>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

RODRIGUES, A.; ALMEIDA, Lalo de. **Folha de São Paulo**. Sem comida, estrangeiros de SP pulam refeições e já voltam para seus países. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/04/sem-comida-estrangeiros-de-sp-pulam-refeicoes-e-ja-voltam-para-seus-paises.shtml?origin=folha>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

SANTOS, Lucas Q. dos. **A cidade global na obra de Saskia Sassen**. Trabalho de Conclusão de Curso. 2016. Universidade Estadual Paulista.

SASSEN, Saskia. **As narrativas da globalização**. 2010. Disponível em: <<http://www.saskiasassen.com/PDFs/interviews/As-Narrativas-da-globalizacao.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

SENADO NOTÍCIAS. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/02/03/cdh-vai-debater-condicao-de-imigrantes-no-brasil>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência direito à saúde**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=direito%20a%20sa%C3%BAde&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 10 ago. 2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 82.424 de 2003**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADO 56**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883259>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6341**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6343**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

TELAROLLI Jr., Rodolpho. Imigração e epidemias no estado de São Paulo. **História, Ciências, Saúde — Manguinhos**, III (2):265-283 Jul.- Out. 1996. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59701996000200004>. Acesso em: 02

jun. 2020.

UOL. Imigrante haitiana gestante contraiu coronavírus durante internação. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/25/imigrante-haitiana-gestante-contraiu-coronavirus-durante-internacao-em-sp.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

A MITIGAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA NA RECLAMATÓRIA TRABALHISTA

Aline de Fátima Ardenghy Chiuza¹

Maira Angélica Dal Conte Tonial²

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como primícias maiores prover ao trabalhador, seu desenvolvimento social e econômico, e lhe possibilitar acesso a uma qualidade mais digna de vida, ao passo que impulsiona transformações sociais importantíssimas, valorando direitos sociais e o princípio da dignidade da pessoa humana, através do trabalho nos organizamos e desenvolvemos. Daí a imensa importância de analisarmos o processo trabalhista, bem como as reclamações trabalhistas e seu deslinde, a fim de se verificar e garantir uma aplicação efetiva de valores sociais, buscados pelo do judiciário, bem como a aplicação da justiça social. Diante deste contexto. Para que se busque melhorias no ambiente laboral e nas relações de trabalho, para que não ocorra o retrocesso social, vedado pela Constituição Federal. Acontecimentos sociais estão historicamente atrelados a história do trabalho e sua evolução, ao passo que, é impossível dissociar a evolução histórica social do trabalho, da sociedade e das realidades sociais.

Assim sendo, é vital para evitar o retrocesso social, que se analise os impactos de mudanças no legislativo, no tocante a reclamação trabalhista e no âmbito da justiça do Trabalho. Garantir a eficácia de leis e a aplicação dos princípios constitucionais, e regulamentos internacionais norteadores do Direito do Trabalho, é garantir a desenvolvimento social e econômico, bem como o exercício da cidadania, e a concretização dos preceitos do Estado democrático de Direito instituídos pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988).

1. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

A garantia constitucional do Acesso à Justiça no processo trabalhista, estabelecido pelo artigo 5^a, XXXV da CRFB/1988 está diretamente ligado ao Direito de Ação, e o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Devendo ser entendido, como dever de prestação jurisdicional do Estado, em prestar a parte o amplo acesso ao judiciário, em todas as suas esferas, dando a ela uma resposta fundamentada mente justa e eficaz, quando reclamado um direito tutelado, conforme os preceitos do Estado Democrático de Direito instituídos pela CRFB/1988. O simples fato da pessoa conseguir entrar como uma demanda, não corresponde ao acesso à justiça, o que o torna ineficaz, para sair do plano teórico, é fundamental que se tenha uma prestação jurisdicional justa, o que da eficácia a reclamação, e assim se concretiza no plano da eficácia o direito de ação. “A questão colocada não é somente fazer com que as pessoas consigam entrar com uma demanda, mas também obter uma resposta efetiva e eficaz, bem obter respostas justas, as quais

¹ Graduanda em direito pela UPF, email 149070@upf.br.

² Doutoranda em Direito pela Univali, Mestre em Direito pela Unissinos, Especialista e graduada pela UPF, email mairatonial@upf.br.

devem ser realizáveis.”³

Segundo Amauri Mascaro Nascimento “há princípios constitucionais de todo o direito processual, como a garantia do acesso à justiça, que fundamenta o direito de ação, a inafastabilidade da prestação jurisdicional, a que corresponde o direito de cada um de obter uma decisão judicial, e o dever de fundamentar, de indicar os motivos pelos quais o juiz decidiu da forma pela qual o fez.”⁴

A Lei 13.467 de julho de 2017, impactou em garantias e princípios constitucionais, do Acesso à Justiça e Assistência Judiciária Gratuita, essenciais à aplicação da justiça social, através da Justiça do Trabalho. Diante disso, será necessário discorrer sobre os impactos trazidos pela reforma trabalhista, sobre institutos particulares do processo trabalhista, como do *jus postulandi*, da não obrigatoriedade na inicial do valor da causa e individualização dos pedidos, que visam facilitar o acesso à justiça através de mais acessibilidade, oralidade e menos formalidades do rito trabalhista, já que “a demanda deve se submeter ao autor.”⁵

Neste contexto constata-se primeiramente, que com a reforma trabalhista, modificou vários procedimentos processuais, impondo pressupostos e condições para o prosseguimento da ação. Como a obrigatoriedade da submissão a Comissão Conciliadora Previa, favorecendo dessa forma, a negociação de direitos. Podendo-se verificar da mesma forma, no que diz respeito ao instituto do *jus postulandi*, que permitia a parte postular pessoalmente em nome próprio, sem representação de advogado, e que ficou mais restrito, diante das formalidades das impostas pela reforma, uma vez que se torna obrigatório que conste o valor da causa na inicial e a individualização dos pedidos, por consequência limitando o valor da condenação ao valor dos pedidos, por vezes sendo prejudicial ao reclamante, em face a sua falta de conhecimento técnico em relação aos seus direitos.

Após a reforma trabalhista, se a parte reclamante mesmo sendo beneficiária da assistência judiciária gratuita, não comparecer à audiência inicial, e não justificar no prazo de 15 (quinze) dias, será penalizada com aplicação de multas e condenada ao pagamento de custas processuais. O pagamento destas custas são pressupostos para ingressar com nova reclamatória postulando os mesmos direitos. Com caráter punitivo, e desencorajador, poderá fazer com que este deixe de postular por seus direitos, em face de sua vulnerabilidade econômica. Desmerecendo o princípio da proteção onde se estabelece para o procedimento, que para o reclamante o não comparecimento na audiência inicial, importa no arquivamento do processo, e para o reclamado em confissão ficta.

Sob o prisma do plano da eficácia, a criação exacerbada por parte do legislador, de pressupostos processuais, e condições para o prosseguimento da reclamatória trabalhista, denota claramente uma limitação no direito de ação. Desta forma, afastando da reclamatória seu caráter protetor, contrariando princípios constitucionais do trabalho, como os princípios da proteção, da norma mais favorável, condição mais benéfica e do princípio do *in dubio pro operário*. Princípios estes, que diferiam o processo trabalhista das demais áreas do direito, por seu caráter social, autônomo, o que dá a reclamatória trabalhista um contorno estritamente formal, limitador, indo de encontro aos preceitos de mais acessibilidade e menos formalidades do rito trabalhista, buscados pela Justiça do Trabalho.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Ao modificar a lei, de modo a torna-la menos favorável ao trabalhador, o legislador não observou o

³ NOVAES, Raphaella Neman de; Bissoli, Leandro Guedes (2019). Justiça em números: estudos acerca da (in) eficiência do Processo Judiciário. *Revista Vianna Sapiens*, 10(1), p. 53. Disponível em: <<https://doi.org/10.31994/rvs.v10i1.473>>. Acesso em: 26/11/2020.

⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.111.

⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. ed. 16. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 652.

fim social da Justiça do Trabalho, instituído pela CRFB/1988. Em que pese, a Justiça do Trabalho prime pelo princípio da conciliação, não pode o julgador decidir de outra forma, do que segundo a CRFB/1988, valorando os princípios constitucionais, em detrimento de outras normas, entre outros o princípio da proteção ao trabalhador, para não decidir de forma a contrariar o texto constitucional, que visa diminuir as diferenças sociais através de um processo trabalhista mais acessível e menos formal, “e não há que se falar em imparcialidade do magistrado, uma vez que o trabalhador é tutelado pela própria lei, e não pelo magistrado”.⁶

O princípio da função social do trabalho, busca concomitantemente, o zelo pela subsistência do trabalhador e empregador, visando o bem-estar social, com finalidade de lhe proporcionar uma vida digna, para si e sua família, observando a saúde segurança e crescimento econômico, busca uma sociedade desenvolvida sob o viés da equidade. Para Wagner Giglio⁷, o direito material do trabalho se diferencia dos demais ramos do direito, pela sua importância social transformadora, pelo interesse público em moldar uma sociedade justa, garantindo ao reclamante em face sua vulnerabilidade a tutela de seus direitos, corrigindo desigualdades sociais e econômicas. Diante disso deve-se observar, que toda e qualquer modificação no direito trabalhista, deverá ser no intuito de gerar melhores condições de trabalho.

Diante do exposto, fica claramente em destaque, a importância social da Justiça do Trabalho para a concretização da justiça social, diante da precariedade de políticas públicas e econômicas, o que ocasiona diferenças sociais e econômicas. A Justiça do Trabalho tem por finalidade a aplicação das normas de interesse público segundo a CRFB/1988, no sentido de minimizar diferenças sociais, para tanto, se utiliza de ferramentas tais como as garantias constitucionais do acesso à justiça e da assistência judiciária gratuita.

Sob o viés da função social do trabalho, cabe analisar o princípio da proteção, onde ficam vedadas negociações que sejam prejudiciais ao trabalhador, sob pena de nulidade, de modo que temos direitos indisponíveis. Proibindo modificações contratuais que desfavoreçam o trabalhador, havendo direitos irrenunciáveis, inalienáveis, reconhecidos internacionalmente por acordos internacionais ao qual o Brasil é signatário, relacionados aos direitos humanos.

A primazia do direito trabalhista, atua com base no princípio da conciliação, para dar mais agilidade e economicidade a reclamatória, na busca da aplicação da justiça social, entretanto, há os direitos sociais que são indisponíveis, não podendo ser objeto de negociação, devendo estes serem tutelados pela lei. A função social do da Justiça do Trabalho está, em garantir aos trabalhadores os direitos sociais nos moldes do artigo 6^º e 7^º da CRFB/1988. Para Miriany Cristine Stadler Ilanes⁸ os direitos fundamentais são constituídos por gerações, os individuais e sociais, os primeiros estão relacionados a liberdade, a vida, cidadania, entre outros, limitando o poder do estado, os segundos vieram pela evolução social, quando se percebeu que mais que direito a subsistência, o homem tem direito a uma vida digna e com qualidade de vida, ao passo que o indivíduo se tornou credor de tais direitos em face ao Estado, havendo também os de terceira geração, coletivos e relacionados a preservação do meio ambiente, todos complementares um do outro.

Ao se analisar a mitigação de princípios na reclamatória trabalhista, não se pode banalizar seu contexto histórico, para que se entenda a importância do reconhecimento dos direitos fundamentais. Ao passo em que a sociedade evoluiu e se reconheceu a vulnerabilidade econômica do trabalhador, em face

⁶ GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.67.

⁷ GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. p. 66,67.

⁸ ILANES, Miriany Cristini Stadler; FERNANDES, Rodrigo Flores; ANTUNES, Rosana Maria de Moraes e Silva. **Direito constitucional I** [recurso eletrônico] / Miriany Cristini Stadler Ilanes... et al.; [revisão técnica: Gustavo da Silva Santanna]. Porto Alegre: SAGAH, 2018, p.119. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595024458/cfi/1!/4/4@0.00:42.8>>. Acesso em 25/10/2020.

dos empregadores e seu poder de submissão, se verificou a necessidade de assegurar a efetivação das garantias e direitos fundamentais no processo trabalhista, assim foi possível estabelecer princípios e valores no processo trabalhista, a fim de coibir ultrajes na relação de trabalho, uma vez que o trabalhador, devido sua necessidade, há de se submeter ao empregador, daí a importância de leis e mecanismo de proteção, que assegurem um processo justo e com equidade.

Para Rogério Luiz Nery da Silva e Cristiane Brum⁹ dos Santos a CRFB/1988 em seu artigo 5^a, LXXVIII, §1, positivou estes direitos, de forma a primar pela aplicabilidade e efetivação imediata de direitos e garantias fundamentais. Diante disso é possível dizer que normas que visam obstar a aplicabilidade de tais direitos e garantias, de modo a torná-los ineficazes, são de todo modo inconstitucionais. Contudo é de suma importância, que o direito se mantenha vigilante, as transformações da sociais e suas demandas, que a partir desses acontecimentos, possa se adequar as novas e inúmeras situações jurídicas. Para que assim, não ocorra o retrocesso no âmbito do direito trabalhista, que levem a perda de todo conteúdo histórico social, que inquestionavelmente fundamentam os princípios da proteção, da norma mais favorável, condição mais benéfica, do princípio do *in dubio pro operario* e do acesso à justiça no processo trabalhista.

3. A REFORMA TRABALHISTA E A FLEXIBILIZAÇÃO DE GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

De igual maneira, a lei 13.467/2017 impactou na Assistência Judiciária Gratuita e Gratuidade da Justiça, pois, primeiramente se faz necessário diferenciar uma da outra, sendo que a primeira é mais abrangente, porque engloba as custas, e emolumentos processuais e honorários advocatícios, e será presta da pelo sindicato da categoria, a que pertencer o trabalhador. A segunda está restrita as custas e emolumentos processuais, que a parte terá no decorrer do processo, e será concedida, desde que a parte comprove sua hipossuficiência, ou poderá ser concedida de ofício pelo magistrado, cabendo também ao empregador, ser beneficiário da Gratuidade da Justiça, desde que fundamentadamente comprove sua incapacidade econômica. Entretanto, com a referida lei o legislador tornou obrigatório comprovação documental da hipossuficiência da parte reclamante, o que antes poderia ser feito, por declaração do próprio reclamante ou por seu advogado nos autos da reclamatória.

Segundo a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), verifica-se a obrigatoriedade e a necessidade da presença de sindicatos nas negociações coletivas, a fins de impedir que garantias e direitos sociais sejam lesados, seguindo os princípios internacionais, conforme orientação da Organização Internacional do trabalho (OIT)¹⁰. Diante disso se levanta a questão da não obrigatoriedade, da contribuição sindical, estabelecida pelo artigo 545 da Lei 1.3467/2017, uma vez que que a contribuição se destina ao uso na defesa de interesse público, coletivo, e estará à disposição do trabalhador sendo ele filiado ou não ao sindicato, se assemelhando a tributos que compulsoriamente são cobrados, sendo utilizado ou não o serviço público, basta estar à disposição do contribuinte, conforme artigo 145, da CRFB/1988.

Desta forma percebe-se a contrariedade legislativa, onde uma norma torna obrigatório em interesses coletivos a presença do sindicato, bem como na prestação da assistência judiciária gratuita, e a

⁹ DA SILVA, Rogério Luiz Nery; DOS SANTOS, Cristiane Brum. Reflexos da proibição de retrocesso na efetividade dos direitos sociais: limites aos limites dos direitos sociais na deflagração de crise econômica. *Revista Brasileira de Direito*, 2017, Vol.13(2), pp.120-136. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1515/1213>>. Acesso em:20/10/2019.

¹⁰ ANAMATRA, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Reforma trabalhista: Brasil viola convenção internacional sobre negociação coletiva, reitera OIT**. 04 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/impressa/noticias/28227-reforma-trabalhista-brasil-viola-convencao-internacional-sobre-negociacao-coletiva-reitera-oit>>. Acesso em: 02/11/2020.

outra afasta a obrigatoriedade da contribuição sindical. Para Arnaldo Pipek¹¹, esse ponto é positivo uma vez que tira os sindicatos de sua zona de conforto.

Outra arbitrariedade, constatada se refere a súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que torna obrigatório que a parte concomitantemente, esteja assistida pelo sindicato da categoria profissional e tenha comprovado sua hipossuficiência, para ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, e também para que a parte sucumbente, seja condenada aos honorários sucumbenciais, caso contrário, terá que arcar com honorários advocatícios, caso esteja assistida por procurador particular, o que obsta o Acesso à Justiça contrariando os fundamentos da Assistência Judiciária Gratuita. Uma vez que a parte entra com ação para reaver créditos trabalhistas, que são verbas alimentícias, fundamentais a sua subsistência, e estes honorários incidiram sobre estes créditos.

Outra inconsistência trazida pela reforma trabalhista, é a incidência de honorários sucumbenciais sobre créditos trabalhistas, ainda que auferidos em outra reclamatória, mesmo a parte sendo beneficiária de Assistência Judiciária Gratuita, nos moldes do artigo 791-A da Lei 13.647/2017, que denota de inconstitucionalidade. Os honorários, geram uma obrigação ao sucumbente em face ao vencedor, mesmo que seja este beneficiário da assistência judiciária gratuita, ficando a obrigação suspensa por dois anos. Ocorre que esta cobrança poderá incidir sobre créditos trabalhista, de natureza alimentar, mesmo que auferidos em outra reclamatória. Tanto se questiona a constitucionalidade sobre o dispositivo 791-Aº, §4 da Lei 13467/2017, que o próprio Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5766, para ele os créditos trabalhistas são essenciais a subsistência do trabalhador não devendo de forma alguma incidir sobre elas os honorários sucumbenciais, para não atacar o princípio da dignidade da pessoa humana ao comprometer a subsistência do reclamante.¹²

Observa-se também, inconsistência na alteração no art. 844, §2ª e § 3ª da CLT, pela Lei 13.467/2017, referente a condenação de custas, por não comparecimento na inicial, como forma de pressuposto para nova ação, se não justificado em prazo hábil, considerando que o reclamante é beneficiário da assistência judiciária gratuita, também demonstra inconstitucionalidade, contrariando os preceitos do acesso à justiça e o Direito de Ação, uma vez que, intimida a parte a ingressar na justiça e a postular direitos, obsta seu acesso à justiça, atacando direitos fundamentais e consequentemente o princípio da dignidade humana, devendo ser revista com ponderação.¹³

Outro ponto que chama a atenção, é a acerca do artigo 790-B da lei 13.467/2017, que dispõem sobre honorários periciais, onde constata-se uma forte mitigação ao Acesso à Justiça e o Direito de Ação, e consequentemente ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que obsta que a parte, vulnerável economicamente, postule direitos fundamentais, ligados a condições dignas de trabalho no ambiente laboral, referentes a saúde, insalubridade e segurança do trabalho, onde a prova pericial é obrigatória. De acordo com o referido artigo, na sucumbência parcial, se a parte for sucumbente em pedidos que são necessários prova pericial, a parte arcará com os honorários periciais. Desta forma sendo motivo de reprovação, tal imposição ao trabalhador, que postula por demandas as quais são indissociáveis de perícia, principalmente em atividades insalubres, que presam pelo mínimo concebível de dignidade no

¹¹ PIPEK, Arnaldo. **Reforma trabalhista** [livro eletrônico] / Arnaldo Pipek, Alexandre Lauria Dutra, Isabella Magano. São Paulo: Blucher, 2017, p.54. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788521212690/cfi/6!4/4@0.00:44.9>>. Acesso em: 05/11/2020.

¹² STF. **PGR questiona dispositivos da reforma trabalhista que afetam gratuidade da justiça**. 28 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353910>>. Acesso em: 24/10/2020.

¹³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos; BITTAR, Ricardo Antônio Hajel Filho. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 349. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025040/cfi/6!10!4/8/2@0:40.2>>. Acesso em: 10/11/2020.

ambiente laboral.

Para a ANAMATRA, conforme a OIT o artigo 442 da CLT, afronta a Convenção nº 98, uma vez que a forma de contratação prevista, para o autônomo, torna evidente o incentivo à precariedade de contratos realizados conforme o dispositivo em questão, balizando a atuação de sindicatos na proteção destes trabalhadores¹⁴. Segundo ANAMATA, os dispositivos 611-A e 611-b, que dispõem em negociação coletivas de normas inerentes a garantias e direitos fundamentais, afastando assim o judiciário e o controle de constitucionalidade, causou grande preocupação da parte da OIT¹⁵. Ocorre que o Brasil é signatário, de acordos relacionados a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e está obrigado aos seus regulamentos, uma vez que ratificou estes tratados, seus regulamentos e princípios se integralizam ao ordenamento jurídico interno, com status de emenda a CRFB/1988, com caráter supralegal, em se tratando de matéria de direitos humanos, podendo ser responsabilizado, como disposto no Art. 5ª, §3ª e §4ª da CRFB/1988.

Para Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Antonio Hajel Filho Bittar¹⁶, o acesso à justiça para o hipossuficiente, só é possível quando não haja a obrigatoriedade de pagamentos de custas, como obstáculo para o indivíduo exercer seu direito de ação, e ter a devida prestação jurisdicional por parte do Estado, e aí percebe-se que falamos em direito de ação também uma garantia constitucional. Tais cobranças obstam o acesso amplo a justiça em sua integralidade.

Desta maneira, sob o prisma da limitação financeira, torna-se questionável a imposição de custas e honorários para a parte vulnerável. Demonstrando-se a norma atual menos benéfica e favorável, razão de que se questiona a constitucionalidade e abre um amplo debate a respeito, no judiciário tramitam várias ações de inconstitucionalidade (ADI), que tem por objetivo discutir modificações de caráter restritivo ao benefício da assistência judiciária gratuita e o direito de ação, do acesso à justiça, na reclamatórias trabalhista, e na aplicação de princípios constitucionais orientadores do direito do trabalho, mediante tais alterações.

4. A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL AO RETROCESSO SOCIAL

O judiciário no Brasil, bem como em outras partes do mundo, sofre pela grande demanda, e uma sobrecarga de processos, a serem julgados. Por vezes, esse fator pode gerar de certa forma uma dificuldade, influenciando no acesso à justiça. Entretanto, diante dessa prática o legislador, limitou também, a defesa de direitos fundamentais e garantias de interesse público e social, atacando princípios constitucionais, e internacionais de proteção ao trabalhador. O que abre discussões sobre a eficácia deste método, uma vez que, ao atacar princípios basilares do Direito do Trabalho, enseja mais ajuizamentos de demandas, reclamando tais direitos e Ações de Diretas de Inconstitucionalidade.¹⁷

¹⁴ ANAMATRA, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Direito Sindical: Anamatra participa de evento promovido por advogados trabalhistas.** 04 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/28226-direito-sindical-anamatra-participa-de-evento-promovido-por-advogados-trabalhistas>> acesso em: 02/11/2020.

¹⁵ ANAMATRA, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Reforma trabalhista: Brasil viola convenção internacional sobre negociação coletiva, reitera OIT.** 04 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/28227-reforma-trabalhista-brasil-viola-convencao-internacional-sobre-negociacao-coletiva-reitera-oit>> Acesso em: 02/11/2020.

¹⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro dos; BITTAR, Ricardo Antônio Hajel Filho. **Curso de direito processual do trabalho.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2020 p.348-349. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025040/cfi/6/10!/4/8/2@0:40.2>>. Acesso em: 10/11/2020.

¹⁷ SANTOS, Enoque Ribeiro dos; BITTAR, Ricardo Antônio Hajel Filho. **Curso de direito processual do trabalho.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p.1009. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025040/cfi/6/10!/4/8/2@0:40.2>> acesso em: 10/11/2020.

Por outro viés, verifica-se a abstração desta fundamentação, diante da modificação da norma de natureza constitucional, uma vez que existem mecanismos que podem prevenir o ajuizamento de reclamações, prevenindo que direitos e garantias sejam lesados durante a relação de trabalho. Por vezes, a prática de ludibriar funcionários em relação aos seus direitos, acarreta futuramente em demandas trabalhistas, gerando gastos significativos para as empresas, que deixam de pagar direitos trabalhistas, para pagar mais tarde com multas, e também para o judiciário, uma vez que o trabalhador buscará a tutela de seus direitos no judiciário, para isso utilizará a assistência judiciária gratuita ou a gratuidade da justiça. E aí, nota-se a importância de agir de acordo aos regulamentos, normas e princípios internacionais do trabalho, como na estrutura do *compliance*. Assim futuras demandas, seriam melhor evitadas contribuindo de forma diminuir a sobre carga do judiciário, também considerando que empresas e investidores, preocupados com valores sociais, procuram parcerias com empresas que não sejam alvo de ações trabalhista, e que observam a leis ambientais.¹⁸

Demonstra-se crucial à presente pesquisa, perquirir sobre a vedação constitucional em relação ao retrocesso social, que nada mais é, que a temeridade de que leis emanadas do legislador venham a suprimir garantias fundamentais e direitos sociais, estabelecidas pelo poder constituinte da CRFB/1988. Para tanto, seria cabível que através destas práticas em um processo legiferante, se estabeleçam leis menos benéficas, que levem ao retrocesso social. A conquista de leis trabalhistas em todo âmbito jurídico se deram a passos curtos, desta forma sendo preocupante, que modificações nas leis que tutelam garantias e direitos sociais se deem a passos largos, para que não tenhamos instalado o temido retrocesso social.

Como mecanismo de defesa, nesse processo, a CRFB/1988 e o Direito Constitucional, como controlador da atividade legislativa, em todas as matérias de ordem constitucional segundo Paulo Hamilton Siqueira Jr.¹⁹, a finalidade da CRFB/1988 é de limitação Estatal, nas políticas ideológicas preservando políticas públicas, os direitos fundamentais e sociais estabelecidos por ela. Em consonância, deve-se observar o princípio constitucional da coisa julgada, ato jurídico perfeito, que está atrelado a vedação constitucional do retrocesso social da CRFB/1988, instrumentos que impedem que, mudanças na lei retire do trabalhador garantias direitos sociais conquistados por lei anterior, através do controle de constitucionalidade. Medidas sociais e políticas públicas devem ser adotadas constantemente, para acompanhar a evolução social. Ocorre que para tanto, devem ser observados o princípio da função social do trabalho e da livre iniciativa, conforme a CRFB/1988. Valorando os princípios e garantias sociais, observando, a saúde, a segurança e o bem-estar do trabalhador e empregador, possibilitando seu desenvolvimento econômico e social na obtenção do seu sustento e de sua família, para a construção de uma sociedade pautada na equidade.

As flexibilizações das leis trabalhista, garantias e direitos sociais, através de convenções e acordos coletivos, impactaram negativamente sobre as relações de trabalho, contrariando a vedação constitucional da CRFB/1988 ao retrocesso social, bem como, o princípio constitucional da coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o princípio da supremacia da CRFB/1988.²⁰

Notadamente as flexibilizações de direitos trabalhistas, geram um eminente risco as garantias e

¹⁸ CARVALHO. **Manual de Compliance** /coordenação André Castro Carvalho, Tiago Cripa Alvim, Rodrigo Bertocelli, Otavio Venturini. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.161. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989576/cfi/6/8!/4/2/4@0:39.5>> acesso em: 05/10/2020.

¹⁹ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton **Direito processual constitucional** / Paulo Hamilton Siqueira Jr. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.35. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547213152/cfi/121!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 05/10/2020.

²⁰ SANTOS, Enoque Ribeiro dos; BITTAR, Ricardo Antônio Hajel Filho. **Curso de direito processual do trabalho** – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2020, p.1009. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025040/cfi/6/10!/4/8/2@0:40.2>>. Acesso em: 10/11/2020.

direitos sociais, nas relações de trabalho e no ambiente laboral através de contratos precários, afastando o judiciário de tais negociações e o controle de constitucionalidade das normas adotadas por estes acordos, de forma a balizar o magistrado, ao julgar lides onde se discute matérias estabelecidas negociações e acordos coletivos, conforme o princípio da intervenção mínima ao negócio jurídico.²¹

Considerando o poder de transformação social do trabalho, percebe-se que a Justiça do Trabalho exerce um papel fundamental para aplicação da justiça social. Gilberto Sturmer²², aduz que não cabe mais a expressão “capital versus trabalho” e sim “econômico e social”, para demonstrar assim a evolução, do que se espera da realidade, pautada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa.

5. O DUMPING SOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E NO AMBIENTE LABORAL

A flexibilização das normas trabalhistas vem fundamentada, no incentivo a economia, e na livre negociação. Colocando em dúvida a irrenunciabilidade, inalienabilidade de direitos fundamentais, comprometendo a função social do trabalho, num cenário onde serão objetos de negociação, salários, jornadas de trabalho, insalubridade, intervalo intrajornada e interjornada, o que remete o presente estudo ao *dumping* social nas relações de trabalho e ambiente laboral.

Para que se entenda quais fatores as impulsionam e quais os impactos dessas práticas, nas relações de trabalho e no ambiente laboral, é necessário abordar acerca do *dumping* social, onde empresas se utilizam de sistemas jurídicos precários, e da inexistência de obrigações sociais, trabalhistas e ambientais, para reduzir seus custos de produção e aumentar seus lucros, causando danos sociais e ambientais, atingindo direitos de ordem pública.

Para Leandro Fernandes²³ essa realidade, surge em decorrência das evoluções tecnológicas e da informação, o que possibilita a dissociação física da produção de determinadas empresas, impondo uma nova realidade no ambiente laboral e nas relações de trabalho, inserida pela globalização da mão de obra, que torna possível que uma empresa estabeleça sua linha de produção em vários locais do mundo. Para o autor, o resultado disso é uma precariedade nos contatos de trabalho e um empobrecimento dessa grande parcela da população, impactando tragicamente na realidade social deste meio. Ainda para o autor²⁴, tais práticas reiteradas, são combatidas e recriadas pelo ordenamento jurídico, devendo-se responsabilizar quem às pratica a indenizar pelos danos sociais causados. Sendo que estes danos atingem direitos de interesse público, em âmbito internacional, para o autor “Os danos sociais consistem na lesão a direitos ou interesses de natureza extrapatrimonial transindividual consagrados no ordenamento jurídico.”

Para Rogério Luiz Nery da Silva e Cristiane Brum dos Santos²⁵, crises econômicas influenciam num processo de mitigação de direitos e garantias sociais, com risco de restringir o exercício da cidadania, de forma a enfraquecer as leis que os tutelam.

²¹ MARTINEZ, Luciano Reforma trabalhista – **entenda o que mudou: CLT comparada e comentada** / Luciano Martinez. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.28. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610129/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em 12/05/2020.

²² STÜRMER, Gilberto. **Direito constitucional do trabalho no Brasil**. São Paulo Atlas 2014, p.128. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492305/cfi/0!/4/4@0.00:66.1>>. Acesso em: 26/10/2020.

²³ FERNANDEZ, Leandro **Dumping social**/Leandro Fernandez. São Paulo: Saraiva, 2014, p.85. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502212916/cfi/4!/4/2@100:0.00>>. Acesso em 20/10/2020.

²⁴ FERNANDEZ, Leandro **Dumping social**/Leandro Fernandez. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 93. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502212916/cfi/4!/4/2@100:0.00>>. Acesso em 20/10/2020.

²⁵ DA SILVA, Rogério Luiz Nery; DOS SANTOS, Cristiane Brum. **Revista Brasileira de Direito**, 2017, Vol.13(2),p.120,136. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1515/1213>>. Acesso em: 20/10/2019.

Para Antônio Cesar Bochenek²⁶ o neoliberalismo influencia o judiciário, usando de mecanismos para se beneficiar, e avançar na implementação de flexibilizações de leis trabalhista, em face ao poder econômico. Deste modo, propiciando que condições menos benéficas sejam adotadas em detrimento das anteriores, havendo uma precarização no ambiente laboral e nas relações de trabalho e conseqüentemente o retrocesso social. O legislador e o judiciário, desta forma, deixam de valorar princípios considerados tripé para aplicação da própria lei trabalhista, atacando diretamente estes princípios que seriam o princípio da norma mais favorável, da condição mais benéfica e do *in dubio pro operário*. Por vezes, diante de crises econômicas e políticas, políticas públicas ao favorecerem o empresário, com intuito de alavancar a economia ou até mesmo recuperação econômica, adotam medidas que restringem direitos e garantias sociais, se fazendo cada vez mais necessário a atuação dos magistrados e tribunais, na defesa destes direitos.²⁷ Tais supressões impactam negativamente sobre uma grande parcela da população, causando o retrocesso social, entrando em choque com o princípio da função social do trabalho.

Para Antônio Cesar Bochenek conforme Santos²⁸, a limitação em usar de mecanismos interpretativos segundo a CRFB/1988 por parte dos tribunais, no momento de julgar as lides, leva a um agravamento das diferenças sociais. Impactando no meio social, e político de um país, de forma a tornar o Estado interventor nas garantias e direitos sociais, e liberdades. Por tanto, é importante entender que toda e qualquer modificação, na esfera trabalhista, decorre de transformações sociais, e da mesma forma, impactam de alguma maneira na realidade social de um país ou de um povo, a curto ou a longo prazo.

Diante de todas essas propostas de mudanças, quando se fala de acordos coletivos, deve-se colocar em evidencia, a imprescindibilidade do diálogo Tripartite, estabelecido pela OIT, onde se viabiliza a discussão entre representante de governos, representante dos trabalhadores e representante da classe empresaria, acerca das normas trabalhistas e políticas públicas de aplicação da justiça social no âmbito do ambiente laboral, e também da supremacia legal das convenções ratificadas e integralizadas ao ordenamento jurídico interno, que em se tratando de direitos humanos tem status de emenda constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, no presente estudo, percebe-se a necessidade da impetração de políticas públicas sociais, e do alinhamento jurídico internacional, no sentido de identificar, combater e punir, ações que visam enfraquecer a efetivação da justiça social, levando a mitigação de direitos e garantias fundamentais. Reforçando a importância da autonomia dos magistrados, tribunais e das Organizações Internacionais como a OIT, no âmbito da Justiça do Trabalho, conseqüentemente do processo trabalhista, através da manutenção de princípios, balizadores de ações como a do dumping social nas relações do trabalho e ambiente laboral, que visam enfraquecer direitos e garantias através de flexibilizações das leis, que tutelam estes direitos e garantias sociais.

Posto isto, constata-se a inobservância, da vedação constitucional ao retrocesso social, do princípio da segurança jurídica, e do princípio da supremacia da Constituição Federal, na composição da Lei 13.467/2017. Uma vez que, a reforma trabalhista, em muitos de seus dispositivos, visa balizar a atuação do

²⁶ BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais e cíveis brasileiros**-Brasília; CJF, 2013, p.211.

²⁷ SANTOS, Enoque Ribeiro dos; BITTAR, Ricardo Antônio Hajel Filho. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p.1009. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025040/cfi/6/10!/4/8/2@0:40.2>>. Acesso em: 10/11/2020.

²⁸ BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais e cíveis brasileiros**-Brasília; CJF, 2013, p.52.

Judiciário e o controle constitucional, restringir o Acesso à Justiça e limitar o Direito de Ação, flexibilizando a norma de forma a torná-la menos favorável ao trabalhador, levando ao retrocesso social. Aproximando cada vez mais a reclamatória trabalhista, ao processo civil e a justiça comum, questionando a autonomia do processo trabalhista, e seu rito menos formal. Mitigando princípios inerentes a Justiça do Trabalho, como o princípio da norma mais favorável, da condição mais benéfica e do *in dubio pro operario*. Diante do exposto se constata a mitigação acentuada das garantias constitucionais do Acesso à Justiça e da Assistência Judiciária Gratuita.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANAMATRA. **Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho**. Reforma trabalhista: Brasil viola convenção internacional sobre negociação coletiva, reitera OIT. 04 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/28227-reforma-trabalhista-brasil-viola-convencao-internacional-sobre-negociacao-coletiva-reitera-oit>> Acesso em: 02/11/2020.

ANAMATRA. **Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho**. Direito Sindical: Anamatra participa de evento promovido por advogados trabalhistas. 04 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/28226-direito-sindical-anamatra-participa-de-evento-promovido-por-advogados-trabalhistas>>. Acesso em: 02/11/2020.

BOCHENEK, Antônio Cesar. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça**: análise de experiências dos juizados especiais federais e cíveis brasileiros - Brasília; CJF, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em: 15/10/2020.

BRASIL. **Lei 13.467/de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 20/10/2020.

CARVALHO. **Manual de Compliance** / coordenação André Castro Carvalho, Tiago Cripa Alvim, Rodrigo Bertocelli, Otavio Venturini. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989576/cfi/6/8!/4/2/4@0:39.5>>. Acesso em: 05/10/2020.

DA SILVA, Rogério Luiz Nery; DOS SANTOS, Cristiane Brum. Reflexos da proibição de retrocesso na efetividade dos direitos sociais: limites aos limites dos direitos sociais na deflagração de crise econômica. **Revista Brasileira de Direito**, 2017, Vol.13(2), pp.120-136. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1515/121>>. Acesso em: 20/10/2019.

FERNANDEZ, Leandro. **Dumping social** / Leandro Fernandez. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502212916/cfi/4!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 20/10/2020.

GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. 11. ed. - São Paulo: Saraiva, 2000.

ILANES, Miriany Cristini Stadler; FERNANDES, Rodrigo Flores; ANTUNES, Rosana Maria de Moraes e Silva.

Direito constitucional I [recurso eletrônico] / Miriany Cristini Stadler Ilanes et al.; [revisão técnica: Gustavo da Silva Santanna]. – Porto Alegre: SAGAH, 2018. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595024458/cfi/1!/4/4@0.00:42.8>>. Acesso em: 25/10/2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. - São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma trabalhista** – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada / Luciano Martinez. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610129/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 12/05/2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 20. ed. - São Paulo: Saraiva, 2001.

NOVAES, Raphaella Neman de; Bissoli, Leandro Guedes. **Justiça em números**: estudos acerca da (in) eficiência do Processo Judiciário. Revista Vianna Sapiens, 10(1), 20. Disponível em:<<https://doi.org/10.31994/rvs.v10i1.473>>. Acesso em: 26/11/2020.

PIPEK, Arnaldo. **Reforma trabalhista** [livro eletrônico] / Arnaldo Pipek, Alexandre Lauria Dutra, Isabella Magano. São Paulo: Blucher, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788521212690/cfi/6!/4/4@0.00:44.9>>. Acesso em: 05/11/2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; BITTAR, Ricardo Antônio Hajel Filho. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025040/cfi/6/10!/4/8/2@0:40.2>>. Acesso em: 10/11/2020.

STÜRMER, Gilberto. **Direito constitucional do trabalho no Brasil** - São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492305/cfi/0!/4/4@0.00:66.1>>. Acesso em: 26/10/2020.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. Paulo Hamilton Siqueira Jr. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547213152/cfi/121!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 05/10/2020.

STF. PGR questiona dispositivos da reforma trabalhista que afetam gratuidade da justiça. 28 de agosto de 2017. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353910>>. Acesso em: 24/10/2020.

A PANDEMIA DA COVID-19 E SEU ENQUADRAMENTO NA SOCIEDADE DE RISCO MUNDIAL: UM ENFOQUE NAS POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS BRASILEIRAS

Gabriel Dil¹

Hellen Sudbrack²

INTRODUÇÃO

Os intensos movimentos sociais ao longo dos últimos anos inauguram uma nova era na humanidade. Pessoas podem se deslocar em questão de horas para outros continentes, e, além disso, se comunicar com os mais distantes locais do mundo se utilizando da versatilidade propiciada pela tecnologia.

Nesse cenário evolutivo, o que não se esperava – ou já se poderia prever – era que uma pandemia avassaladora se alastrasse tão rapidamente por todos os continentes, fazendo com que pessoas mudassem de rotina frente a gravidade do vírus, ao elevado número de mortes e ante ao propício risco de contaminação.

Ao se deparar ante a essa situação, governantes de todas as esferas públicas se viram diante da necessidade de elaborar políticas públicas de enfrentamento e combate à pandemia. Nessa órbita, muitos países elaboraram meios inteligentes na tentativa de conter o avanço do vírus, o que não foi o caso do Brasil.

Nosso país vem enfrentando, no decorrer dos últimos anos, crises nas mais variadas áreas sociais, e não foi diferente ante a chegada da pandemia ao território nacional. Isso pode ser percebido ao se analisar as condutas do Presidente da República, baseadas na indiferença e na desorientação, além de promover uma crise política inserida nesse delicado cenário que estamos vivenciando.

É com vistas a analisar de forma crítica referida realidade que se sustenta a problemática objeto da presente pesquisa, que buscará delimitar o mundo envolto por uma “sociedade de risco mundial” e, inserido nisso, verificar a situação e as atitudes tomadas pelo governo brasileiro na busca pela superação de mais uma crise que demonstra efeitos drásticos em todas as áreas da sociedade.

O estudo embasa-se na lógica operacional do método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa. No que tange a seus procedimentos técnicos, a pesquisa será bibliográfica, através do embasamento em doutrinas, estudos científicos, notícias e materiais afins.

A divisão do estudo se perfará estruturada em três partes. Na primeira, se buscará elucidar e delimitar os aspectos em torno da sociedade de risco, relacionando-a com o cenário alcançado pela humanidade no que diz respeito às crises multifatoriais. A segunda parte buscará delimitar as crises sanitárias e quais os efeitos dela decorrentes, enfatizando a pandemia da Covid-19. A terceira parte, por

¹ Mestrando em Direito na linha Jurisdição Constitucional e Democracia na Universidade de Passo Fundo, com bolsa CAPES (modalidade II). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro/RJ. Pós-graduando em Direito Médico pela Faculdade CERS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Advogado inscrito na OAB/RS sob o nº 111.168. E-mail: adv.gabrieldil@gmail.com. Fone: (54) 9 9616-4499.

² Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – Linha de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia; Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo, Campus Carazinho - 2018; Coqueiros do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil. Chefe de Gabinete na Prefeitura Municipal de Coqueiros do Sul; e-mail he.sudbrack@gmail.com.

sua vez, se reservará a visualizar quais os parâmetros das ações governamentais brasileiras quanto ao combate à pandemia da Covid-19.

1. AS CRISES MULTIFATORIAIS NA SOCIEDADE DE RISCO MUNDIAL

Os riscos traduzidos na sociedade atual conferem abertura ao que se denomina de ameaças civilizacionais. São riscos que afetam desde o economicamente menos favorecido e alcançam até o mais elevado patamar da riqueza. Essas ameaças constituem formas que não respeitam limites geográficos e, ademais, perpetuam-se por todos os territórios, indistintamente.

As intensas e frequentes crises enfrentadas pela humanidade ao longo dos anos traduzem essa realidade que Ulrich Beck visualizava já na década de oitenta. Pautado em uma das maiores ameaças nucleares de todos os tempos, o sociólogo alemão denominou de sociedade de risco o contexto social inaugurado por ameaças, perigos e incertezas.

Nesse ínterim, é cediço que a humanidade vem enfrentando - mais precisamente nos últimos anos e com ênfase no presente - um cenário avassalador de crises. Somando a todas já enfrentadas e às que ainda se enfrenta, chega uma pandemia para esparramar maiores incertezas e promover, apressadamente, ainda mais desgastes e rupturas na humanidade.

Situações como a vivenciada retratam a vulnerabilidade cada vez maior de todo o contexto social, no qual se destacam a indiferença, o desrespeito e o fato de que pessoas não possuem o controle dos acontecimentos que as rodeiam.

O que não se vê, contudo, é que muitos – para não dizer todos – os acontecimentos decorrentes das crises dos últimos anos possuem alguma relação ou decorrem diretamente da ação do homem. As crises que encontram consequências nos diversos setores e contextos sociais somente vêm para traduzir o nível da ação humana em termos de perigos e ameaças.

Edgar Morin trata das crises como fenômenos complexos e profundamente ambivalentes, que provocam e estimulam incertezas perante as situações cotidianas da vida humana. Essa ambivalência, conforme o autor, diz respeito a situações frente as quais não se sabe ao certo qual é verdadeira³. Nota-se, portanto, uma clara descrição das crises como “situações de ameaça global⁴” que surgem e distribuem efeitos para toda a humanidade.

Nessa esteira se visualizam crises dos mais variados âmbitos, dentre as quais é possível citar crises no ecossistema, crises econômicas, crises sanitárias, crises políticas, crises religiosas, crises na área da saúde, crises na educação, na garantia e proteção de direitos fundamentais às pessoas. Não se faz possível citar todas, eis que se verifica que o mundo no qual vivemos está envolto de cenários conflituosos, propiciando o que se denomina crises multifatoriais.

Muito disso se relaciona com a deficiência do pensamento atual quanto a avanços em busca de tentar amenizar as consequências dos riscos. De acordo com Morin,

“[...] una de las tragedias del pensamiento actual es que nuestras universidades y grandes écoles producen especialistas, cuyo pensamiento está totalmente compartimentado. El economista sólo verá la dimensión económica de las cosas, tanto como el religioso o el demógrafo verán las suyas, y todos chocarán con la dificultad de concebir las relaciones entre dos dimensiones. La inteligencia que sólo

³ MORIN, Edgar. **Comprender el mundo del futuro**. In: MORIN, Edgar; VIVERET, Patrick (Org.). Como vivir en tiempos de crisis. Barcelona: Icaria editorial, 2011, p 15.

⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 25.

sabe separar rompe la complejidad del mundo en fragmentos que no encajan, y disminuye las probabilidades de comprensión y de reflexión. Así pues, a medida que los problemas se vuelven planetarios, mayor es la dificultad en pensarlos; cuanto más progresa la crisis, más progresa la incapacidad de pensarla⁵”.

É notável que ambos os contextos da sociedade precisam se autocompletar e lançar visões aos seres humanos⁶ como membros pertencentes a cada um desses sistemas. Nessa lógica, Morin pondera que “si no se tienen esas múltiples sensibilidades a la ambigüedad, a la ambivalencia (o a la contradicción), a la complejidad, se tiene muy poca capacidad para comprender el sentido de los acontecimientos” [...] (20).

Esse cenário incerto retratado pela realidade atual pode ser atrelado ao fenômeno da modernização, tanto como causa quanto como consequência. Beck já previa que, em um futuro próximo, a humanidade, sofreria os efeitos decorrentes de suas próprias ações. Por modernização é possível compreender os fenômenos que foram surgindo com o decorrer dos anos, conferindo maior facilidade nas ações humanas, mas ao mesmo tempo, deixando rastros negativos.

Nessa linha, Barbieri explica que as relações apresentadas entre a modernização e o surgimento de riscos na sociedade mundial pode ser verificada através da crescente degradação ambiental causando a alteração do meio natural e a evolução e desenvolvimento dos meios de transporte, que estreitaram distâncias entre as pessoas⁷.

Ao inserir os riscos como fatores que “ameaçam a vida no planeta, sob todas as suas formas⁸”, Ulrich Beck inaugura uma visão que muitos ainda não perceberam: as ameaças atuais não mais se resumem nas antigamente ocorridas, perceptíveis pelos seres humanos. As ameaças de hoje, traduzidas em riscos civilizatórios, “escapam à percepção, ficando pé sobretudo na esfera das fórmulas físico-químicas⁹”.

É nessa lógica que os riscos retratam as consequências futuras – caracterizadas por incertezas e ameaças – que a humanidade virá a sofrer algum dia. Assim, os riscos têm a ver com antecipação, pois elucidam “destruições que ainda não ocorreram, mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje¹⁰”.

Assim:

[...] Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo todavia inexistente, construído e fictício como “causa” da vivência e da atuação presente. Tornamo-nos ativos hoje para evitar e mitigar problemas ou crises do amanhã ou do depois de amanhã, para tomar precauções em relação a eles – ou então justamente não. [...] Na discussão com o futuro, temos portanto de lidar com uma “variável projetada”, com uma “causa projetada” da atuação (pessoal e política) presente, cuja relevância e significado crescem em proporção direta à sua incalculabilidade e ao seu teor de ameaça, e que concebemos (demos de conceber) para definir e organizar a nossa atuação presente¹¹”.

⁵ MORIN, Edgar. **Comprender el mundo del futuro**, p. 19.

⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**, p. 36.

⁷ BARBIERI, Mariana. **COVID-19 e os riscos da modernidade: modernização como causa e como consequência**. 12 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/covid-19/covid-19-e-os-riscos-da-modernidade-modernizacao-como-causa-e-como-consequencia/>. Acesso em 30. mai. 2020.

⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**, p. 26.

⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**, p. 26.

¹⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**, p. 39.

¹¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**, p. 40.

A sociedade atual, denominada de risco, nos faz se atentar para o fato de que vivemos uma realidade de incertezas e que espalha estranhezas. De acordo com Jover, “más que nunca ahora se manifiesta la dificultad de pensar y vivir la relación entre nuestra inteligencia y nuestras emociones [...]”¹². Nessa lógica, cumpre tecer uma análise acerca da pandemia da Covid-19 e das principais consequências por ela deixadas na sociedade mundial.

2. A CRISE SANITÁRIA PROVOCADA PELA PANDEMIA DA COVID-19

As últimas décadas nos surpreenderam com acontecimentos inesperados baseados justamente nas consequências dos atos humanos. Enquanto que a humanidade passava seus dias investidos na cega rotina de ir e vir, um vírus devastador denominado Covid-19 surge, em tese, em território chinês – uma das maiores economias mundiais.

Não demorou até que se alastrasse por todos os continentes. Enquanto que a expansão da acessibilidade territorial por meio das linhas aéreas facilitou o contato entre países, também abriu caminhos para que, junto desse trânsito ilimitado, a pandemia pudesse se disseminar de maneira mais rápida e alcançar repentinamente muitos receptores no globo terrestre.

Verifica-se que a proliferação do vírus não analisa classes sociais e nem se reduz a determinados territórios. Por mais que ricos e poderosos possam se privar de sair de suas casas, a gravidade da pandemia não se rende a posições e classes sociais, pois infecta “abusadores, oficinistas, educadoras, asesinos, ladrones, activistas, médicos, ministros de gobiernos, abogadas, etc., es decir, vidas (biológicas) humanas”¹³.

O que muitos não analisam, contudo, é que grande parcela da população precisa enfrentar os riscos da pandemia pois não lhes resta outra alternativa a não ser trabalhar para manter seu sustento. É nessa lógica que instrui Butler, quando pondera que

[...] El virus no discrimina. Podríamos decir que nos trata por igual, nos pone igualmente en riesgo de enfermar, perder a alguien cercano y vivir en un mundo de inminente amenaza. Por cierto, se mueve y ataca, el virus demuestra que la comunidad humana es igualmente frágil¹⁴.

A pandemia desbravou realidades que jamais poderiam ser encaradas se a sociedade permanecesse agindo da maneira como vinha. De acordo com González, a pandemia exigiu da humanidade uma espécie de hospitalidade sem restrições para com um hospede indesejado¹⁵. A humanidade está, portanto, completamente imersa de indecisões e complexidades.

A exigência de isolamento social como modo de conter o alastramento do vírus inaugura uma realidade que se torna mais dificultosa para muitos atores sociais. A “quarentena” revela o “sofrimento humano injusto causado pela exploração capitalista, pela discriminação racial e pela discriminação sexual”¹⁶.

É viável destacar que, por ser o Brasil um dos países que mais representa a desigualdade no mundo,

¹² JOVER, Daniel. Prólogo. Un cuaderno de esperanza. In: MORIN, Edgar; VIVERET, Patrick (Org.). **Como vivir en tiempos de crisis**. Barcelona: Icaria editorial, 2011, p 8.

¹³ GONZÁLEZ, Gustavo Yañes. **Fragilidad y tiranía (humana) en tiempos de pandemia**. In: AGAMBEN, Giorgio; SLAVOJ, Žižek; NANCY, Jean Luc *et al.* **Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias**. Editorial Aspó, 2020, p. 140.

¹⁴ BUTLER, Judith. El capitalismo tiene sus límites. In: AGAMBEN, Giorgio; SLAVOJ, Žižek; NANCY, Jean Luc *et al.* **Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias**. Editorial Aspó, 2020, p. 60.

¹⁵ GONZÁLEZ, Gustavo Yañes. **Fragilidad y tiranía (humana) en tiempos de pandemia**, p. 140.

¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. [Recurso eletrônico] Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020, p. 15.

essa mudança de posturas por parte da população ante a chegada da pandemia faz com que muitos ainda permaneçam em posições ainda mais desiguais do que vivenciavam antes do surgimento da Covid-19. Assim, “a exposição ao risco de contrair a COVID-19 é mais intensa nos estratos sociais mais vulneráveis que, por sua vez, potencializam a probabilidade de contrair a doença, pois as situações de perigo se tornam mais amplas e multidimensionais¹⁷” [...].

Por outro lado, deflagra-se o maior número de mortes em países considerados ricos. Enquanto que, até o início de maio do corrente ano os países desenvolvidos alcançaram o percentual de 90% das mortes relatadas pela pandemia da Covid-19, o restante do mundo – antes caracterizado por ser o “reservatório de pestilências e doenças das quais os países ricos procuravam se proteger¹⁸”, agora presencia uma nova concepção social.

Com isso não se busca elucidar com entusiasmo o fato de os países ricos terem atingido o maior número de casos letais do vírus, mas sim demonstrar que o dinheiro, frente aos novos riscos civilizatórios – imperceptíveis à olho nu, não é capaz de comprar a saúde nem mesmo das pessoas inseridas nos mais altos padrões sociais.

Deflagra-se, portanto, que poucas são as nações que perceberam ser o vírus consequência direta das ações produzidas pela própria sociedade. O Brasil se encontra, se não no topo, próximo a ele no quesito “indiferença” por parte dos governantes à gravidade da pandemia, que já fez milhares de vítimas somente em território brasileiro.

O início da propagação do novo coronavírus supostamente ocorreu na China, mais especificamente na cidade de Wuhan¹⁹. Ademais, em razão do aumento de casos na China e nos arredores, a “Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional”²⁰. Posteriormente, no dia 11 de março de 2020, a OMS caracterizou a COVID-19 como uma pandemia.

De acordo com o Ministério da Saúde brasileiro e com a Organização Mundial da Saúde, a “COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, que apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves”²¹.

A rápida propagação e letalidade do vírus, serviu de alerta para que a maior parte dos chefes de Estado tomassem medidas preventivas, bem como para que procedessem um fortalecimento do sistema de saúde de seus países, uma vez que a doença poderia afetar um grande número de pessoas ao mesmo tempo, conduzindo o sistema de saúde ao colapso caso não fossem adotadas políticas de precaução.

Precaução essa que foi tardiamente tomada pelo governo brasileiro, ao ignorar todos os alertas emanados pelas autoridades sanitárias globais. O uso político da pandemia do novo coronavírus e a negação da ciência, são elementos que agravam ainda mais os efeitos da crise sanitária. “A política, que

¹⁷ PESSOA, Zoraide Souza. TEIXEIRA, Rylanneive Leonardo Pontes. **Vulnerabilidades e sociedade de riscos em tempos de COVID-19**. Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia. 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.observatoriodasmetrolopes.net.br/vulnerabilidades-e-sociedade-de-riscos-em-tempos-de-covid-19/>. Acesso em 30. mai. 2020.

¹⁸ THE LANCET. **Has COVID-19 subverted global health?** Disponível em: [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(20\)31089-8.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(20)31089-8.pdf). Acesso em 30. mai. 2020.

¹⁹ Cidade onde coronavírus começou na China volta a registrar caso da doença após mais de um mês. G1, São Paulo/SP, em 10 de mai. de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/05/10/cidade-onde-coronavirus-comecou-na-china-volta-a-registrar-caso-da-doenca-apos-mais-de-um-mes.ghtml>. Acesso em: 21 mai. 2020.

²⁰ Organização Pan-Americana da Saúde. **Folha informativa – COVID – 19**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em 22 mai. 2020.

²¹ Ministério da Saúde. **O que é COVID-19**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em: 22 mai. 2020.

devia ser a mediadora entre as ideologias e as necessidades e aspirações dos cidadãos, tem vindo a demitir-se dessa função²². Percebe-se, a partir de uma análise ao contexto brasileiro, um descaso com a realidade política e social da população diante da maior crise sanitária dos últimos anos. Em razão disso, a fim de atribuir maior clareza e objetividade à presente pesquisa, abordar-se-á no próximo título, a ascensão do discurso autoritário e o enfraquecimento das Instituições brasileiras em meio a pandemia da COVID-19.

3. O AUTORITARISMO DE JAIR MESSIAS BOLSONARO DIANTE DA PANDEMIA DA COVID-19

Em tempos de normalidade, os governos e a sociedade não são testados com significativa intensidade. No entanto, quando as crises aparecem, os líderes podem revelar as suas maiores virtudes e os seus maiores defeitos. Uma crise sanitária internacional, obriga que os governantes tomem medidas céleres e eficazes para proteger o seu povo, não havendo espaço para outros interesses senão a promoção da saúde da população de seu país.

Nesse sentido, destaca-se que são nos momentos de crise que as desigualdades se asseveram, e que ocasionam um aumento no número de pessoas em vulnerabilidade social. É em razão disso que devem se pautar as condutas a serem tomadas pelas lideranças nacionais, partindo do pressuposto de que todas as pessoas, durante uma crise devem ser protegidas pelo Estado, este que deve implementar uma série de programas emergenciais capazes de garantir direitos mínimos durante todo o Estado de emergência, como alimentação e saúde por exemplo.

A pandemia da Covid-19, que supostamente iniciou na China, no final do ano de 2019, foi declarada pela Organização Mundial da Saúde como uma doença de alta letalidade capaz de se espalhar rapidamente pelo mundo. No início de 2020, após os alertas serem emitidos pela OMS, o Brasil demorou até que tomasse medidas para combater o novo coronavírus.

A negação do presidente da república – Jair Bolsonaro – acerca dos perigos que a doença oferecia aos brasileiros, fez com que medidas sanitárias mais rigorosas deixassem de ser tomadas sob o argumento de que um *lockdown* ensejaria no agravamento da crise econômica que até então já era preexistente e nada tinha feito o governo para evitar a derrocada econômica brasileira. A ineficiência das medidas tomadas pelo governo federal fez com que aumentasse significativamente o número de mortes e de infectados pela Covid-19 no Brasil.

A ausência de um discurso unificado partindo do Poder Executivo federal para o combate da pandemia, fez com que governadores e prefeitos adotassem medidas locais mais rigorosas para proteger a população, a fim de evitar a degradação e o colapso do sistema de saúde. A postura dos Estados e Municípios desagradou o presidente, este que atacou por diversas vezes os governadores e os acusou de estarem sabotando o seu governo, demonstrando sua insensibilidade diante da gravidade da situação, e a sua despreocupação com a saúde pública nacional, indicando que a sua real preocupação é com a manutenção do caos.

Nesse sentido, o governador do Estado do Maranhão menciona que:

Bolsonaro insiste em dizer que os governadores estão preocupados apenas “com a vida”, como se isso fosse um “apenas”. Qualquer pessoa deve primar pelo bem mais sagrado, a vida, porque ela é a óbvia premissa para o exercício de todos os demais direitos. Ele tenta criar uma antinomia entre a posição dos governadores e a suposta posição dele, “preocupado” com empresas e empregos. É claro que

²² SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**, p. 10.

todos os governadores querem a normalização das atividades econômicas. Mas não a qualquer preço²³.

A conduta de Bolsonaro em se preocupar mais com a promoção da crise, criando novos inimigos para manter a ideia de que existem “forças malignas” a serem combatidas, tem o único objetivo de inflamar seus apoiadores – a direita radical – para enfraquecer as instituições. O processo de “demonização” dos prefeitos e governadores é alimentado quase que diariamente pelo Presidente da República e seus ministros de Estado, o que se comprova pela atitude da Damares Alves, numa reunião ministerial do governo, em que a ministra da pasta da “Mulher, da Família e dos Direitos Humanos” pediu a prisão de governadores e prefeitos que não acatassem o negacionismo pandêmico de Jair Bolsonaro²⁴.

Nesse sentido, em ataque grave às Instituições brasileiras, na mesma reunião mencionada acima, o ministro da educação – Abraham Weintraub – esbravejou contra o Supremo Tribunal Federal, se referindo aos ministros da Suprema Corte como “vagabundos” e que por ele, colocaria todos na cadeia²⁵. Ao contrário do que se esperava do respectivo encontro de ministros de Estado, foi pouco ou quase não discutido o assunto principal do momento, que é o problema da pandemia da Covid-19. Nas quase duas horas de reunião, Bolsonaro e seus ministros se ocuparam de apenas 19 minutos para tratarem do coronavírus, sem ter resultado em nenhuma medida de Estado para o combate da doença a nível nacional²⁶.

Há pouco mais de um mês da reunião ministerial supracitada, na vacância do cargo de Ministro da Saúde²⁷, o Brasil se tornou o novo epicentro da Covid-19 no mundo, chegando a 22,6 mil mortes por coronavírus até o dia 24 de maio de 2020²⁸. De forma concomitante à pandemia, se agrava uma das maiores crises políticas e institucionais desde a redemocratização do Brasil. A ineficiência do governo federal no combate à pandemia e as tensões frequentes entre os três Poderes, parecem ser objetivadas e pretendidas pelo presidente da República.

O chefe do Poder Executivo federal se aproveita do caos social para promover seu discurso totalitário, visando enfraquecer as Instituições brasileiras, para que possa governar de forma arbitrária e sem interferência dos demais Poderes. A conduta disruptiva do presidente exorbita todos os limites republicanos e, com frequência, deturpa o verdadeiro espírito da democracia.

A ineficiência do Estado brasileiro em promover políticas de saúde pública neste período pandêmico, somado ao descaso com as camadas mais vulneráveis da sociedade, são fatores que ocasionam o agravamento das desigualdades sociais e geram pânico na população. A ausência de políticas públicas de promoção de direitos básicos em plena pandemia, faz com que a fome e o desemprego despertem a desordem e o colapso social no Brasil.

²³ DINO, Flávio. **Coronavírus e Fascismo: Patologias que desafiam o Brasil**. p. 66.

²⁴ BONIN, Robson. Damares na reunião: “vamos pedir a prisão de governadores e prefeitos”. **Revista Veja**, São Paulo/SP, em 22 de mai. de 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/damares-na-reuniao-vamos-pedir-prisao-de-governadores-e-prefeitos/>. Acesso em: 25 de mai. 2020.

²⁵ 'Eu, por mim, botava esses vagabundos todos na cadeia, começando no STF', diz ministro da Educação em reunião. G1, Brasília/DF, em 22 de mai. de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/eu-por-mim-botava-esses-vagabundos-todos-na-cadeia-comecando-no-stf-diz-ministro-da-educacao-em-reuniao.ghtml>. Acesso em: 25 de mai. 2020.

²⁶ GRAGNANI, Juliana. Nas quase 2h de reunião sobre pandemia, Bolsonaro e ministros falam de coronavírus por 19 minutos. **BBC News Brasil**, Londres, Inglaterra, em 23 de mai. de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52782897>. Acesso em: 25. mai. 2020.

²⁷ Até o dia 25 de maio de 2020, em meio a pandemia da Covid-19, o Brasil não possui Ministro de Saúde. A pasta ministerial da saúde é ocupada, interinamente, por um militar sem formação técnica ou científica na área da saúde.

²⁸ Brasil supera 363 mil casos de coronavírus e 22,6 mil óbitos. Uol, São Paulo/SP, em 24 de mai. de 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/24/coronavirus-covid-19-casos-mortes-brasil-24-de-maio.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

É nesse ambiente caótico, que líderes autoritários encontram o cenário perfeito para decretar Estado de Exceção, e formar um Poder hegemônico. O autoritarismo pode se instalar no Poder por vias democráticas, e ficar somente aguardando o momento oportuno para perfectibilizar sua forma de conduzir um Estado-nação.

A excepcionalidade do momento atual exige que as Instituições permaneçam vigilantes diante de qualquer investida antidemocrática promovida por quaisquer um dos Poderes. Ainda, “o coronavírus surge em um contexto em que o sistema atual já se encontrava com uma legitimidade bastante fragilizada, não só no Brasil, mas em várias partes do mundo”²⁹.

Nesse sentido, Anjuli Tostes refere:

Para aqueles que têm como projeto uma nova ordem, o caos social, político e econômico gerado por uma pandemia proporciona a “tempestade perfeita” para uma possível transição. E é de forma radicalmente política que o tema tem sido manejado pelo governo Bolsonaro, mesclando negacionismo da pandemia, grandes conspirações da esquerda nacional e mundial, e o remédio milagroso da Cloroquina. A recalcitrância da mídia e das instituições em divulgar o medicamento, ainda em fase de testes, como a solução definitiva da doença é que seria responsável pelas milhares de mortes – e não a campanha ostensiva do próprio Presidente da República contra o isolamento social³⁰.

O presidente da República se autodenomina como um líder “antissistema” e “contra tudo o que está aí”, e sua trajetória se coaduna com a de um personagem que objetiva estabelecer uma nova ordem.

É antagonizando com a imprensa, com as instituições e com os partidos que Bolsonaro segue adotando a estratégia populista como método de governo, e alimentando sua base política entre os descontentes com a ordem. Se fizesse diferente, como muitos supunham que faria após a campanha, seria automaticamente identificado com o sistema e perderia o magnetismo que exerce junto a essas massas. Propostas de saída fora da ordem democrática liberal, como um autogolpe, se tornam cada vez mais fortes, mais presentes, mais ruidosas, a ponto de produzir buzinações na frente de hospitais em que doentes de Covid-19 agonizam. O Brasil atual já era um barril de pólvora. A pandemia – que, tomada por si só, mudaria pouco – é a fagulha que faltava para fazê-lo explodir³¹.

As manifestações dominicais em frente ao Palácio do Planalto, com cartazes enaltecendo o Ato Institucional nº 5, e pedidos de fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal contam com a participação do presidente da república. De forma contrária as orientações da unanimidade das autoridades sanitárias globais, Jair Bolsonaro incentiva a aglomeração de pessoas e se junta a multidão com acenos e muitas vezes sem máscara facial. Além de atentar contra a saúde pública, o presidente participa de manifestações antidemocráticas e alimenta a crise entre as demais instituições³².

Em síntese, o populismo de Bolsonaro combinado com o caos pandêmico temporário, abre margem para que ocorra um atentado contra a ordem democrática e haja um rompimento com a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988.

²⁹ TOSTES, Anjuli. **Pandemia, populismo e nova ordem social**. Quarentena: reflexões sobre a pandemia e depois. Editora Praxis: Bauro, 2020. p. 33.

³⁰ TOSTES, Anjuli. **Pandemia, populismo e nova ordem social**. p. 34.

³¹ TOSTES, Anjuli. **Pandemia, populismo e nova ordem social**. p. 34.

³² Bolsonaro participa de protesto em Brasília e cumprimenta manifestantes: O presidente chegou de máscara no local, mas retirou logo no início da participação. Correio Braziliense, Brasília/DF, em 24 de mai. de 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/24/interna_politica,857874/bolsonaro-participa-de-protesto-em-brasilia-e-cumprimenta-manifestante.shtml. Acesso em: 25 mai. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia e o “estado normal das coisas” podem ser fortemente afetados diante de uma crise multifatorial. O atual presidente da república, Jair Bolsonaro, que sempre demonstrou traços autoritários, tem frequentemente desrespeitado as instituições e deslegitimado os outros Poderes em seus discursos e atos presidenciais. A instauração do caos pelo governo federal tem asseverado os efeitos das inúmeras crises que transitam o país. Nesse sentido, com a chegada da pandemia da Covid-19, de forma negligente, o presidente inicialmente negou por inúmeras vezes acerca da gravidade da doença que colapsaria o sistema de saúde nacional.

O presidente atua em sentido contrário ao que defende – unanimemente – as autoridades de saúde de todo o mundo. A promoção do caos social e sanitário pelo governo federal, agora se valendo da pandemia da Covid-19, mantém vivo o inimigo necessário para que Bolsonaro mantenha seus embates políticos de que tudo e todos estão contra seu governo. O iminente colapso multifatorial que ameaça o Brasil, bem como diante da decretação da emergência nacional, são eventos que ameaçam gravemente a integridade da democracia nacional.

A ausência de medidas sanitárias eficazes para o combate da Covid-19, bem como o descaso com as camadas mais vulneráveis da sociedade, levarão o país a condições de desordem e saques de suprimentos pela população, em razão da situação de miséria que se agravará no país, diante da ausência de políticas sociais. O colapso multifatorial somado ao autoritarismo escancarado do presidente da república, estabelecem solo fértil para a degradação da democracia e instauração de um Estado de exceção, com roupagem de legalidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

'Eu, por mim, botava esses vagabundos todos na cadeia, começando no STF', diz ministro da Educação em reunião. G1, Brasília/DF, em 22 de mai. de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/eu-por-mim-botava-esses-vagabundos-todos-na-cadeia-comecando-no-stf-diz-ministro-da-educacao-em-reuniao.ghtml>. Acesso em: 25 de mai. 2020.

BARBIERI, Mariana. **COVID-19 e os riscos da modernidade**: modernização como causa e como consequência. 12 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/covid-19/covid-19-e-os-riscos-da-modernidade-modernizacao-como-causa-e-como-consequencia/>. Acesso em 30. mai. 2020.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

Bolsonaro participa de protesto em Brasília e cumprimenta manifestantes: O presidente chegou de máscara no local, mas retirou logo no início da participação. **Correio Braziliense**, Brasília/DF, em 24 de mai. de 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/24/interna_politica,857874/bolsonaro-participa-de-protesto-em-brasilia-e-cumprimenta-manifestante.shtml. Acesso em: 25 mai. 2020.

BONIN, Robson. Damares na reunião: “vamos pedir a prisão de governadores e prefeitos”. **Revista Veja**, São Paulo/SP, em 22 de mai. de 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/damares-na-reuniao-vamos-pedir-prisao-de-governadores-e-prefeitos/>. Acesso em: 25 de mai. 2020.

Brasil supera 363 mil casos de coronavírus e 22,6 mil óbitos. **Uol**, São Paulo/SP, em 24 de mai. de 2020. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/24/coronavirus-covid-](https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/24/coronavirus-covid-698)

19-casos-mortes-brasil-24-de-maio.htm. Acesso em: 25 mai. 2020.

BUTLER, Judith. **El capitalismo tiene sus limites**. In: AGAMBEN, Giorgio; SLAVOJ, Žižek; NANCY, Jean Luc *et al.* Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias [Recurso eletrônico]. Editorial Aspo, 2020, p. 59-65.

Cidade onde coronavírus começou na China volta a registrar caso da doença após mais de um mês. **G1**, São Paulo/SP, em 10 de mai. de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/05/10/cidade-onde-coronavirus-comecou-na-china-volta-a-registrar-caso-da-doenca-apos-mais-de-um-mes.ghtml>. Acesso em: 21 mai. 2020.

DINO, Flávio. Coronavírus e Fascismo: Patologias que desafiam o Brasil. Quarentena: reflexões sobre a pandemia e depois. **Editora Praxis**: Bauro, 2020. p. 66.

GONZÁLEZ, Gustavo Yañes. **Fragilidad y tiranía (humana) en tiempos de pandemia**. In: AGAMBEN, Giorgio; SLAVOJ, Žižek; NANCY, Jean Luc *et al.* Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias. [Recurso eletrônico]. Editorial Aspo, 2020, p. 139-143.

GRAGNANI, Juliana. Nas quase 2h de reunião sobre pandemia, Bolsonaro e ministros falam de coronavírus por 19 minutos. **BBC News Brasil**, Londres, Inglaterra, em 23 de mai. de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52782897>. Acesso em: 25. mai. 2020.

JOVER, Daniel. **Prólogo. Un cuaderno de esperanza**. In: MORIN, Edgar; VIVERET, Patrick (Org.). **Como vivir en tiempos de crisis**. Barcelona: Icaria editorial, 2011, p. 7-12.

Ministério da Saúde. **O que é COVID-19**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em: 22 mai. 2020.

MORIN, Edgar. **Comprender el mundo del futuro**. In: MORIN, Edgar; VIVERET, Patrick (Org.). **Como vivir en tiempos de crisis**. Barcelona: Icaria editorial, 2011, p. 13-32.

Organização Pan-Americana da Saúde. Folha informativa – COVID – 19. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em 22 mai. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. [Recurso eletrônico] Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020.

TOSTES, Anjuli. Pandemia, populismo e nova ordem social. Quarentena: reflexões sobre a pandemia e depois. **Editora Praxis**: Bauro, 2020

PESSOA, Zoraide Souza. TEIXEIRA, Rylanneive Leonardo Pontes. **Vulnerabilidades e sociedade de riscos em tempos de COVID-19**. Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia. 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.observatoriodasmetroles.net.br/vulnerabilidades-e-sociedade-de-riscos-em-tempos-de-covid-19/>. Acesso em 30. mai. 2020.

THE LANCET. **Has COVID-19 subverted global health?** Disponível em: [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(20\)31089-8.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(20)31089-8.pdf). Acesso em 30. mai. 2020.

RESUMOS GT 1 – DIREITO ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE

A CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO FORMA DE EFETIVAR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ALCANÇAR A SUSTENTABILIDADE

Bárbara Vitória Vanzo¹

Tatiana Mezzomo Casteli²

A função social da propriedade encontra-se positivada na Constituição Federal em seu artigo 5º, XXIII e artigo 170, III e se estende a todos os bens de produção, incluído os estabelecimentos comerciais. Por meio deste estudo, busca-se investigar de que forma a função social da empresa contribui para a efetivação da dignidade da pessoa humana, bem como, para alcançar o desenvolvimento sustentável. Objetiva-se compreender a necessidade e a melhor forma de implantação, pelas próprias empresas, de formas de gestão com a finalidade de contribuir para o alcance da sustentabilidade e a concretização da dignidade de pessoa humana. O ordenamento jurídico pátrio, não estabeleceu taxativamente um conceito de empresa, contudo, disciplina o conceito de empresário, sendo aquele que exerce profissionalmente “atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços”³. Logo, por analogia compreende-se empresa como atividade econômica organizada para circulação de bens e serviços. A função social da empresa é extraída do princípio constitucional da função social da propriedade (artigo 5º, XXIII e artigo 170, III), vez que não estabelece qualquer exceção inerente a sua aplicação⁴. Nesse diapasão, entende-se que a função social da empresa é atingida quando aquela “contribui com o desenvolvimento econômico, social e ambiental do país e auxilia o pleno emprego”⁵. Desse modo, observa-se que ao atingir sua função social a empresa também promove o respeito à dignidade da pessoa humana. Ademais, além do instituto da função social da empresa também existe o da responsabilidade social da empresa que pode ser entendida como “o planejamento sistemático de ações e estratégias que possibilitam um diálogo constante entre a empresa, o público e a sociedade”, bem como promove a preservação do meio ambiente e por conseguinte o desenvolvimento sustentável⁶. Assim, é mister enfatizar a importância da concretização destes institutos pelas empresas. Vez que a função social juntamente com a responsabilidade social da empresa se constituem institutos de fundamental importância na efetivação da dignidade da pessoa humana, bem como, promovem a preservação do meio ambiente, objetivando alcançar o desenvolvimento sustentável.

¹ Acadêmica do VI nível do curso de Direito na Universidade de Passo Fundo- UPF. Aluna extensionista no programa Projur Mulher e Diversidade da Universidade de Passo Fundo- UPF. Endereço de e-mail: ba.vanzo43@gmail.com.

² Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo- UPF. Professora Substituta da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo- UPF. Advogada. Assessora Jurídica do Município de São Domingos do Sul. Endereço de e-mail: tatiana.casteli@hotmail.com.

³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Brasil, DF: Senado, 2018.

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.88.

⁵ BARACHO, H.U.; CECATO, M.A.B. Da função social da empresa à responsabilidade social: reflexos na comunidade e no meio ambiente. **João Pessoa: Direito e Desenvolvimento**, v. 7, n. 2, p. 114-128, 2016. ISSN 2236- 0859. p.120.

⁶ BARACHO, H.U.; CECATO, M.A.B. Da função social da empresa à responsabilidade social: reflexos na comunidade e no meio ambiente.p.120.

DA COLONIALIDADE DO AGRONEGÓCIO À COVID-19: A INSUSTENTABILIDADE DO *MODUS OPERANDI* DO CONSUMO DE CARNE

Francieli lung Izolani¹

Katiele Daiana da Silva Rehbein²

Pandemias como a da Covid-19 têm estado diretamente relacionadas com o consumo de carne pelo ser humano. Isso ocorre devido a padrões de colonialidade³, especialmente àqueles ditados pelo chamado agronegócio, insustentável em si mesmo, mas que são seguidos por países localizados no Sul Social⁴, trazendo inúmeros reflexos socioambientais, pelo fato de estar calcado no desmatamento desenfreado, na expansão das monoculturas⁵, na supervalorização da economia para a expansão do capitalismo, que, por sua vez, carece da dicotomia homem e natureza⁶ em seu caráter de dominação como justificativa do desenvolvimento econômico, gerando o consumo irracional e predatório, dentre o qual, o de carne de animais não humanos, constituindo-se em riscos assumidos e incontroláveis pelos humanos desse mundo em descontrole⁷. Ocorre que esse *modus operandi* é insustentável em sua multidimensionalidade⁹, o que, para além de destruição e ameaças à natureza, vem atingindo seu próprio causador, o ser humano, encontrando o ecossistema à mercê de um colapso total, dando indícios através das inúmeras pandemias que vêm sendo disseminadas, como a da Covid-19. Nesse contexto, questiona-se: Quais os limites e possibilidades de superação do paradigma insustentável do agronegócio, em especial do consumo de carne desenfreado a fim de se evitarem novas pandemias? Assim, este estudo tem por objetivo analisar as possibilidades de redução do hiperconsumo de carne no intuito de superar o paradigma do agronegócio posto causador da insustentabilidade ambiental. Para tanto, o presente artigo utiliza-se do trinômio

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bolsista Capes. Pós-Graduada em Direito Previdenciário com ênfase ao Magistério Superior pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade da Universidade Federal de Santa Maria (GPDS/UFSM). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos Animais da Universidade Federal de Santa Maria (GPDA/UFSM). Membro da equipe técnica da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global (REDESG/UFSM). Membro do CONPEDI. Coordenadora da Coleção Latinoamérica y Derecho en Exposición. Coordenadora da Coleção Derecho Civil en Foco. Organizadora da Coleção Mulheres e Meio Ambiente: Nosso Papel Fundamental. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9027530784430798>. E-mail: franizolani@hotmail.com.

² Pós-Graduada do curso de Direito Ambiental do Centro Universitário Internacional (UNINTER); Pós-Graduada do curso de Direito Constitucional Aplicado da Faculdade LEGALE; Bacharel em Direito pela Faculdade Antonio Meneghetti (AMF); Acadêmica do Técnico em Meio Ambiente da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas em Democracia e Constituição da Universidade Federal de Santa Maria (GPDECON/UFSM). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos Animais da Universidade Federal de Santa Maria (GPDA/UFSM); Integrante do Grupo de Pesquisas e Publicações Estado, Direito e Sociedade, coordenado pelo Prof. Dr. Felipe Dalenogare Alves, vinculado ao Instituto Educacional Estudos de Direito. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7362064577211371>. E-mail: katierehbein.direito@gmail.com.

³ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 84-130.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 25-102.

⁵ SHIVA, Vandana. **Monoculturas da mente**: Perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

⁶ OST, François. **A natureza à margem da lei**. A ecologia à prova do Direito. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

⁸ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

⁹ SACHS, I. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

metodológico abordagem, procedimento e técnica. Como método de abordagem, ante à complexidade atinente às questões ambientais e a necessidade de compreensão da diversidade de sistemas interconectados, não sendo o Direito isoladamente capaz de resolver os problemas desta sociedade globalizada, opta-se pela abordagem sistêmico-complexa, calcada em Enrique Leff¹⁰, Edgar Morin¹¹ e Fritjof Capra¹². O método de procedimento foi assentado na pesquisa bibliográfica, a partir da leitura de artigos científicos, teses e dissertações sobre o tema em questão, utilizando-se das técnicas de fichamentos e resumos. Com relação à estrutura, o artigo encontra-se dividido em três tópicos. O primeiro trata do agronegócio, visando a compreensão da colonialidade Norte-Sul que impôs essa modalidade econômica globalizada e que continua a ter sustentáculos. O segundo tem por escopo relacionar a modalidade do agronegócio da carne com as pandemias, chegando-se à da Covid-19. O terceiro, a seu turno, objetiva identificar alternativas voltadas à superação da insustentabilidade do padrão hiperconsumista da carne. Por fim, conclui-se parcialmente que para superar esse paradigma defasado, qual seja o hiperconsumo de carne de origem animal, visando inviabilizar o surgimento de novas pandemias, que acomete as dimensões ambientais de forma insustentável, deve haver uma quebra da sistemática capitalista que despedaça os critérios sustentáveis frente à crise atual. Diante desse cenário, como uma alternativa à sustentabilidade desse meio, devem ser ponderadas as implicações do consumo de carne nas crises de saúde mundial, assim como nas mudanças climáticas, para haver uma efetiva construção de nova forma de “viver” em harmonia com o meio ambiente e o ser humano não ser a próxima espécie animal a entrar em extinção.

¹⁰ LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza**. Trad. Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

¹¹ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Lisboa: Instituto Piaget. 2003.

¹² CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996.

AGROECOLOGIA E SUSTENTABILIDADE MULTIDIMENSIONAL: POSSÍVEIS ENTRAVES À TRANSIÇÃO AGROECOLÓGICA NO BRASIL

Francieli lung Izolani¹

Leura Dalla Riva²

Eduardo Schneider Lersch³

Considerando a agroecologia como modelo com fundamento constitucional no Brasil capaz de fornecer as bases para uma produção agrícola sustentável nas mais diversas dimensões frente à insustentabilidade da produção agrícola moderno caracterizado pelo agronegócio monocultor e exportador de *commodities*, esta pesquisa buscará responder ao seguinte problema: quais os possíveis entraves que podem ser encontrados numa transição do agronegócio rumo à agroecologia no Brasil? O objetivo, portanto, é refletir acerca dos possíveis problemas que podem ser encontrados pelos diversos atores envolvidos no processo de transição para um modelo de produção agrícola sustentável que consagre os compromissos assumidos constitucionalmente pelo Estado brasileiro. Para responder ao questionamento proposto, adota-se o método de abordagem dedutivo e procedimento bibliográfico, dividindo-se o artigo em três itens. Inicialmente, apresenta-se a agroecologia como ciência capaz de dar concretude à sustentabilidade em suas multidimensões num contexto marcado pela insustentabilidade do agronegócio exportador de *commodities*⁴. Expõe-se também como a agroecologia encontra fundamento no valor e princípio constitucional da Sustentabilidade⁵ e por quais razões pode ser considerada um meio de concretização dos direitos humanos, especialmente no que se refere ao meio ambiente equilibrado, à saúde humana e à alimentação adequada, estando também profundamente conectada com conceitos como soberania e segurança alimentar⁶. Em seguida, aborda-se os atores que podem estar envolvidos na transição agroecológica, a exemplo dos pequenos produtores, latifundiários e, especialmente, o Estado. A partir disso, abordam-se os entraves que podem ser encontrados numa eventual tentativa de transformação do modelo produtivo atual, sobretudo em razão do contexto atual marcado pela alta

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bolsista Capes. Pós-Graduada em Direito Previdenciário com ênfase ao Magistério Superior pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS/UFSM). Membro da equipe técnica da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global (REDESG/UFSM). Coordenadora da Coleção Latinoamérica y Derecho en Exposición. Coordenadora da Coleção Derecho Civil en Foco. Organizadora da Coleção Mulheres e Meio Ambiente: Nosso Papel Fundamental. Email: franizolani@hotmail.com.

² Doutoranda em Diritto Comparato e Processi di Integrazione pela Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italia. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Faculdade Educacional da Lapa (FAEL). Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pesquisadora do CONSTINTER-FURB. Organizadora da Coleção Mulheres e Meio Ambiente: Nosso Papel Fundamental. Email: leura-d@hotmail.com.

³ Pós-graduando em Direito e Processo Penal pela Uniasselvi (Blumenau). Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Email: eduardoschneiderl@hotmail.com.

⁴ ALTIERI, Miguel. **Agroecologia**: bases científicas para uma agricultura sustentável. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, Rio de Janeiro: AS-PTA, 2012.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhe Barcelos**, n. 13, p. 07-18, jun. 2010. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 21 out. 2020.

⁶ LEONEL JÚNIOR, Gladstone. **Direito à agroecologia**: a viabilidade e os entraves de uma prática agrícola sustentável. Curitiba: Prismas, 2016.

financeirização do capital⁷ que amarra setores estatais, inviabilizando a tomada de decisões rumo à uma sociedade mais justa, sustentável e solidária. Além disso, esse quadro resta profundamente marcado por questões geopolíticas⁸, tendo em vista que o modelo produtivo no Brasil segue historicamente interesses voltados à exportação, mantendo em segundo plano questões relacionadas à quantidade e qualidade de alimentos da população brasileira.

⁷ DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo**: Por que oito famílias têm mais riqueza do que a metade da população do mundo? São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

⁸ SAAVEDRA, Fernando Estenssoro. Medio Ambiente e Ideología. **La Discusión Pública em Chile, 1992-2002**: Antecedentes para una historia de las ideas políticas a inicios del siglo XXI. Santiago, Chile: Ariadna, 2009.

O MODELO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL CHILENO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

Ronaldo Elias¹

A previdência social trata-se de um verdadeiro direito fundamental à prestação, umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, onde o Estado deve promover mecanismos eficientes no combate aos riscos sociais. Entretanto, na busca de um modelo previdenciário que suprisse essas expectativas, constata-se que ao longo da história, o estabelecimento de um modelo exclusivamente individual e contributivo de previdência, não foi suficiente para suprir as mazelas sociais, especialmente nos países Latino-Americanos em que a instabilidade empregatícia é demasiada alta. Em virtude disso, muitos sistemas previdenciários da América-Latina na tentativa de reduzir os gastos públicos e suprir os riscos sociais, promoveram reformas estruturais em seus sistemas de seguridade social, a exemplo do modelo chileno que, desde o ano de 1980, promoveu verdadeira reforma neoliberal em seu sistema, formalizando um modelo “substitutivo” de previdência, caracterizado por ser integralmente privado, com contribuições definidas, mas prestações não-definidas, com capitalização plena e individual (CPI) e administração integralmente privada. Entretanto, o que se verificou ao longo de mais de 40 anos, é que este modelo integralmente privatizado também se mostrou incompatível com a realidade e os propósitos sociais do contexto latino-americano, uma vez que, além de aumentar o gasto público, não supriu de forma condizente os riscos sociais. Nesse escopo, diante da necessidade de um regime previdenciário mais solidário e eficiente, e diante da possibilidade do estabelecimento de uma nova ordem constitucional chilena, consubstanciada pelo plebiscito realizado em 25 de outubro de 2020, traz-se à tona as principais premissas do modelo garantista dos direitos fundamentais proposto por Luigi Ferrajoli e a análise de seu cabimento para uma nova proposta previdenciária chilena, posto que concebe o estabelecimento de direitos fundamentais estruturados como normas substanciais e condicionantes da legitimidade do exercício dos poderes políticos, com menor margem à interpretações deturbadadas, onde a esfera pública estaria acima do capital financeiro global e as leis de mercado passariam a ser reguladas pelo Estado com vista ao bem-estar de toda a sua população, não ficando mais a poupança pública previdenciária sujeita ao alvedrio do humor do mercado financeiro ou submetido integralmente aos atores privados, tendo, assim condições de enfrentar as crises financeiras sem promover o retrocesso social da população dependente dos benefícios previdenciários. Diante dessa análise, poder-se-á concluir que a proposta garantista de Luigi Ferrajoli para os direitos fundamentais traz importante contribuição na busca dos principais fins do sistema previdenciário, uma vez que busca o estabelecimento de direitos fundamentais sociais fortes e verdadeiros condicionantes aos poderes público e privado.

¹ Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – PPGD-UPF (20254@upf.br).

**RESUMOS GT 2 – TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO
LATINO-AMERICANO**

A NATUREZA COMO SUJEITO DE DIREITO NO BEM VIVER

Bruna Leyter¹

Patricia Grazziotin Noschang²

O Planeta Terra já não comporta mais o modo de vida da humanidade, de forma que segundo dados da plataforma *Earth Overshoot Day*, no dia 22 de agosto do ano de 2020 já haviam sido excedidos todos os recursos ecológicos que a Terra poderia regenerar em um ano. Desse modo, faz-se necessário repensar o modelo de sociedade vivido e, nesta perspectiva, surge uma possível mudança, sendo ela: a consideração da natureza como sujeito de direito a partir do Bem Viver. Tais temáticas, aplicadas na Constituição do Equador e da Bolívia, rompem com o positivismo jurídico antropocêntrico, em que o ser humano possui um lugar privilegiado diante das demais espécies, sendo o único sujeito de valor, enquanto os demais organismos, plantas ou animais, por exemplo, são considerados apenas objetos de valor. Já o *Buen Vivir* é um conjunto de ideias, baseadas em princípios indígenas de proteção e respeito da natureza, que propõe novas alternativas para o desenvolvimento. Contudo, é preciso cuidado ao definir o Bem Viver, pois seus conceitos são amplos, mas sabe-se que nele são englobados a cosmovisão acerca da *Pachamama*, a dualidade e a complementaridade da vida, a busca do equilíbrio com o todo e a descolonização que se traduz como uma libertação dos padrões coloniais impostos e uma busca pela justiça devido atos cometidos contra humanos e não humanos. Assim, torna-se interessante realizar uma análise acerca do Bem Viver e, por meio desta demonstrar que a partir dos ideais do Bem Viver a natureza passa a ter valores inerentes e assume a categoria de sujeito de direito.

¹ Graduanda do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: 165925@upf.br.

² Professora do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: patriciagn@upf.br.

O CENÁRIO DA CRISE DEMOCRÁTICA NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO: SOLUÇÕES SÃO POSSÍVEIS

Érico Antonio P. Santos¹

Marcos Leite Garcia²

A presente pesquisa insere-se no campo da análise da sociologia constitucional, com o escopo de tratar da crise democrática no constitucionalismo moderno, mediante o advento do Estado Liberal e do fenômeno da globalização. Tendo como objetivo, portanto, analisar o surgimento da complexa estrutura social contemporânea e o seu impacto perante o Estado Constitucional, bem como o avanço das políticas liberais adotadas pelo processo de globalização do mercado. Adotando-se como metodologia o método indutivo, pautando-se em periódicos publicados por revistas científicas eletrônica de abrangência internacional e nacional e utilização de doutrina sedimentada no universo acadêmico. Para tanto, se faz necessário demonstrar que um dos fatores responsáveis pela crise democrática atual que perpassam os Estados Democráticos, é resultado da eclosão ilimitada das políticas liberais de mercado. Por conseguinte, analisar-se que os efeitos oriundos da referida crise resultam no ceticismo ao regime da democracia, com o surgimento de movimentos que pregam o ódio e a aversão ao Estado Democrático, além da ascensão do populismo inclinado ao autoritarismo propagador do discurso xenófobo, racista, preconceituoso que tendem a flertar com o enfraquecimento da Constituição. Espera-se constatar que, com o fortalecimento do Estado Constitucional, a efetividade dos dispositivos previstos pelos institutos constitucionais tornam-se mecanismos imprescindíveis para que o constitucionalismo moderno consiga limitar o avanço das práticas neoliberais de mercado colonizam os regimes democráticos. Em conclusão, verifica-se que, se faz necessário que o Estado Constitucional consiga acompanhar a evolução dos conflitos sociais que emergem do atual cenário global. A partir desse pensamento, foi possível concluir que, o neoconstitucionalismo latino americano observado especialmente nas Constituições do Equador e da Bolívia tem o condão de dialogar e possivelmente trazer um equilíbrio entre a ordem constitucional e o mercado global, haja vista este último ser um processo sem volta.

¹ Mestrando em direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 185620@upf.br.

² Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí-SC. Também professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo-RS (Brasil). E-mail: mleitegarcia@terra.com.br.

BUEN VIVIR: UMA VIA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Giovani Pacheco Trajano¹

Maria de Fátima Schumaker Wolkmer²

Atualmente o mundo e a própria humanidade passam por uma crise sem precedentes em praticamente todos os setores. Dentre estas crises, é indiscutível que uma das mais graves e terríveis é a crise alimentar. Neste prisma, à partir da década de 80 e 90, muito em decorrência de movimentos sociais, surgiu em alguns países andinos um novo constitucionalismo, não mais baseado única e exclusivamente em interesses das elites hegemônicas, mas agregando a legislação constitucional interesses de segmentos minoritários até então relegados a um segundo plano. Dentro deste prisma, surgiu o Constitucionalismo Andino, corrente jurídica do ramo do Direito Constitucional Ambiental, que incorpora em seus conceitos uma nova visão de mundo baseada nas experiências andinas. Nesta nova visão a pluralidade é o elemento central e democracia é construída à partir da interculturalidade. Assim a perspectiva biocêntrica prevalece sobre a antropocêntrica. Nesta cosmovisão o ser humano é apenas mais um elemento inserido na natureza e não o senhor absoluto desta. Para isso a natureza é elevada a uma outra categoria, a de também ser titular de direitos. Neste contexto, novo ao constitucionalismo hegemônico, o desenvolvimento recebe novos contornos. É incorporado nos ordenamentos jurídicos de Bolívia e Equador um conjunto de normas que compõem uma nova filosofia e que abordam o direito à alimentação de uma maneira transdisciplinar, o conceito andino de que a terra é nossa mãe (Pachamama), o respeito à biodiversidade, incluído neste a biodiversidade agrícola sem sementes transgênicas e híbridas, restringindo-se o uso de agrotóxicos, onde a natureza é um sujeito de direitos, talvez possam ser incorporados a nossa Carta Magna, passando a orientar políticas públicas que efetivamente respeitem o desenvolvimento de uma forma sustentável. Assim, o objetivo geral é demonstrar que o Buen Vivir tem fundamentado diferentes lutas no século XXI contra o avanço das políticas neoliberais buscando construir espaços mais democráticos e a realização dos direitos humanos. Trata-se de uma pesquisa de natureza teórico-exploratória, com técnica de pesquisa bibliográfica e, tendo como método de abordagem, o dedutivo.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Integrante do NUPEC: Núcleo de Pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos da UNESC. Integrante do Grupo de Pesquisa: Estudos Interdisciplinares em Direitos Humanos e Democracia. Advogado. E-mail:gpachecotrajano@gmail.com.

² Professora do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Sociedade da UNESC Integrante do NUPEC: Núcleo de Pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos da UNESC. Coordenadora da Rede de Pesquisa: Comuns, Novos Direitos e Processos Democráticos Emancipatórios. Coordenadora do Grupo de Pesquisa: Estudos Interdisciplinares em Direitos Humanos e Democracia Integrante do Projeto Universal: Em busca de Novas Gramáticas para os Direitos Humanos: inovações sócio-jurídico políticos entre América Latina e África. Pesquisadora dos Projetos Rede Guarani/Serra Geral (CNPq, FAPESC e ANA) e Águas, direito humano à água e ao saneamento básico nos Países da UNASUL: formulação de políticas públicas e de marcos regulatórios comuns, CNPq, Brasil. E-mail:mfwolfmer@yahoo.com.br.

A EMERGÊNCIA AMBIENTAL E A NATUREZA COMO SUJEITO DE DIREITOS NA PERSPECTIVA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Patrícia da Luz Chiarello¹

Estamos vivenciando uma grave crise ambiental de caráter mundial. Os impactos decorrentes da poluição e da destruição das florestas e dos ecossistemas já podem ser sentidos no mundo inteiro através das constantes alterações climáticas e de seus efeitos. Considerando a necessidade de repensarmos nossa relação com a natureza a fim de que medidas efetivas de preservação ambiental possam ser definidas, de modo que se estabeleça uma lógica de preservação ambiental para além das necessidades humanas, busca-se apresentar neste trabalho, com base na pesquisa bibliográfica e na consulta à legislação nacional e internacional pertinente, uma discussão sobre a emergência ambiental e o tratamento da natureza como sujeito de direitos a partir das contribuições do novo constitucionalismo latino-americano. A Constituição Federal do Brasil de 1988 dispõe em seu artigo 225, *caput*, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, de modo que impõe-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Verifica-se, nesse sentido, que em matéria constitucional de preservação ambiental, mesmo após a inovação trazida pela Constituição brasileira de 1988 em relação aos textos que a antecederam, a natureza é vista apenas como um bem de consumo que deve ser preservado para as futuras gerações. Diferentemente da Constituição brasileira, as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) trazem uma abordagem em matéria ambiental onde a natureza passa a assumir a condição de sujeito de direitos². As disposições constantes na Constituição equatoriana (especialmente no preâmbulo e arts. 14, 71 e 72) apresentam uma visão egocêntrica ao reconhecer os direitos da natureza, entendendo-a não como um bem de uso comum, mas como sujeito de direitos, como um ente que deve ser preservado³. Segundo Calgaro e Pereira, “o Equador adota o respeito à natureza e opta por satisfazer integralmente os princípios ambientais, elevando a natureza como um sujeito de direitos e, portanto, a mesma deve ser respeitada em sua integralidade”. A Constituição boliviana de 2009, ao contrário da Constituição do Equador, não trata de forma expressa sobre o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos, mas não deixa de demonstrar a preocupação com preservação ambiental e a relação entre meio ambiente ecologicamente equilibrado e o *bien vivir* (ver preâmbulo e arts. 8, 306 e 373). Ao comparar as Constituições equatoriana e boliviana no que tange à questão ambiental, Zaffaroni afirma que resta evidenciado que em ambas as Constituições a Terra assume a condição de sujeito de direitos, de forma expressa na Constituição do Equador e tácita na constituição da Bolívia, “pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar por sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que sería primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos”. Diante de todo o exposto, percebe-se o esforço das novas Constituições latino-americanas, especificamente a equatoriana e a boliviana, em reconhecer a natureza como sujeito de direitos e buscar formas de assegurar a convivência equilibrada entre os seres humanos e o meio ambiente.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Bolsista CAPES. E-mail: dl.patricia@live.com.

RESUMOS GT 3 – DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL

DIREITOS HUMANOS E PROTEÇÃO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE SOBRE O IMPACTO DA CRISE MUNDIAL DA COVID-19 NAS RELAÇÕES DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS

Maria Eduarda Moraes Schneider¹

O presente resumo visa analisar o refúgio como um problema mundial, relacionando a vulnerabilidade dos refugiados ambientais, com um sistema de proteção internacional que dê suporte, e busque a efetivação dos Direitos Humanos. Justifica-se a escolha do tema, visto a crescente preocupação dos enfrentamentos globais que os refugiados ambientais vêm sofrendo. A ocorrência cada vez mais frequente de desastres climáticos e o aumento dos deslocamentos forçados comprometendo a vida e a segurança de indivíduos em todo mundo, principalmente com a crise mundial que estamos enfrentando por conta da Covid-19. Para o desenvolvimento da presente pesquisa, foram utilizados os métodos bibliográficos e documentais pelos quais, observa-se a proteção jurídica e os instrumentos internacionais vigentes do Direito Internacional dos Refugiados. Os refugiados ambientais são pessoas forçadas a deixar o lugar em que vivem, em função de eventos climáticos e ambientais (subida do nível do mar, tempestades, ciclones, seca, falta d'água, entre outros) que ameaçam a sua própria sobrevivência. São fenômenos devastadores na vida dessas pessoas, que são obrigadas a saírem de seus lares, muitas vezes perdendo tudo, e se afastando dos seus entes queridos, da sua cultura e tradição, tendo que se adaptar a locais estranhos e precários para buscar abrigo e proteção. A circulação de pessoas se tornou cada vez mais restritiva, primeiro porque a maioria dos países fechou suas fronteiras restringindo total ou parcialmente o acesso, como forma de prevenção para conter a propagação da Covid-19. Fazendo com que o direito de solicitar refúgio aos países fosse suspenso, e segundo porque muitos refugiados ficam expostos ao vírus por não conseguirem ficar em isolamento social, principalmente nos casos dos assentamentos provisórios, onde o acesso a água e saneamento básico são escassos. Diante de tudo isso, a Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) não está medindo esforços para proteger os refugiados em meio a essa pandemia global. A ONU, vem trabalhando em conjunto com agências de governos e saúde, em diversos países. Os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), tem por função efetivar até 2030 melhorias em todo o planeta. As ODS, número 10, Redução das Desigualdades, ODS número 13, Ação Contra a Mudança Global no Clima e a ODS número 16, Paz, Justiça e Instituições Eficazes, são as principais norteadoras para a efetivação das mudanças que envolvem os Refugiados Ambientais. Com isso, a implementação de cada uma nos Governos, faz com que toda a proteção dos Direitos Humanos seja posta em prática, a fim de cuidar e proteger os refugiados. Destaca-se também, a importância dos países tomarem medidas preventivas ou mitigar os danos associados às mudanças climáticas. Em suma, percebe-se quanto é importante o trabalho ser cada vez mais completo e efetivo, unindo os países e a comunidade global como um todo.

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF/RS (2015), atualmente cursando Pós-Graduação em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá/RJ em parceria tecnológica com o complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Endereço eletrônico: me.moraes27@gmail.com.

RESUMOS GT 4 – PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS

A IMPORTÂNCIA DAS CONQUISTAS DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS E A IMPOSSIBILIDADE DE RETROCESSO

Andressa Machado Souza¹

O papel desempenhado pela mulher no contexto social em que estamos inseridos tem sofrido modificações significativas, porém tardias de modo que ainda é muito questionado. Há séculos, ser mulher significava ter como função principal os cuidados da casa e família, afazeres domésticos. Considerada frágil e inapta para ocupar espaços públicos e participar de tomadas de decisões e até mesmo para executar atividades simples fora do cotidiano do lar, era necessária a autorização de um indivíduo do sexo oposto, dando um tom de propriedade e pertencimento para as relações antigas. Dessa forma, como consequência da ausência de voz, a violência contra as mulheres se fazia presente no meio humano. Porém, contamos com avanços significativos nos meados do século XX, quando as mulheres começaram a traçar novos rumos para o futuro, impondo-se diante da inferiorização que lhes é imposta há muitas eras. Tais avanços só foram possíveis após a criação e desenvolvimento, mesmo que em escalas menores, proporcionais à época, do movimento feminista. O presente resumo tem por objetivo ressaltar a magnitude de tais movimentos e abordar acerca da articulação das mulheres na luta pelos seus direitos e as conquistas obtidas até então no avanço do reconhecimento da mulher como indivíduo dotado de direitos de personalidade. Explora-se, a influência da sociedade patriarcal e como tem afetado, ainda hoje, a busca pela igualdade entre os sexos. Utilizou-se a revisão bibliográfica para discutir tal isonomia e a garantia dos direitos de personalidade das mulheres. O objetivo da presente pesquisa concentra-se em demonstrar a importância da atuação dos movimentos feministas na segurança dos direitos já adquiridos. Desse modo, o problema central consiste em questionar a dominação e sustentação do poder masculino na sociedade, a visão do papel da mulher ao longo dos séculos e seus efeitos na sociedade atual, uma vez que a figura feminina continua sendo objeto de subjugação e tratamento desigual. Conforme afirma Maders e Angelin, estudos recentes tem prostrado a participação feminina na construção da humanidade e a existência de vários movimentos de resistência, denominados como “movimentos feministas” ou “movimento de mulheres”. Desde o princípio de sua existência, tal movimento se baseia nas noções de sororidade e igualdade. Segundo Simone Beauvoir, trata-se de uma ideologia onde as mulheres, em conjunto, reconhecidas como iguais por meio dos aspectos biológicos, unificaram energias em busca de reduzir a desigualdade em relação aos homens. Eduardo Rabenhorts realça que a história do feminismo possui três marcos principais, quais sejam, a Revolução Francesa, que se preocupou, principalmente em trazer à tona as discriminações sofridas pelas mulheres e reivindicar a elas a igualdade nos campos políticos e civis; ao ressurgimento dos movimentos feminino nas décadas de 1960, que adotou uma postura mais radical para demonstrar como o patriarcado estava enraizado na sociedade e a partir dos anos 90, quando os discursos feministas se intensificaram e foram dominados por questões outrora não discutidas, como desejos e interesses femininos e sua liberdade em dispor do próprio corpo. No Brasil, os movimentos feministas, conforme destaca Suely Gomes da Costa ganharam destaque nos séculos XIX e XX, e surgiram por iniciativa de mulheres de classe média que almejavam equidade em relação aos homens da mesma posição social. Dessa forma, todas as lutas e resistências femininas perpetradas ao longo dos anos representam um importante marco na busca pela equidade, conforme bem salientou Simone Beauvoir na obra “O segundo Sexo”, quando assevera que “não

¹ Graduada em Direito pela Universidade Franciscana. Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho. E-mail Souza.m.andressa@gmail.com.

se nasce mulher, torna-se mulher”. Ademais, a cada novo direito conquistado graças ao papel desempenhado pelo movimento feminista, deve-se reforçar a ideia de que o mesmo não deve retroceder, mesmo diante de pensamentos e comportamentos de uma sociedade com ideologias patriarcais fortemente enraizadas. Por fim, cabe dizer que o caminho a ser percorrido pelas mulheres rumo à igualdade de gênero, na obtenção de direitos e oportunidades nas mesmas condições ainda é longo, apesar dos avanços proporcionados pela luta dos movimentos feministas em prol dos direitos de personalidade das mulheres. Dessa forma, conclui-se que toda luta é relevante na busca pela equidade e devido reconhecimento e deve superar toda e qualquer forma de manutenção de relação de poder. Ainda, para a escritora Audre Lorde, ativista da causa feminista, “não são as nossas diferenças que nos dividem. É a nossa incapacidade de reconhecer, aceitar e celebrar essas diferenças”.

HOMICÍDIO CONJUGAL: A ASSIMETRIA DAS PENAS E DO TRATAMENTO MIDIÁTICO

A MULHERES HOMICIDAS

Bárbara Kics Garcia¹

Julia Brezolin²

Frente à discrepância de tratamento a partir do gênero dos indivíduos perante diversos setores da sociedade, mostra-se necessário analisar a diferença de tratamento recebida por homens e mulheres no âmbito penal, de forma especial frente aos casos de homicídios conjugais. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica. Com a presente pesquisa, busca-se demonstrar como mulheres que praticam o delito de homicídio contra seus parceiros, recebem um juízo de valor mais duro perante os olhos da sociedade, do que quando se trata de homens que tiram a vida de suas parceiras. Além disso, ambos os gêneros recebem tratamento e cobertura pela mídia diferenciados, causando mais espanto na população quando é uma mulher que pratica o crime contra a vida, do que quando o mesmo ocorre com o homem. A cobertura midiática sob as mulheres que praticam homicídio conjugal é extremamente mais ferrenha do que em cima do gênero oposto, com uma grande repercussão nacional e o acompanhamento de todos os passos da acusada, fato que não ocorre com as figuras masculinas, que só são noticiadas quando são casos extraordinários, em circunstâncias consideradas atípicas, ou que envolvam pessoas públicas, para logo depois cair no esquecimento, atribuindo-se dessa forma, ao crime de feminicídio, infelizmente, um cunho de normalidade. Isto pode ser demonstrado a partir da comparação de casos de grande repercussão nacional, como o homicídio de Marcos Kitano Matsunaga “Yoki” por sua esposa Elize Araújo Kitano Matsunaga e o homicídio de Maria do Carmo Alvez por seu companheiro, o cirurgião plástico Farah Jorge Farah, crimes muito semelhantes, entretanto com penas e repercussões muito diferentes. Ainda, busca-se demonstrar que a construção social do papel feminino, encontra-se tão enraizada no âmbito do direito penal, tendo em vista o pensamento de que a mulher seria incapaz de cometer um homicídio, por ser o sexo mais frágil, que quando o comete, é taxada de monstro. Ignora-se, entretanto, que grande parte dos casos de homicídios conjugais praticados por mulheres ocorrem em um cenário de violência doméstica pré-existente, sendo que as mulheres recorrem a essa conduta criminosa com o intuito de proteger a si mesmas e às suas famílias, já que muitas vezes, o sistema de denúncia e o próprio Estado, não cumprem com o papel de punir o agressor e proteger a vítima.

¹ Graduanda do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, Cidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: barbarakicsgarcia@gmail.com.

² Graduanda do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, Cidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: juliabrezolin@outlook.com.

ATUAÇÃO ESTATAL NO RECONHECIMENTO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO: O MODELO ESPANHOL DE AIG

Joana Silvia Mattia Debastiani¹

Valdemir Joé Debastiani²

Suzane Sulenta³

A divisão sexual do trabalho ainda produz reflexos da atualidade ao possibilitar menor acesso das mulheres a tempo livre e a renda, com impacto nas suas possibilidades de participação política e não só, pois influi nas oportunidades de as mulheres desenvolver suas capacidades para uma vida digna. Ao reconhecer que as desigualdades de gênero constituem limites à democracia, busca-se responder ao questionamento: a avaliação de impacto de gênero no planejamento de políticas é ferramenta para integrar efetivamente a transversalidade de gênero nos atos do estatais? As políticas de gênero e sua tradução em normas legais podem ser classificadas, como um fenômeno de existência certa e inquestionável na realidade jurídica. Existem muitas fontes normativas, tanto no Direito Internacional como nos sistemas jurídicos internos dos Estados, nas quais encontram-se regulamentos sobre a paridade entre mulheres e homens. O Direito prescrito na União Europeia também não escapa a essa dinâmica. Em todas as áreas, há necessidade de preservar e fomentar o princípio da igualdade de gênero e a promoção de medidas, inclusive as discriminações positivas, reguladas com mais ou menos intensidade e na perspectiva do princípio da proporcionalidade. Assim, reformas legais reiteradamente são realizadas com objetivo de eliminar a discriminação explícita a fim de permitir às mulheres fazer uso efetivo de sua liberdade, mas, por vezes, essas reformas não são suficientes para que as mulheres alcancem a igualdade no desenvolvimento de suas capacidades. A avaliação de impacto de gênero (AIG) busca determinar como uma lei, política ou programa de Estado pode afetar a igualdade de mulheres e homens, ou seja, a questão central é saber, previamente, se uma lei, política ou programa reduz, mantém ou aumenta as desigualdades de gênero. Ela é um instrumento cujo fim é facilitar a integração dos objetivos de igualdade na atuação normativa e administrativa, através da análise da contribuição ao incremento ou diminuição da desigualdade entre mulheres e homens. Com o objetivo de apontar à existência de instrumentos que procuram entender “gênero” como uma categoria útil para alcançar o desenvolvimento humano sustentável, busca-se analisar o sistema de normas espanhol, mais precisamente os artigos 9.2 e 14 da Constituição (ESPANHA, 1978) e as legislações que absolvem seus efeitos irradiantes, no que tange a transversalidade de gênero nos planejamentos urbanísticos. A Lei Orgânica 3/2007 (ESPANHA, 1997), visa a igualdade efetiva entre mulheres e homens. Segundo ela, a igualdade de tratamento e oportunidades entre homens e mulheres é

¹ Doutoranda em Direito na Universidade de Caxias do Sul – UCS. Bolsista CNPq. Integrante do grupo de pesquisas Metamorfose Jurídica. Mestra em Direito na Universidade de Passo Fundo - UPF com dupla titulação com o Máster em Tecnologías e políticas públicas para la gestión ambiental da Universidade de Alicante. Bolsista Colaboradora do Projur Mulher e Diversidade da UPF. Professora da Graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas de Erechim. E-mail: joanamattia@gmail.com.

² Doutorando em Educação na Univali. Taxista Capes. Pós-Graduando em Educação, Sociedade e Política. Mestre em Educação pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Frederico Westphalen; graduado em Psicologia pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Erechim; graduado em Teologia pelo Instituto de Teologia e Pastoral de Passo Fundo e graduado em Filosofia pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Erechim. Professor na Universidade do Contestado - UnC, Campus de Concórdia - SC. Professor na Faculdade de Ciências Jurídicas de Erechim. Tem experiência nas áreas de educação e trabalho humano, gênero, direitos humanos e migrações. E-mail vdebastiani@hotmail.com.

³ Graduanda no 6º Semestre em Psicologia, Universidade do Contestado-UnC - Campus Concórdia. E-mail: suzanesulenta@gmail.com.

um princípio informador do sistema jurídico e, como tal, deve ser integrado e observado na interpretação e aplicação de normas legais.

A VIOLÊNCIA DECORRENTE DA DESIGUALDADE DE GÊNERO COMO FUNDAMENTO DO DIREITO AO REFÚGIO

Julia Brezolin¹

Gabriela Werner Oliveira²

O artigo se propõe a analisar a possibilidade de a violência decorrente da desigualdade de gênero, ser considerada como um fundamento jurídico para a concessão do refúgio, visto que, dentre as possibilidades legais para a solicitação e a concessão, nada consta sobre gênero. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica. Em um primeiro momento, será analisada a proteção internacional das mulheres, abordando como a desigualdade de gênero foi fortalecida ao longo da história e como a violência decorrente dessa desigualdade, continua se revelando através de persistentes e reiteradas violações de direitos fundamentais inerentes às mulheres. Também, será demonstrado os principais Direitos Internacionais das Mulheres e as respectivas convenções que dispõem sobre os mesmos. Posteriormente, será analisada, brevemente, a definição de refugiado, migrante e asilado, tendo em vista as comuns confusões entre os institutos, além de uma análise das cláusulas de inclusões, que definem o status de refugiado e que estão dispostas na Convenção de 1951, principal instrumento de proteção dos refugiados. Além disso, será apresentada a forma de atuação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e uma análise das diretrizes editadas pelo ACNUR, comparando o seu conteúdo com o conceito de refugiado disposto na Convenção de 1951. Diante disso, constata-se que, dentre a população total de refugiados existentes no mundo, aproximadamente metade é formada por mulheres e, mediante a ausência de disposições legais que tratam do assunto, faz-se necessária a realização de mudanças legislativas, a fim de que a violência decorrente da desigualdade de gênero seja considerada como um fundamento legal para a concessão do refúgio, de forma a evitar que as mulheres refugiadas sejam ainda mais vulnerabilizadas em razão das referidas lacunas legislativas.

¹ Graduanda do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, Cidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: juliabrezolin@outlook.com.

² Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogada. E-mail: gabrielaw@upf.br.

RESUMOS GT 5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E(M) CRISE: TENSÕES ENTRE DEMOCRACIA E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Ana Paula Graboski de Almeida¹

Na última década, têm se observado uma crescente desconfiança com relação à ideia de representação no sistema democrático que tende a ser explicada por meio de questões como a corrupção, dominação do político pelo econômico ou mesmo pela deterioração de valores comunitários. Todavia, autores como Gargarella defendem que a crise é inerente ao sistema representativo, visto que pensado para sustentar um governo elitista e contra majoritário, em manifesta contradição com o discurso que as democracias têm a respeito de si mesmas. A ideia da representação, segundo o autor, foi imposta ao mundo, sobretudo, a partir da Convenção Constituinte dos Estados Unidos da América de 1787, onde formulações teóricas pré-existentes (Hobbes e Rousseau, especialmente) foram concretizadas e cujos princípios fundadores - guardadas as diferenças técnicas e históricas com relação aos dias de hoje - subsistem, de modo que a representação política tende a afastar representantes e representados, dificultar a participação direta e efetiva dos representados e facilitar a influência de agentes externos sobre os representantes, mormente aqueles de natureza econômica. A representação política, então, se constitui desde seus primórdios como crise substancial, mas é na pós-modernidade que se torna inadministrável quando o povo - objeto do poder - "já não aceita ser docilmente alienado na esfera transcendente de um suposto e evanescente sujeito de poder", evidenciando a relação de oposição entre democracia e uma representação política que não se encontra em crise, mas é, em si mesma, crise. Nessa linha, aceitando a premissa de que a representação política advém de uma cultura jurídica que se constitui na Europa e nos Estados Unidos da América, diversos autores e autoras propõem medidas para o enfrentamento da chamada crise da representação política - Garrido Gómez, por exemplo, sustenta que sua superação perpassa medidas educativas a respeito de valores cívicos e melhora da qualidade/possibilidade de deliberação - sem, no entanto, enfrentar o problema da própria representação enquanto estrutura de governo teológico-política da qual seja possível abrir mão em favor de outras formas de organização social do poder. Dito de outra maneira, estamos tão acostumados com a fórmula da democracia representativa que não somos capazes de compreender que o dispositivo da representação, longe de possibilitar a democracia, impede-a, resultando na renúncia e alienação do exercício do poder político pelo povo. Ainda, a necessidade de constituição do Povo, enquanto entidade formal, se relaciona com a crise da representação desde suas origens, isso porque o Povo é uma construção simbólica que visa abranger a multidão que, por sua vez, é irrepresentável. O Povo é uma ficção, apenas a multidão existe concretamente. Segundo Agamben, é como se as pessoas reais que constituem a multidão dos corpos, fossem absorvidas pela autoridade, compondo um Povo que dá existência ao corpo político do rei. Assim, o presente trabalho visa, por meio de pesquisa bibliográfica, investigar a oposição entre a representação política e a democracia, sobretudo face à irrepresentabilidade multidão pelo conceito de Povo, concluindo-se, preliminarmente, que o dispositivo da representação política atua não como instrumento capaz de tornar viável a existência de um regime democrático, mas como verdadeiro limite ao exercício do poder pelo povo.

¹ Acadêmica do X nível do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Integrante dos Grupos de Pesquisa Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma 'nova política' e Direito e Democracia: complementaridade e interdependência na relação entre direito, moral e política. Voluntária de Iniciação Científica PIVIC/UPF. Endereço eletrônico: anapaulagraboski@hotmail.com.

RESUMOS GT 6 – DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

SOCIEDADE 5.0: OS BENEFÍCIOS E OS DESAFIOS DO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO NA ERA DA HUMANIDADE

Francine Cansi¹

Alessandra Vanessa Teixeira²

Carlos Cini Marchionatti³

O presente estudo discorre sobre o conceito de Sociedade 5.0, como uma proposta que visa desenvolver um modelo de organização social que aplica diversas tecnologias para o bem-estar das pessoas e suas necessidades. A ideia é prover soluções tecnológicas para a população a qualquer momento e em qualquer lugar. Hoje vive-se a Quarta Revolução Industrial, de acordo com Klaus Schwab. Na obra que leva esse nome, o autor faz uma retrospectiva das Revoluções Industriais, lembrando que a Primeira ocorreu entre os anos 1760 e 1840, com o surgimento da máquina a vapor e das ferrovias; a Segunda ocorreu no final do século XIX, com o advento da eletricidade e da linha de montagem; a Terceira ocorreu na década de 60, com a revolução digital ou do computador e a Quarta, que é a atual, ocorreu na virada do século, com o surgimento de inovações tecnológicas como: a inteligência artificial, a robótica, a internet das coisas, os veículos autônomos, a impressão em 3D, a nanotecnologia, a biotecnologia, o armazenamento de energia e computação quântica, dentre outras que surgem a cada dia.

Entusiastas da tecnologia - através da extrema automação, na qual tudo deve estar conectado com tudo - trouxeram sistemas altamente integrados, contudo vulneráveis a riscos sistêmicos, com dependência de tecnologia de informação, eletricidade e do ponto social e político, referida conectividade, aliada a (IA) Inteligência Artificial empodera estruturas de autoritarismo e controle. Além disso, progressivamente na escala global majora o enfrentamento do esgotamento de recursos naturais, aquecimento global, produção desenfreada com disparidade econômica e descapacitação humanitária, ou seja, um descompasso entre o desenvolvimento tecnológico e evolução social, além de mudanças que conglomeram o envelhecimento social da população, em contraste com a supervalorização das habilidades tecnológicas. Então, todas essas inovações oriundas da Indústria 4.0, como é chamada, trouxeram, além de benefícios, muitos desafios para o contexto social, humano e de sustentabilidade, que a Indústria 5.0 pretende solucionar. Segundo Marc Vidal, a Quarta Revolução Industrial é apenas o início para outra transformação de muito mais longo alcance, a "Quinta Revolução Industrial", que, segundo ele, é iminente e, portanto, precisa de atenção urgente. Esta quinta revolução diz respeito a coisas que ainda não aconteceram, mas para as quais pode-se preparar a nível econômico, empresarial, cultural, social, trabalhista, político, educacional e pessoal. Sua

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI / em Dupla Titulação com o Doutorado em Agua y Desarrollo Sostenible del Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales (IUACA), Alicante/ Espanha. Mestre Estado Instituições e Democracia. Advogada. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) UPF/BR. Especialista em Direito Internacional, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Especialista em Direito Processual Civil. Docente de Graduação e Pós-Graduação. E-mail: francine@ctmadvocacia.com.

² Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Especialista em Direito Público pela Faculdade Meridional – IMED. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Advogada OAB/RS 87583. Bolsista Capes-taxa. E-mail: alessandra.sp@hotmail.com.

³ Doutorando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito Privado. Especialista em Ciências Penais. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (1976), pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul (2017-2018), Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do TRE-RS (2017-2018), Vice-diretor da Escola Judiciária Eleitoral (2016-2017), Corregedor Regional Eleitoral e Vice-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral - RS (2016-2017). E-mail: ccinimarchionatti@gmail.com.

marca distintiva será a expansão da inteligência automatizada, que talvez seja ainda mais prejudicial para os modelos sociais existentes do que podemos prever agora. Marc Vidal diz que Inteligência e robótica automatizadas avançadas, combinadas com trabalho físico automatizado, sempre serão mais lucrativas do que qualquer trabalho repetitivo e previsível que os humanos façam. E isso representa um desafio global cuja abordagem é de extraordinária urgência. O autor não acredita no catastrofismo de quem se limita a prever que as máquinas nos tirarão o trabalho, mas ele aposta num futuro onde, graças à automação e à tecnologia, o ser humano poderá trabalhar cada vez mais em áreas mais próprias de capacidades singulares humanas, e menos nas tarefas repetitivas alienantes que uma máquina pode fazer melhor. O desafio é como orquestrar essa transição para evitar, na medida do possível, os traumas temporários que essas mudanças decisivas de paradigma acarretam. Ainda, Marc Vidal diz que o embrião dessa Quinta Revolução Industrial está nas mudanças que abalaram a sociedade, principalmente nas últimas décadas, bem como na mutação por que passou o modelo econômico e social. Agora, e sem demora, é prioritário identificar o que aconteceu, analisar sua relação com outros momentos da história e identificar os alarmes e as chaves para evitar cometer erros que no passado significaram atrasos e dores desnecessários e evitáveis. Segundo ele, todas as mudanças que se está vivenciando têm um gatilho tecnológico e contêm, em seu espírito, um grande potencial para melhorar a vida do ser humano. Neste contexto, a Indústria 5.0 chega com objetivos claros: a resolução de desafios humanos e a reconciliação do homem com a máquina. O conceito de Sociedade 5.0 já existe no Japão desde 2016, mas foi na CeBIT 2017 (maior exposição para serviços de telecomunicações digitais e TI em Hanôver, na Alemanha) que foi divulgado para o mundo pelo Ministro japonês Shinzo Abe. O humano é a principal diferença entre a Indústria 5.0 e a 4.0. Atualmente, os robôs já são a base da manufatura, e as tecnologias da Indústria 4.0 oferecem flexibilidade nos processos industriais. A Indústria 5.0 funde a criatividade e a habilidade humana com a velocidade, a produtividade e a consistência dos robôs. Os sistemas inteligentes, ao invés de inimigos, passam a contribuir para combater o envelhecimento, diminuir as desigualdades, melhorar a segurança pública e, resolver os problemas ocasionados por desastres naturais. Apesar de sua complexidade, baseia-se em ferramentas simples, como a Metodologia 6R (reconhecer, reconsiderar, realizar, reduzir, reutilizar e reciclar) e os princípios L.E.D (Design de Eficiência Logística) que são transparência, partilha de lucros e eficiência, que fazem com que a sociedade 5.0 seja definida como: “Uma sociedade centrada no homem, que equilibra o avanço econômico com a resolução de problemas sociais por um sistema que integra ciberespaço e espaço físico como smart homes, tecnologias vestíveis, mobilidade autônoma, assistentes digitais, energia inteligente etc.” De acordo com Yoko Ishikura, a Sociedade 5.0 tem objetivos claros, a tecnologia centrada na humanidade, defende: sustentabilidade, abertura e inclusão. Desenvolvendo um modelo de trabalho inovador para máquinas e humanos, rumo a uma sociedade mais saudável, inclusiva e igualitária. Na mesma proporção dos seus benefícios, serão os desafios de sua implementação a fim de tornar efetiva a conexão proposta. Muitas barreiras devem ser transpostas para que seja levada a efeito, inclusive com mudanças a nível global dos atuais padrões de administração dos recursos disponíveis, até mesmo com a transnacionalização de modelos de governança e democracia.

COVID-19: A NOVA REALIDADE CONTEXTUALIZADA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E AS EXPECTATIVAS VISLUMBRADAS NO PÓS-PANDEMIA

Simone Paula Vesoloski¹

Luciano Alves dos Santos²

O objetivo dessa pesquisa se preocupou em refletir e analisar como ficará o direito do trabalho e as relações de emprego em meio a um cenário fragilizado e instável provocado pela pandemia em decorrência da contaminação pela Covid-19, doença causada pelo coronavírus (Sars-Cov-2) que assola não só o país, mas o mundo. Esse cenário pandêmico causou e ainda continua causando medos, incertezas e inúmeras mudanças, sejam na economia, na política, na rotina das pessoas, na rede de hotelaria e agências de viagens e, principalmente, nas relações de trabalho. Nesse passo, por meio desta pesquisa, objetivou-se averiguar a realidade mundial em relação aos postos de trabalho e as medidas que estão sendo adotadas para mitigar os impactos causados pela crise sanitária. Sendo assim, o presente trabalho abordou estratégias que estão sendo perquiridas e adotadas não só no Brasil, mas em nível mundial. Ainda, analisaram-se quais são os desafios, os impactos causados e a nova realidade enfrentada nas relações de trabalho em meio à pandemia que assola o país. Por conseguinte, buscou-se averiguar quais as perspectivas vislumbradas na seara trabalhista no pós-pandemia e as medidas para minimizar os efeitos. Neste ínterim, em vista da alta transmissibilidade do coronavírus, são perceptíveis as mudanças causadas e as adaptações que o campo do direito do trabalho e das relações trabalhistas tiveram que enfrentar e propor medidas urgentes para minimizar a disseminação pela Covid-19. Nesse diapasão, em razão da obrigatoriedade em seguir protocolos de segurança recomendados pelo governo federal, estadual e municipal e diante de todo o desafio exposto, muitas empresas reduziram jornadas de trabalho, adotaram o *home office* ou seja, o teletrabalho, anteciparam férias, ajustaram a execução do trabalho por meio de escalas de horários, entre outras medidas, até mesmo as mais drásticas que foi a demissão de empregados. Contudo, em meio as variadas medidas adotadas pelas empresas, o *home office* foi uma medida de repercuteu em grande escala, em vista disso, esta modalidade de trabalho requer compromisso e responsabilidade recíprocas entre empregador e empregado(s). Assim, a partir dessa pesquisa acredita-se que o *home office* apresenta alguns desafios a serem superados tanto pela empresa, como pelos empregados e até mesmo pela necessidade de regulamentação dessa nova relação de trabalho, que exige que o Brasil deva discutir a criação de legislação que visa garantir condições mínimas de bem-estar, de saúde, segurança e seguridade social aos trabalhadores, não bastando a legislação existente até o presente momento. Destarte, a pesquisa revelou que o *home office* vem se mostrando bastante vantajoso na seara trabalhista e tudo indica que esta modalidade venha aumentar ainda mais e de modo significativo num futuro muito próximo, pois já é uma realidade e será tendência no pós pandemia. A metodologia da pesquisa compreendeu o método indutivo, com pesquisa bibliográfica, documental e legislativa.

¹ Graduanda do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI-Câmpus Erechim-RS, membro integrante do projeto de extensão sobre Políticas Públicas de Inclusão Social e Sustentabilidade Econômica e Ambiental – IMED – Passo Fundo, RS. E-mail: simonels17@hotmail.com.

² Mestre em Direito pela URI Câmpus Santo Ângelo-RS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas-RS (UFPEL). Pós-graduado em Inovações do Direito Processual pela UNISUL-SC. Professor do Curso de Direito da URI - Campus Erechim. Servidor da Justiça Federal na Subseção Judiciária de Erechim, onde desenvolve a Supervisão do CEJUSCON (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Transnacional nas Relações Jurídicas Atuais com Ênfase no Direito Digital/Informacional. E-mail: lucianoa@uricer.edu.br. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8996637354776615>.

ENSINO JURÍDICO: (RE)ADAPTAÇÃO DO MODO E DO MÉTODO DE ENSINAR SOB UM NOVO OLHAR E SOB A URGÊNCIA DE ADEQUAÇÃO EM PLENA PANDEMIA

Simone Paula Vesoloski¹

Luciano Alves dos Santos²

A presente pesquisa versa sobre os reflexos da sociedade tecnológica no Direito, como o foco voltado para a realidade vivência que o ensino jurídico se deparou, tendo urgentemente que se adaptar e enfrentar a nova realidade em vista do quadro pandêmico que assola não somente o Brasil, mas o mundo. Diante deste novo cenário, novas possibilidades e novos desafios emergem, evocando uma nova postura das instituições de ensino, dos docentes, bem como, dos próprios alunos. Nesse contexto, questiona-se a importância da qualificação do ensino jurídico a partir da evolução, da reestruturação da grade curricular, das metodologias e de toda a adaptação dos cursos de Direito. Desse modo, o escopo desta pesquisa parte de algumas premissas; primeiramente, por meio de um breve esboço histórico objetivou-se retratar sucintamente a evolução do ensino jurídico no Brasil. Em seguida, destacou-se o papel e a importância do docente como educador e facilitador do ensino jurídico. Por fim, a pesquisa se pautou na verificação de toda (re)significação e (re)adaptação que o ensino jurídico sofreu e continua se transmutando para não perder a qualidade e continuar com a essência de transmitir o conhecimento com excelência por meio das novas metodologias adotadas em meio a pandemia da Covid-19. Para tanto, o método utilizado para a pesquisa desenvolvida foi o indutivo, analítico-descritivo, com técnica de pesquisa bibliográfica, documental e legislativa. A partir da pesquisa realizada, nota-se que o ensino jurídico evoluiu com o passar dos anos, mas as metodologias e o modo de ensinar o Direito passaram por grandes transformações, de modo especial, com maior intensidade no decorrer do presente ano (2020). Tais considerações demonstram uma mudança de postura proativa em vista à nova realidade vivenciada. Nessa senda, é imprescindível que a transmissão do ensino jurídico deve ser contínua, atualizada e de qualidade; e o uso de tecnologias perfectibiliza um novo modo de ensinar e aprender, exigindo ativismo, quebra de paradigma, resignificando o papel protagonista recíproco entre docente e aluno como principais atores propulsores e impulsionadores do conhecimento e da pesquisa.

¹ Graduanda do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI-Câmpus Erechim-RS, membro integrante do projeto de extensão sobre Políticas Públicas de Inclusão Social e Sustentabilidade Econômica e Ambiental – IMED – Passo Fundo, RS. E-mail: simonels17@hotmail.com

² Mestre em Direito pela URI Câmpus Santo Ângelo-RS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas-RS (UFPEL). Pós-graduado em Inovações do Direito Processual pela UNISUL-SC. Professor do Curso de Direito da URI - Campus Erechim. Servidor da Justiça Federal na Subseção Judiciária de Erechim, onde desenvolve a Supervisão do CEJUSCON (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Transnacional nas Relações Jurídicas Atuais com Ênfase no Direito Digital/Informacional. E-mail: lucianoa@uricer.edu.br. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8996637354776615>.

RESUMOS GT 7 – CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS

AUDIÊNCIA VIRTUAL DE INSTRUÇÃO POR VÍDEO CONFERÊNCIA COMO FERRAMENTA A NÃO PARALISAÇÃO DO PROCESSO E EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

Ariane Faverzani da Luz¹

Ivanio Formighieri Müller²

Luis Angelo Dallacort³

Com a epidemia do Novo Coronavírus, assim como em inúmeros setores da sociedade civil, o sistema Judiciário necessitou se remodelar em diversos aspectos, dentre eles, criar e introduzir sistemas hábeis à manutenção da tramitação processual em suas diversas formas e fases, seja para quanto ao andamento processual ou para produção de provas. Desse modo, a virtualização do processo se tornou prática necessária a efetivar e a resguardar o acesso à Justiça de forma célere e eficaz, bem como a garantir que os atos processuais se concretizem na sua essência, os quais, em suma, não demandam contato presencial, à exceção das audiências de instrução para colheita de prova oral, que, até então, eram realizadas presencialmente. O Código de Processo Civil brasileiro⁴ estipula nos artigos 358 a 368 as normativas legais a serem obedecidas quanto à audiência de instrução, não impedindo que a mesma seja feita de forma virtual. Nesse passo, o Conselho Nacional de Justiça publicou, em 1º de maio de 2020, a Resolução nº 314 de abril de 2020⁵, estabelecendo o trabalho remoto dos servidores, colaboradores e magistrados, virtualizando o trabalho e os atos processuais, principalmente quanto à realização de audiência de instrução por videoconferência. Inclusive, o mesmo Conselho disponibilizou a ferramenta Cisco *Webex* para execução do ato probatório (audiência). Inobstante, o óbice enfrentado à vista da “nova prática” se direciona à execução fiel do poder de polícia que detém o magistrado quanto à verificação de inconcretudes e de ilegalidades na produção da prova oral, relativamente à tomada do depoimento pessoal. Isso porque o Código de Processo Civil⁶ não permite a comunicabilidade das testemunhas, veda o acompanhamento do depoimento pessoal por quem ainda não depôs e, ainda, proíbe o depoimento “pré-arranjado”, embasado em escritos preparados a anteceder o ato aprazado. Com efeito, uma vez que o magistrado presidente da audiência não esteja no mesmo espaço físico dos demais, mostra-se

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF) com auxílio CAPES. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Especialista em Ciências Criminais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Meridional (IMED). Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Advogada. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: 115907@upf.br.

² Especialista em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional. Graduado em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Advogado. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: ivanioformighieri.adv@gmail.com.

³ Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF) com auxílio CAPES. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Advogado. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: luisdallacort92@gmail.com.

⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 nov. 2020.

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 314, de 20 de abril de 2020.** Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-314.pdf>. Acesso em 12 nov. 2020.

⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março 2015.**

incontroverso a possibilidade das partes (depoentes, testemunhas, advogados ou peritos) se utilizarem de práticas ilegais para a produção da prova, como, por exemplo, a utilização de programas *teleprompter* ou outros que possibilitem a condução da prova viciada e pretendida por determinada parte, o que vicia e anula o processo. Ao revés, a utilização do meio virtual para produção da prova testemunhal se mostra medida eficaz e efetiva a não paralisar o processo até que se tenha segurança na realização da audiência de instrução na forma presencial, haja vista os reflexos e riscos decorrentes do novo Coronavírus. Por isto, esse resumo tem como escopo verificar os efeitos da realização de audiência de instrução por plataformas virtuais para produção de prova oral pelos Tribunais de Justiça do Estado brasileiro. A pesquisa se justifica em razão da atual situação global que impede o contato presencial entre pessoas, de modo a questionar e a refletir se as audiências virtuais se mostram, de fato, medidas eficazes, diligentes e céleres para a conclusão de demandas, concretizando premissas básicas da democracia brasileira, como o acesso efetivo à Justiça e a celeridade processual, levando-se em conta tempo razoável para a atividade satisfativa do processo, bem como decisão de mérito justa e efetiva.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR NO ESPAÇO VIRTUAL: DA PRIVACIDADE À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Estéfani Luise Fernandes Teixeira¹

Frente à evolução tecnológica, nas últimas décadas notou-se uma crescente incapacidade de direito, em sua vertente dogmática, em acompanhar as novas demandas surgidas em decorrência dos espaços virtuais socialmente produzidos. Tais espaços restam configurados, entre outros, no âmbito das relações interpessoais e interorganizados (redes sociais), na seara contratual, na esfera eleitoral e política, no âmbito econômico (criptoativos) e como impulsionador do processo de criação de estruturas jurídicas difusas. Tal fenômeno reclama observações capazes de possibilitar o desenvolvimento de um discurso jurídico voltado à complexidade, à multilateralidade e à globalidade de novos espaços virtuais. Os espaços virtuais, caracterizados pelo crescente uso das tecnologias da informação e da comunicação (TIC) transformou cenário laboral ao conceder a instantânea transmissão de fluxos informacionais, ao mesmo tempo em que apresenta inéditos métodos de coleta, armazenamento, tratamento e transmissão de dados pessoais e sensíveis, operações com nítido potencial para violar os direitos fundamentais do trabalhador, especialmente a privacidade. Sendo assim, este resumo objetiva analisar sobre a privacidade na internet para verificar a sua adequação e respeito aos direitos constitucionais. Dessa forma, analisa-se os dispositivos do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD. Assim, emprega-se o método de abordagem dedutivo e procedimento monográfico, prossegue-se do direito à privacidade à autodeterminação informativa. Entende-se a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD constitui um importante passo e significa um considerável progresso, mas ainda insuficiente frente às novas situações de vulnerabilidade que se revelam em face das publicações de dados pessoais e sensíveis dos trabalhadores em diversas plataformas no espaço virtual.

¹ Mestranda em Direito pela UPF. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela PUCRS. Bacharela em Direito pela PUCRS. Pesquisadora. Advogada. Consultora.

O COMBATE ÀS *FAKE NEWS* NO BRASIL E O TEMPO DO DIREITO

Patrícia da Luz Chiarello¹

Estamos vivenciando a emergência de um novo paradigma tecnológico organizado em torno das novas tecnologias de informação. Em razão disso, a sociedade contemporânea é marcada pelo predomínio da forma organizacional em rede em todos os campos da vida social e individual. É nesse contexto de domínio das novas tecnologias da informação que surgem as chamadas *fake news*, cuja regulamentação torna-se necessária e desafiadora. Ao mesmo tempo em que urge a necessidade de regulamentação e combate às *fake news*, discute-se sobre a imprescindibilidade de uma abordagem mais aprofundada sobre o tema pelos diversos setores da sociedade, especialmente tendo em vista a possível afetação da privacidade dos usuários e os impactos para a liberdade de expressão na internet. Na medida em que os processos de globalização proporcionam a interação entre indivíduos em escala global e o desenvolvimento das tecnologias da informação e de comunicação, surgem novas demandas que desafiam a capacidade regulatória do Direito, especialmente em razão da complexidade e constância das modificações nas relações sociais e da velocidade com que a sociedade se desenvolve. Afinal, como o direito pode acompanhar e regulamentar as mudanças constantes da sociedade? Diante disso, a pesquisa tem por objetivo analisar o paradoxo entre a urgente necessidade de regulamentação e combate às *fake news* no Brasil e o tempo do Direito. Para tanto, utiliza-se como referencial teórico a obra “O tempo do Direito”, de François Ost.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista CAPES. E-mail: dl.patricia@live.com.

RESUMOS GT 8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO

A IMPORTÂNCIA DA INDEPENDÊNCIA INSTITUCIONAL E DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS CONTRA A ASCENSÃO DO AUTORITARISMO

Eduardo Schneider Lersch¹

Considerando a ascensão de líderes autoritários e da polarização política vivenciada nos países democráticos do mundo, é possível notar que “desde o final da Guerra Fria, a maior parte dos colapsos democráticos não foi causada por generais e soldados, mas pelos próprios governos eleitos”. Citando exemplos de diversos países, os autores Daniel Ziblatt e Stephen Levitsky demonstram como a corrosão democrática se originou inicialmente nas urnas, após um descrédito popular da população de determinados países com o regime democrático e auxiliado pela ausência de um sistema de freios e contrapesos efetivo, decorrente, em certos casos, de uma corrupção alastrada e sistêmica. No que concerne à democracia brasileira, uma pesquisa realizada pelo site jurídico Jota em 2019 mostrou que cerca de 34% dos brasileiros aceitariam fechar o Congresso e cerca de 32% aceitariam fechar o STF, instituições essenciais para o funcionamento da democracia. O objetivo da pesquisa é, portanto, buscar demonstrar a importância de um efetivo sistema de freios e contrapesos e da independência institucional, a fim de evitar a impunidade e a ascensão de líderes políticos autoritários que possam minar as instituições essenciais para a democracia, visando o benefício próprio, como foi possível observar na Itália com Silvio Berlusconi, nos Estados Unidos com Donald Trump, e no Brasil atualmente com Jair Bolsonaro. O problema de pesquisa busca responder: a) quando um líder pode ser considerado autoritário; e b) em que medida líderes autoritários podem minar a credibilidade institucional e da própria democracia. Para responder ao questionamento proposto, adota-se o método de abordagem dedutivo e procedimento bibliográfico, dividindo-se o artigo em três partes. A primeira parte discorre sobre a ameaça que representam líderes autocráticos que não apresentam comedimento perante as instituições e as regras informais decisivas para o funcionamento de uma democracia, sendo elas a tolerância mútua e a reserva institucional analisando atitudes tomadas pelo governo de Silvio Berlusconi na Itália, de Donald Trump nos Estados Unidos e de Jair Bolsonaro no Brasil. O padrão observável focará na reação institucional promovida pelos três líderes, quando investigações criminais começaram a atingir seus aliados, familiares ou até mesmo os próprios. A segunda parte abordará a importância de um sistema de freios e contrapesos coerente e efetivo, com o fim de coibir abusos e evitar a impunidade de autoridades que atuem de modo autoritário. A terceira e última parte abordará projetos de reformas institucionais para que o sistema de freios e contrapesos e de separação de poderes funcione de maneira coerente e descentralizada no Estado brasileiro, com o intuito de fortalecer as instituições democráticas, preservando sua autonomia e independência institucional da influência política dos governantes de ocasião, diminuindo assim as chances de erosão democrática e ruptura institucional.

¹ Pós-graduando em Direito e Processo Penal pela Uniasselvi (Blumenau). Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Email: eduardoschneiderl@hotmail.com.